

**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 widerspiegelte 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 François, 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 anlegen 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 beurteilten 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 geschäfteten. 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



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



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 Français. 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



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



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 Germani 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.



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 Elektronikkonzerne 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 bezuwecken, 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



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



Art. 5

Antrag der Mehrheit

Abs. 1bis

Eine Wettbewerbsabrede, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt, liegt nur dann vor, wenn ihre Schädlichkeit für den wirksamen Wettbewerb im konkreten Fall dargelegt ist. Dabei sind stets sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen.

Antrag der Minderheit

(German, Bischof, Ettlin Erich, Hegglin Peter, Moser, Sommaruga Carlo)

Abs. 1bis

Streichen

Antrag der Minderheit

(German, Bischof, Burkart, Ettlin Erich, Regazzi, Schmid Martin)

Abs. 3 Bst. a

a. Abreden über Mindest- oder Festpreise für Verträge mit Dritten.

Art. 5

Proposition de la majorité

Al. 1bis

Un accord n'affecte de manière notable la concurrence que si son caractère nocif pour la concurrence efficace est mis en évidence dans le cas concret. Le caractère notable est toujours examiné sur la base de critères tant qualitatifs que quantitatifs.

Proposition de la minorité

(German, Bischof, Ettlin Erich, Hegglin Peter, Moser, Sommaruga Carlo)

Al. 1bis

Biffer

Proposition de la minorité

(German, Bischof, Burkart, Ettlin Erich, Regazzi, Schmid Martin)

Al. 3 let. a

a. qui fixent un prix minimum ou un prix fixe pour les contrats avec des tiers

Abs. 1bis – Al. 1bis

Wicki Hans (RL, NW), für die Kommission: Wir kommen hier zu jenem Punkt, der im Vorfeld zu den meisten Diskussionen geführt hat; es geht um die Frage der Erheblichkeit. Konkret sieht Artikel 5 unter anderem vor, dass Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt erheblich beeinträchtigen, unzulässig sind. Angedacht war dabei, dass bei der Beurteilung der Erheblichkeit sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen seien.

Allerdings hat die Praxis des Bundesgerichts zunehmend Fragen aufgeworfen. Einen eigentlichen Wendepunkt stellt dabei der sogenannte Gaba-Entscheid des Bundesgerichts vom 28. Juni 2016 dar; das ist der Entscheid, den Ihnen Kollege Hannes Germann so eindrücklich mit seinen Materialien auf dem Pult dargelegt hat. Demgemäß seien Abreden, die unter die Absätze 3 und 4 von Artikel 5 fallen, grundsätzlich erheblich. In solchen Fällen müsse also die Erheblichkeit gemäss Artikel 5 Absatz 1 im Grundsatz nicht mehr bewiesen werden. Somit bilde das Kriterium der Erheblichkeit bloss eine Bagatellklausel. Entsprechend reiche also bereits eine qualitative Erheblichkeit. Die quantitative sei dann nicht mehr eigens zu bestimmen, denn die zu erreichende Güte zur Bestimmung der Aufgreifschwelle in einem Fall bleibe aus Sicht des Bundesgerichts gleich.

Somit erfolgte eine Verknüpfung von Artikel 5 Absatz 1 mit den Absätzen 3 und 4. Dies führte zwei Jahre später zur Motion Français 18.4282, wonach die Kartellgesetzrevision sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien berücksichtigen müsse, um die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede zu beurteilen. Ich verzichte darauf, hier die damalige Diskussion in ihrer Gesamtheit wiederzugeben. Der Vorstoss wurde in beiden Räten angenommen, bei uns sogar sehr deutlich mit 34 zu 3 Stimmen bei 2 Enthaltungen. Entsprechend schlägt der Bundesrat in Form eines Absatzes 1bis diese Präzisierung vor.



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



Aus Sicht der Mehrheit der Kommission ist die Präzisierung grundsätzlich richtig. Sie sollte jedoch zusätzlich explizit festhalten, dass sich eine solche Abrede im konkreten Fall manifestieren muss. Aus unserer Sicht muss die Schädlichkeit einer Wettbewerbsabrede im konkreten Fall also von der Weko dargelegt werden. Es genügt nicht, dass bloss eine hypothetische Annahme der Weko besteht, wonach eine Abrede den Wettbewerb erheblich beeinträchtige. Der Gaba-Entscheid war davon ausgegangen, dass bei den harten Abreden automatisch von einer konkreten Gefährdung des Wettbewerbs ausgegangen werden könne. Deshalb müsse auch keine Wirkung nachgewiesen werden.

Konsequenterweise geht es schlussendlich um die Rechtssicherheit. Die Abklärungen der Weko sollen sich nicht einfach in abstrakten Überlegungen oder Automatismen erschöpfen, vielmehr muss die Beeinträchtigung im Mindesten dargelegt werden. Das ergibt sich ja auch bereits aus der angenommenen Motion Français, wonach immer qualitative und quantitative Kriterien zu prüfen sind. Ich weise hier auf die Bedeutung des Wortlauts hin. Wir sagen bewusst, dass die Schädlichkeit von der Weko nicht zu beweisen, sondern nur darzulegen ist. Ein bestimmtes Beweismaterial ist dazu nicht notwendig. Die Arbeit der Weko wird also weder verunmöglich, noch wird der Nachweis an überhöhte Anforderungen geknüpft.

Das ist auch nicht die Absicht der Mehrheit. Die Verfahren sollten vielmehr deutlich beschleunigt werden, was jahrelange Hängepartien für die Unternehmungen verhindert; davon sind übrigens überwiegend KMU betroffen. Zur Rechtssicherheit trägt neben schnellen Verfahren auch bei, dass wenigstens eine nachvollziehbare Darlegung der quantitativen und qualitativen Kriterien und damit der Schädlichkeit erfolgt. Diese hätte auch bisher schon immer erfolgen sollen.

AB 2024 S 538 / BO 2024 E 538

Die Minderheit unserer Kommission befürchtet, dass damit die Bekämpfung von wettbewerbsbeschränkenden Abreden geschwächt wird und dass die bereits jetzt langen Verfahren noch weiter verlängert würden. Gerade dies trifft aber nicht zu. Es geht um die Verkürzung der Verfahren. Unnötige Verfahren sollen verhindert oder wenigstens rasch abgeschlossen werden. Exemplarisch dafür steht der Fall mehrerer Sanitärgrosshändler. Diese hatten in einem Katalog Bruttopreisvorstellungen eingebaut. Für die Abnehmer spielte das aber nicht unmittelbar eine Rolle, da die effektiven Marktpreise unterschiedlich waren, nicht zuletzt aufgrund des Rabattwettbewerbes zwischen den Anbietern. Davon ausgehend wurde eine angebliche Absprache konstruiert. Entsprechend prüfte die Weko erst gar nicht mehr, ob sich die angebliche Preisabrede überhaupt konkret auf den Markt ausgewirkt hatte bzw. dort nachgewiesen werden konnte.

Das Gaba-Urteil entspricht natürlich dieser Praxisänderung. Faktisch stellt es ein Kartellverbot dar. Dass ein solches verfassungswidrig ist, werde ich anschliessend aufzeigen. Denn beim angeblichen Vorliegen einer Preis- oder Gebietsabsprache werden nicht nur deren Erheblichkeit und damit schädliche Auswirkungen vermutet, sondern das Unternehmen kann sich davon auch nicht einmal mehr exkulpieren, da diese Vermutung im konkreten Fall erst gar nicht nachgewiesen werden muss. Es bleibt ihm nur noch der nicht einfache Nachweis der wirtschaftlichen Effizienz nach Artikel 5 Absatz 2 KG. Diese Prüfung belastet die Weko-Verfahren in zeitlicher Hinsicht zusätzlich. Es kann doch nicht sein, dass sich die Weko um Fälle kümmern muss, bei denen sich zwei Dorfbäckereien in Stans zum Beispiel dahin gehend absprechen, ihr Liefergebiet zu konzentrieren, um sich nicht zu verzetteln.

Das Ziel des Kartellgesetzes in der Schweiz ist klar. Die Bundesverfassung hält in Artikel 96 Absatz 1 fest: "Der Bund erlässt Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen." Im Gegensatz zum europäischen Recht oder etwa auch zum deutschen Kartellgesetz kennt die Schweiz keine Verbotsgebotsgesetzgebung. Eine solche wurde Ende der 1950er-Jahre vom Landesring der Unabhängigen erfolglos verlangt. Ein Kartellverbot wurde seither nie mehr ernsthaft in Erwägung gezogen. Artikel 1 KG nimmt genau diese Idee einer Missbrauchsgesetzgebung der Bundesverfassung auf. So ergibt sich aus rechtstheoretischer Sicht offensichtlich, dass der Fokus auf den Auswirkungen der Kartelle liegen muss. Das ergibt sich auch aus dem fundamentalen Auswirkungsprinzip in Artikel 2 Absatz 2 KG.

Wenn also die Mehrheit unserer Kommission die Darlegung der Schädlichkeit im konkreten Fall explizit festhalten möchte, so ist gerade dies im Sinne und Geiste der Bundesverfassung und des Kartellgesetzes, aber auch – ich kann es nicht genug betonen – der Verfahrensökonomie. Damit wird letztendlich zugleich eine Einzelfallgerechtigkeit realisiert, und die Parteirechte werden gewahrt. Es betrifft also wesentliche Aspekte rechtsstaatlicher Vorstellungen, die nicht nur im Strafrecht, sondern auch im Kartellrecht zu gelten haben, zumal die Bussen dort oftmals viel höher als im Strafrecht ausfallen – gerade im Bereich der hier infrage stehenden sogenannten harten Kartelle.

Ich empfehle Ihnen daher, der Minderheit, Entschuldigung, der Mehrheit unserer Kommission zu folgen und



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



diesen präzisierten Absatz aufzunehmen.

Germann Hannes (V, SH): Ja, mit seinem freudschen Versprecher hat der Mehrheitssprecher eigentlich darauf hingewiesen, dass bei vielem, was beabsichtigt ist, beide Seiten dasselbe wollen. Nur habe ich das Gefühl, dass sich die Mehrheit auf dem Holzweg befindet und das Kartellrecht ad absurdum führen würde.

Der Antrag der Mehrheit erschwert die Aufnahme der Beurteilung von sogenannten harten Wettbewerbsabreden, von Kartellen also, bei denen sofort klar ist, dass diese problematisch sind und geprüft werden sollen. Das geht schnell und ist einfach zu machen. Der Antrag der Mehrheit widerspricht auch der Grundbestimmung von Artikel 5 Absatz 1, die zwischen Abreden, die den Wettbewerb blass beeinträchtigen, und Abreden, die den Wettbewerb unterbinden respektive beseitigen, unterscheidet. Diese Unterscheidung ist sehr wichtig. Der Antrag der Mehrheit verlängert eben die heute schon zu langen Verfahren und verkürzt sie nicht. Mit diesen Abklärungen – quantitativ und qualitativ –, die immer berücksichtigt werden müssen, führt das sicher nicht zu einer Vereinfachung; das können Sie sich ja vorstellen. Also: Der Antrag der Mehrheit verlängert die Verfahren, und das wollen wir nicht. Wie hat es Kollege Bischof so schön gesagt: Wir befinden uns hier in der Herzammer der schweizerischen Marktwirtschaft, und niemand kann überlange Verfahren brauchen.

Der Hauptpunkt ist aber, dass das auch verfassungswidrig ist. Denn der Antrag der Mehrheit erlaubt es den etablierten Unternehmen, die sich im Markt breitgemacht haben und eine gute Position haben, junge Unternehmen, die den Markt betreten wollen, zu boykottieren. Genauso ist es anfänglich im Fall Bringhen gewesen. Man hat ihn boykottiert, obwohl er für den Markt gar nicht relevant war. Wie wollen Sie eine schädliche Auswirkung quantitativ feststellen, wenn Sie jemanden gar nicht erst auf den Markt lassen? Um beim Beispiel von Herrn Rieder zu bleiben: Warum soll jemand, wenn das Auto 180 läuft und man 120 fahren darf, tätig werden, wenn man das Auto schon gar nicht erst besteigen darf? Das ist ja noch absurd, aber dann kann man das sicher nicht verletzen. Diese quantitativen Feststellungen betreffen eben alle Start-ups. Hier sind wir auch im Kern der schweizerischen Wirtschaft. Das bringt Innovationen, und die kommen so oft via KMU in die Wirtschaft.

Dann ist die Rede von quantitativen Sachen. Wenn man Esther Friedli die Wirtschaft gar nicht erst führen lässt, kann man ja nicht beurteilen, wie das den Rest im Toggenburg beeinflusst. Genau das macht man aber hier, und das geht doch so nicht. Das ist verfassungsmässig nicht zulässig, denn das gewährleistete Recht des Einzelnen, am Wettbewerb teilzunehmen, würde verletzt. Das kann doch in einer innovativen Gesellschaft niemand wollen.

Der Antrag der Mehrheit zu Artikel 5 Absatz 1 widerspricht aber auch, wie einleitend erwähnt, Artikel 23 Absatz 1 des Freihandelsabkommens zwischen der Schweiz und der EU. Warum? Eine solche Bestimmung würde die Beurteilung von Abreden, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezeichnen, erschweren. Das würde der EU gemäss Artikel 23 Absatz 2 erlauben, geeignete Massnahmen gegen die Schweiz zu treffen. Die Aufnahme einer solchen Bestimmung würde daher die künftige Ausarbeitung von Verträgen mit der EU belasten. Ich weiss nicht, wer sich auf dieses Experiment einlassen möchte. Also ich hänge am Freihandelsabkommen von 1972. Wir sollten der EU keine derart leichte Einstiegsschiene für weitere die Schweiz diskriminierende Massnahmen liefern.

Mein Minderheitsantrag erklärt im Gegensatz dazu, welche Fälle von der Wettbewerbskommission zu prüfen sind. Bei Artikel 5 Absatz 1bis schlagen wir vor, es beim geltenden Gesetz und bei der geltenden Praxis zu belassen. Das ist wie folgt begründet: Die geltende Praxis unterscheidet zwischen Abreden, die den Wettbewerb blass beeinträchtigen, und solchen, die den Wettbewerb beseitigen. Die Praxis entspricht damit der Grundbestimmung des geltenden Kartellgesetzes. Die geltende Praxis ist verhältnismässig und entspricht dem von der Verfassung für jede Gesetzgebung geltenden Gebot rechtsstaatlichen Handelns. Die geltende Praxis entspricht auch der weltweit anerkannten Regelung im Umgang mit privaten Wettbewerbsbeschränkungen. Die Gaba-Praxis der Gerichte führte 2016 entgegen der verbreiteten Behauptung – und hier meine ich, dass der Schweizerische Gewerbeverband und auch Bauen Schweiz aufs falsche Pferd setzen – kein faktisches Kartellverbot ein. Vielmehr stellen die Gerichte klar, dass wettbewerbsbeschränkende Abreden im Sinn von Artikel 5 Absatz 3 KG grundsätzlich erheblich sind. Daraus folgt: Solche Abreden sind nun im Regelfall nach Artikel 5 Absätze 1 und 2 darauf hin zu prüfen, ob sie zulässig sind.

Sie wissen, die Unternehmen in der Schweiz stehen in einem harten Wettbewerb. In diesem Wettbewerb sollten wir uns nicht durch höhere Preise behindern lassen. Daher dürfen wir jetzt nicht falsche Signale setzen und Unternehmen im Ausland geradezu ermuntern, unsere Unternehmen, die

AB 2024 S 539 / BO 2024 E 539

auf Importe angewiesen sind, abzuzocken. Das stünde auch im Widerspruch zur Einführung der relativen



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



Marktmacht, die das Parlament 2021 mit grosser Mehrheit beschlossen hat. Dieser Beschluss unseres Parlamentes wurde übrigens im Ausland sehr wohl zur Kenntnis genommen. Er zeigt auch Wirkung zugunsten unserer KMU, die auf Importe angewiesen sind.

Aus diesen Gründen empfehle ich, den Antrag der Mehrheit abzulehnen und jenem der Minderheit zuzustimmen.

Caroni Andrea (RL, AR): Ich habe – das möchte ich vorab sagen – viel Verständnis dafür, dass man bei dieser Vorlage genau hinschaut. Wie vom Minderheitssprecher oder auch von Kollege Bischof gesagt, operieren wir hier am offenen Herzen unserer freien Wettbewerbsordnung. Wir sollten dies, ich zitiere Herrn Bischof, "mit zittrigen Händen" tun. Dennoch glaube ich, wenn man den Antrag der Mehrheit richtig versteht – man könnte ihn auch falsch verstehen wollen –, dann sind wir im Einklang mit der verfassungsmässigen Idee, wonach man die volkswirtschaftlich negativen Auswirkungen der Kartelle bekämpfen soll, nicht aber abstrakt die Kartelle per se, sondern nur gewisse Verhaltensweisen.

Heute besteht bei den Gerichten infolge des Zahnpastaentscheids, den uns Herr Germann so schön illustriert hat, die unwiderlegbare Vermutung, dass per se eine Erheblichkeit vorliegt, wenn Kartelle gewisse Absprachen treffen. Was die Mehrheit will, ist nichts anderes als eine Einzelfallbetrachtung. Deshalb ist in der Formulierung von Artikel 5 Absatz 1bis das Wort "konkret" so wichtig. Aber was wir nicht wollen bzw. was wir weiterhin nicht verlangen, ist, dass man dann einen Schaden darlegen, geschweige denn nachweisen muss. Sie finden in der Formulierung also weder das Wort "nachweisen" noch das Wort "Schaden", sondern Sie finden nur das Wort "darlegen". Damit gemeint ist eine abstrakte Ex-ante-Plausibilisierung, ein theoretisches Konzept, eine Schadenstheorie, wie es in der Wissenschaft auch heisst. Sie müssen also nur darlegen, Sie müssen nicht beweisen, und Sie müssen nicht den Schaden, sondern nur die Schädlichkeit darlegen.

Es geht also um die Frage, ob eine Absprache in einer konkreten Konstellation ein Problem sein könnte oder nicht. Sie müssen dann nicht fünf Jahre warten und schauen, welche tatsächlichen Schäden in der Realität passiert sind, und diese dann auch noch nachweisen. Das ist nicht gemeint, oder um es ins Strafrecht zu übersetzen: Dort gibt es die sogenannten abstrakten Gefährdungsdelikte wie z. B. das zu schnelle Fahren. Wenn Sie das tun, sagt das Gericht, dass es egal ist, was wirklich passiert ist, wir nehmen einfach an, es war gefährlich. Das macht das Gericht heute im Kartellrecht. Es sagt, wenn eine gewisse Art von Abreden da ist, dann war das ganz sicher sehr gefährlich für den Wettbewerb. Wir wollen nun wegkommen von diesem abstrakten Gefährdungsdelikt und hin zum konkreten Gefährdungsdelikt gehen, indem wir sagen: Es muss im konkreten Fall aufgezeigt werden, dass auch wirklich eine Gefahr besteht. Das Aufzeigen der Gefahr reicht. Wir wollen weiterhin kein Erfolgsdelikt, wie man strafrechtlich sagt, wo Sie aufzeigen müssen, dass auch wirklich ein Schaden eingetreten ist.

Im Resultat verstehe ich das Konzept der Mehrheit ein wenig wie eine ausgefeilte Bagatellklausel. Nehmen wir einen bestimmten Fall: Wir haben jetzt von den Nidwaldner Bäckereien gehört. Ich finde, über die Gebietsabsprache kann man diskutieren, die geht vielleicht schon in Richtung von Herrn Germanns Angst, dass man die Konkurrenz dann ausschliesst. Aber man könnte sich das auch etwas extremer vorstellen: Es gibt, ich weiss es nicht genau, sagen wir einmal, zehn Bäckereien im Kanton Nidwalden, und zwei davon machen jetzt ab, dass sie am Sonntag die Zöpfe in einer gewissen Menge oder zu einem gewissen Preis herstellen. Das schränkt zwar objektiv gesprochen den Wettbewerb ein ganz klein bisschen ein, aber wahrscheinlich auf einem Niveau, wo man sagen würde, das rechtfertige jetzt nicht die harte Hand der Weko. Schaut man diese Konstellation an, sieht man: Hier sind wir im Bereich der Bagatellfälle, auch wenn es, ganz abstrakt gesprochen, eine Preisabsprache war. Das wäre dieser Schritt vom abstrakten Gefährdungsdelikt zum konkreten Gefährdungsdelikt, und in diesem Fall würde man dann vielleicht keine Gefahr feststellen.

Es besteht die Möglichkeit, dass die Mehrheit nicht durchkommt. Der Beschluss fiel in der Kommission äusserst knapp mit 6 zu 6 Stimmen mit Stichentscheid des Präsidenten. Ich formuliere darum zuhanden des Nationalrates eine Idee. Angenommen, wir machen heute diesen Schritt nicht und lehnen es ab, zu sagen, die Weko müsse darlegen, dass hier eine Schädlichkeit besteht. Dann gäbe es einen Mittelweg, den wir noch nicht ausgelotet haben. Man könnte dann sagen: Die Weko kann die Erheblichkeit nicht mehr wie heute einfach unwiderlegbar behaupten, sie müsste aber auch nicht, wie es die Mehrheit will, in jedem Einzelfall die Schädlichkeit konkret darlegen. Der Mittelweg wäre eine Vermutung. Wir kennen schon die Beseitigungsvermutung, die übrigens bestehen bliebe, Herr Germann, die unberührt bliebe, die aber auch meistens fallengelassen wird. Als Mittelweg könnte man nun auch sagen, wir beschliessen eine Erheblichkeitsvermutung. Gibt es eine Abrede, die den Wettbewerb nicht beseitigt, dann liesse sich die Erheblichkeit immerhin vermuten. Dann müssten die anderen Parteien darlegen, warum konkret in diesem Fall keine Gefahr besteht. Ich habe in diese Richtung weitergedacht, nur für den Fall, dass die Mehrheit scheitern sollte; mir scheint dies ein vertretbarer Schritt zu



sein, auch wenn wir hier in einem sehr heiklen Bereich operieren.
Ich bitte Sie in diesem Sinne, der Mehrheit zu folgen.

Regazzi Fabio (M-E, TI): Mit der Diskussion zu diesem Artikel sind wir im Herzen der Beratung des Kartellgesetzes angelangt. Hier geht es bekanntlich um die Frage, wie wir mit Abreden umgehen.

In Artikel 96 der Bundesverfassung, das wurde von Kollege Caroni erwähnt, steht sinngemäss, dass volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen zu bekämpfen sind. Das Kartellgesetz präzisiert dies, indem es in Artikel 5 Absatz 1 festhält, dass Abreden unzulässig sind, wenn sie den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen. Der gleiche Artikel fährt dann fort und macht Spezialvorgaben zur Definition der Effizienz und dann zu den berühmten Vermutungen. Was sind diese Vermutungen? Die Absätze 3 und 4 präzisieren, dass in besonderen Fällen, betreffend die sogenannten harten Kartelle, die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet werden kann.

Man beachte: Nirgendwo ist die Rede von einem Verbot von Absprachen; nirgendwo ist davon die Rede, dass gewisse Absprachen an sich erheblich sind; und nirgendwo wird von einem Automatismus ausgegangen, wonach Absprachen zwingend zu Beeinträchtigungen des Wettbewerbs führen. Aktuell wird im Wettbewerbsrecht automatisch von Schädlichkeit ausgegangen, wenn bestimmte Tatbestände erfüllt sind. Ein entgegengesetzter Ansatz würde verlangen, dass über Jahre hinweg konkret nachgewiesen wird, dass Schäden oder Kartellrenten entstanden sind.

Die WAK-S schlägt mit ihrem Mehrheitsantrag hingegen einen Mittelweg vor. Bei Vorliegen eines Vermutungstatbestandes und eines harten Kartells soll man im Sinne einer Schadenstheorie darlegen, dass Schädlichkeit vorliegt, wobei die Umstände des Falles, die Akteure und ihre Marktanteile zu berücksichtigen sind. Dieser Mittelweg zielt darauf ab, einen ausgewogenen Ansatz zu finden, der zwischen der automatischen Annahme von Schäden und der vollständigen Nachweiserbringung liegt. Die modifizierte Fassung enthält somit eine klarere und wettbewerbsfreundlichere Formulierung, die auf die Plausibilisierung der Schädlichkeit als Konzept und nicht auf konkrete Nachweise fokussiert. In der vorgeschlagenen Fassung des Absatzes muss die Wettbewerbsbehörde die konkrete schädliche Auswirkung einer Absprache aufzeigen, wobei stets quantitative wie eben auch qualitative Kriterien für die Erheblichkeit überprüft werden müssen.

Ich bitte Sie, der Mehrheit Ihrer Kommission zu folgen. Diese Fassung von Artikel 5 Absatz 1bis präzisiert das Kartellgesetz und führt zu einer austarierten Praxis, die die Einzelfallökonomik und die Parteienrechte berücksichtigt. Sie stellt

AB 2024 S 540 / BO 2024 E 540

zudem sicher, dass das Kartellgesetz wirkungsvoll ist und echte Kartelle saftig büsst.

Sommaruga Carlo (S, GE): C'est effectivement le cœur de la discussion politique de cette révision de la loi sur les cartels; il s'agit d'un élément qui n'est pas du tout dans la ligne du projet tel qu'il a été prévu initialement par le Conseil fédéral, puisque, nous l'avons dit, il s'agit d'une espèce de pièce rapportée à la suite de l'adoption de la motion Français 18.4282, "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".

Par contre, aujourd'hui, on peut dire que la proposition du Conseil fédéral, comme celle de la majorité, introduit un affaiblissement considérable de la loi sur les cartels. En effet, ces deux propositions imposent d'examiner les aspects économiques de chaque accord horizontal ou vertical qualifié de dur, qui, par essence, est contraire à la libre concurrence. Je rappelle que les accords durs sont les accords de prix, de restriction de quantités et de répartition des marchés, qui remplacent la concurrence par des ententes. Or, bien que les accords durs soient toujours nuisibles à la concurrence, les effets ne peuvent être parfois mesurés qu'à long terme et donc pas immédiatement, ce qui rend l'examen des effets difficile.

Lorsque les prix sont efficacement cartellisés, toute comparaison concrète avec des prix concurrentiels fixés librement est impossible, parce que ces derniers n'existent justement plus.

Le "reality check" tel que le propose la majorité est ainsi illusoire. Si l'on reprend l'exemple évoqué précédemment des boulangeries et de la vente des croissants et des petits pains le dimanche, il est vrai qu'il peut y avoir un accord qui ne concerne que trois ou quatre boulangeries sur les dix du canton. Cependant, à partir du moment où l'accord concerne l'ensemble des boulangeries et où toutes ont une augmentation de prix cartellaires, il n'y a plus de comparaison possible avec le libre marché. Or, ce sont des accords, qui, par essence, sont contraires à la libre concurrence et qui, de fait, méritent d'être sanctionnés en tant que tels.

Introduire le "reality check" individuel dans ces situations non seulement complique énormément la procédure,



la prolonge, mais rend aussi inopérant le système tel qu'il a été indiqué. Comme je l'ai dit, il sera donc nettement plus difficile à la Comco de démontrer la portée économique d'un accord illicite. C'est donc l'acheteur final du bien et du service qui en pâtira. C'est pour cette raison que non seulement toutes les organisations de défense des consommateurs et des consommatrices, mais aussi les représentants de l'hôtellerie, de la restauration et des artisans – comme les boulanger-confiseurs – et les représentants d'autres types de PME se sont opposés et s'opposent à cet article 5 alinéa 1bis. Selon eux, il aboutirait effectivement à une augmentation des prix qu'ils ne pourront pas supporter et combattre efficacement.

Cela, je l'ai dit lors du débat d'entrée en matière, a également des conséquences pour les autorités publiques, qu'elles soient municipales, cantonales ou fédérales. La situation empêcherait la contestation des prix de manière immédiate, dans la mesure où des accords qui, par essence, sont contraires à la libre concurrence seraient contestés, et dans la mesure où il faudrait examiner en détail dans le cas concret quelle est la situation. Je vous renvoie également à des situations telles que celles connues dans les Grisons. L'introduction de l'article 5 alinéa 1bis remet donc également en question les acquis introduits dans la loi le 1er janvier 2022, soit il y a à peine deux ans, lorsque nous avons adopté le contre-projet indirect à l'initiative "Stop à l'îlot de cherté – pour des prix équitables (initiative pour des prix équitables)"; initiative qui avait justement été retirée afin de modifier la loi. Cet esprit est remis en question. Ce serait, d'une certaine manière, remettre en question le compromis politique, cela quelques années seulement après cette discussion.

Enfin, même s'il ne s'agit pas de l'argument principal que j'ai développé – l'argument principal est effectivement la difficulté d'obtenir le prix juste et concurrentiel pour les consommateurs et les consommatrices et, donc, de protéger leur pouvoir d'achat –, il convient d'évoquer d'autres arguments. Le Conseil fédéral l'expose dans son message, ce nouvel alinéa introduit une insécurité juridique et complexifie les procédures administratives fondées sur la loi sur les cartels, cela a été évoqué tout à l'heure par nos collègues Germann et Bischof. Cela revient à se tirer une balle dans le pied, car on critique aujourd'hui la longueur et la complexité des procédures, alors que, avec l'article 5 alinéa 1bis, on aurait plus de complexité et de délais dans le traitement des dossiers. Enfin, je souligne également, comme le fait le Conseil fédéral dans son message, que le nouvel alinéa va à l'encontre des recommandations de l'OCDE en éloignant notre droit des cartels des normes internationales en ce qui concerne les accords en matière de concurrence.

Pour ces différents motifs et surtout en raison de la remise en cause du pouvoir d'achat des ménages et des marges des PME, qui est l'enjeu final, je vous invite à suivre la minorité de la commission.

Moser Tiana Angelina (GL, ZH): Die aktuelle Kartellgesetzrevision enthält im Grundsatz, Sie haben das am Anfang in der Eintretensdebatte gehört, einige wichtige und sinnvolle Neuerungen, die weitgehend unbestritten sind und die eigentlich auch schon sehr lange hängig sind. Sie wurden aber insbesondere auch wegen der gescheiterten Kartellgesetzrevision vor etwa zehn Jahren nicht eingeführt. Sie stärken diese technischen Vorgaben, sie stärken das Wettbewerbsrecht und führen zu einer internationalen Angleichung, was absolut im Sinne unserer offenen und exportorientierten Volkswirtschaft ist.

Mit diesem neuen Artikel 5 Absatz 1bis und auch noch weiteren Artikeln würde jetzt aber an einem entscheidenden Punkt genau das Gegenteil dessen gemacht, was das Ziel der Revision ist. Deshalb lehnt der Bundesrat das ja, obwohl er es korrekterweise umsetzt, im Kern auch ab. Damit würde das Schweizer Wettbewerbsrecht empfindlich geschwächt. Ich bitte Sie deshalb, hier der Minderheit zu folgen und diesen Absatz zu streichen, damit wir nicht alle Fortschritte mit einem oder zwei Absätzen wieder rückgängig machen.

Die Debatte in der Kommission war stark von einer grossen Unzufriedenheit über das Agieren der Weko geprägt. Auch das haben Sie jetzt insbesondere in der Eintretensdebatte gehört. Die Weko legt ihren Handlungsspielraum gemäss aktuellem Gesetz sehr weit aus, und das Vorgehen der Weko wurde in der Kommissionsarbeit teilweise auch als rechtsstaatlich problematisch beurteilt. Bei allem Verständnis für die Kritik am Vollzug und an der Weko rechtfertigt diese Kritik doch eine substanzelle Schwächung des Wettbewerbsrechts, wie es hier die Mehrheit eben vorsieht, nicht. Der Kritik an der Weko muss anderweitig Rechnung getragen werden, beispielsweise mit der institutionellen Reform, die jetzt ausgeklammert wurde. Der Bundesrat hat sie jetzt bewusst nicht vorgelegt, weil das mit ein Grund ist, warum die letzten Kartellgesetzrevisionen in unserem Land gescheitert sind. Es ist sehr wichtig, dass wir diese Reform zeitnah angehen. Eigentlich war geplant, sie im ersten Quartal dieses Jahres vorzulegen.

Mit der Fassung der Mehrheit der Kommission würde das Kind im buchstäblichen Sinne mit dem Bade ausgeschüttet. Oder man kann auch die Worte von Kollege Bischof nehmen: Es ist ein Eingriff in die Herzammer des Schweizer Wettbewerbs. Ich möchte Sie bitten, davon abzusehen. Wir haben ein volkswirtschaftliches Interesse an einem funktionierenden Wettbewerb. Die negativen Effekte von Kartellen sind bekannt, sie sind auch weitgehend belegt. Gerade harte Kartellabsprachen, und darum geht es auch, schwächen den Wettbe-



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



werb, sie schwächen die Innovation unseres Landes, sie senken die Produktivität, und sie führen zu höheren Preisen. Die Kosten von schädlichen Wettbewerbsabreden tragen insbesondere kleinere Unternehmen, die KMU, die Konsumentinnen und Konsumenten und in der Summe natürlich selbstverständlich auch die Steuerzahler. All das ist nicht in unserem Interesse und nicht im Interesse unserer

AB 2024 S 541 / BO 2024 E 541

Volkswirtschaft, weil wir schlussendlich dadurch einfach eine Standortschwächung haben, eine Schwächung unserer Wettbewerbsfähigkeit.

Ich möchte noch die internationale Dimension dieses Absatzes betonen. Wir haben eine ausgesprochen exportorientierte Volkswirtschaft, eine ausgesprochen offene Volkswirtschaft. Es ist im Interesse unserer Unternehmen, dass wir hier auch einen Effizienzgewinn und eine Angleichung haben. Ein grosser Teil unseres Wohlstands basiert auf dem Aussenhandel. Ziel dieser Revision ist deshalb auch eine Annäherung des Schweizer Kartellrechts an das internationale Umfeld. Dieses Bestreben wird gerade mit diesem Absatz wieder rückgängig gemacht. Seine Annahme würde in der Summe dazu führen, dass wir dann erneut, wie das in der Vergangenheit der Fall war, ein schwaches Kartellrecht hätten.

Zum einen schafft Artikel 5 Absatz 1bis eine Differenz zum EU-Recht. Demnach sind harte horizontale und harte vertikale Wettbewerbsabreden stets erheblich. Sie sind nur dann zulässig, wenn sie aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind. Schon heute geht das Kartellrecht der EU weiter als jenes der Schweiz. Die Differenz würde jetzt einfach nochmals substanzIELL vergrössert. Artikel 5 Absatz 1bis steht im Widerspruch zum bestehenden Freihandelsabkommen mit der EU, namentlich zu Artikel 23 Absatz 1 des Abkommens. Ich frage mich schon, ob jetzt, da wir versuchen, mit der Europäischen Union Lösungen zu finden, wirklich der richtige Moment ist, hier nochmals eine substanzIELL Differenz zu einem Freihandelsabkommen mit der Europäischen Union zu schaffen, das eigentlich recht gut funktioniert. Zudem schafft der neue Artikel 5 Absatz 1bis einen Widerspruch zu den OECD-Empfehlungen. Auch diese Empfehlungen sind in Anbetracht unserer internationalen Volkswirtschaft in unserem Interesse. Hier würde eine Differenz dazu geschaffen. Entsprechend hält der Bundesrat in der Botschaft auch fest, dass mit dem neuen Absatz eine Schwächung der Wettbewerbsfähigkeit der Schweiz im internationalen Wettbewerb droht.

Ich möchte Sie deshalb bitten, die Minderheit zu unterstützen.

Bischof Pirmin (M-E, SO): Wenn man das Kartellrecht diskutiert, riskiert man, ein juristisches Seminar abzuhalten – ich möchte das nicht. Ich möchte Ihnen anhand von zwei konkreten Beispielen beschreiben, wovon wir bei diesem Artikel 5 Absatz 1bis sprechen und weshalb ich Ihnen dringend empfehle, der Minderheit zu folgen.

Erstes Beispiel: Wir haben jetzt viel vom Sanitäthandel gesprochen. Ein junger Sanitär möchte ein Sanitärgeschäft eröffnen. Die anderen und die Lieferanten beschliessen, ihn nicht zu beliefern, weil ein zusätzlicher Marktteilnehmer immer eine Belastung ist und es angenehmer ist, wenn man weiter im engen Kreis offerieren kann. Nach geltendem Recht ist das ein Boykott: Das ist verboten, das wird in der Schweiz geahndet. Der junge Sanitär wird beliefert.

Jetzt kommt die Mehrheit. Die Mehrheit sagt: Nein, wir müssen immer darauf achten, ob der Eingriff qualitativ und quantitativ erheblich ist. Ist der Boykott dieses jungen, kleinen Sanitärs quantitativ erheblich? Selbstverständlich nicht. Wenn wir das hier beschliessen, wird der Boykott dieses jungen Sanitärs also neu zulässig sein und darf durchgeführt werden – das ist die Folge. Das wurde in den Anhörungen in der Kommission klar zum Ausdruck gebracht.

Zweites Beispiel, eines aus meiner Praxis: Die Schweizer Landwirtschaft hat grosssteils Traktoren, die nicht aus der Schweiz kommen; die Schweiz hat praktisch keine Traktorproduzenten wie auch keine PW-Produzenten mehr. Der Schweizer Bauer ist darauf angewiesen, seinen Traktor zu reparieren. Er braucht dafür Ersatzteile. Diese Ersatzteile kommen aus dem Ausland, weil sie dort produziert werden. Nun haben zwei ausländische Traktorproduzenten vereinbart, dass keine Ersatzteile mehr an Schweizer Bauern geliefert werden dürfen, sondern die Schweizer Bauern die Ersatzteile in der Schweiz über die offizielle Lieferkette zum doppelten Preis kaufen müssen. Die Wettbewerbskommission hat das völlig zu Recht verboten; die Schweizer Bauern dürfen weiterhin im Ausland Traktorersatzteile kaufen und deshalb vom freien Markt profitieren.

Jetzt kommt die Mehrheit, und die Mehrheit sagt: Nein, eine entsprechende Beschränkung ist nur dann verboten, wenn sie quantitativ erheblich ist. Wenn es jetzt im Ausland nur einen Traktorproduzenten gäbe, dann wäre das quantitativ erheblich, weil er nämlich der Einzige wäre, und er könnte den Markt bestimmen. Es gibt aber viele Traktorproduzenten. Einer hat vielleicht einen Marktanteil von 7 Prozent, einer vielleicht von 15 Prozent; keiner ist marktbeherrschend. Das heisst, wenn Sie Artikel 5 Absatz 1bis annehmen, dürfen Schweizer Bauern



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



künftig im Ausland keine Ersatzteile mehr kaufen. Das ist dann die Auswirkung auf die freie Marktwirtschaft. Ich bitte Sie dringend, hier der Minderheit und dem Geist des Entwurfes des Bundesrates zu folgen und diesen Absatz zu streichen.

Ettlin Erich (M-E, OW): Der Beispiele sind viele, und Kollege Bischof hat jetzt zwei genannt. Ich bin froh, muss ich nicht auf die Bäckerbeispiele aus Nidwalden eingehen. (*Heiterkeit*) Sonst würde es auch noch die Obwaldner Bäckereien geben, aber das lassen wir sein.

Ich möchte einfach noch betonen, was mir wichtig ist. Ich bin ja in der Minderheit, und ich war auch hin- und hergerissen. Die Debatte in der Kommission und auch die Anhörungen waren spannend. Wir haben einen Mittelweg gesucht, und am Schluss ist mir dann auch nichts anderes übrig geblieben, als aus Überzeugung beim geltenden Recht zu bleiben.

Ich bin mir des Problems aber bewusst und bekomme auch Zuschriften aus meinem Umfeld, in denen die Weko-Praxis absolut zu Recht kritisiert wird. Anlässlich der Institutionenreform muss Folgendes dringend angegangen werden: die langen Verfahren, das Gefühl, es herrsche eine Behördenwillkür und man sei ausgeliefert, die kurzen Fristen bei gleichzeitig langen Wartezeiten bei der Rückantwort. Ich glaube, wir haben hier ein Problem, aber wir dürfen das jetzt nicht mit dem Kartellrecht vermischen, das wir ändern.

Wenn man jetzt davon spricht, dass die Weko nachweisen müsse, dass eine konkrete Schädlichkeit vorliege, dann möchte ich einfach darauf hinweisen, dass Sie Artikel 4 und Artikel 5 zusammen lesen müssen. In Artikel 4 Absatz 1 wird der Begriff festgelegt: "Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen [...]" usw. Dann liegt also eine Wettbewerbsabrede vor. Artikel 5 und damit auch die Weko kommen nur zum Zuge, wenn eine Wettbewerbsabrede besteht, wenn Unternehmen also eine Abrede gemacht haben. Dass die Weko hinkommt und irgendwo eingreift, fällt also nicht ins Leere, sondern dann haben Unternehmen eine Abrede gemacht.

Natürlich ist nicht jede Abrede schädlich, und das muss man auch anschauen. Aber ich glaube, die Weko hat auch betont, dass sie nur eingreift, wenn klare Hinweise bestehen, wonach diese Abrede, die besteht, schädlich ist. Sie hat auch gesagt, dass man, wenn man das verhindern wolle, keine Abrede mache, die Unternehmen wüssten das. Ich glaube, das betrifft nur eine Minderheit. Wir kommen dann bei Artikel 6 Absatz 4 dazu. Dort will man ja die Löhne bei den Sportvereinen begrenzen. Dort weiss man: So eine Abrede ist problematisch und kritisch, und man macht sie gar nicht erst, wenn man nicht in die Fänge der Weko geraten will.

In diesem Sinne: Ich glaube, die Unternehmen haben eine gewisse Rechtssicherheit, indem sie sich davor hüten, Abreden zu machen. Sonst sollen sie diese wirklich nur mit zittrigen Händen machen und gut abklären, dann ist die Rechtssicherheit gegeben.

Ich bitte Sie hier, im Sinne der Konsumentinnen und Konsumenten und gegen die Hochpreisinsel Schweiz die Minderheit zu unterstützen.

Parmelin Guy, conseiller fédéral: Cela a été dit: votre commission n'a pas suivi le Conseil fédéral en ce qui concerne l'article 5 alinéa 1bis du projet de loi. La proposition de la majorité de la commission va nettement plus loin d'ailleurs que ce que vise la motion Français: elle a pour effet d'affaiblir la réglementation des cartels. Selon la proposition de la

AB 2024 S 542 / BO 2024 E 542

majorité, même les accords de concurrence qualifiés de durs, et donc entre autres les cartels de prix classiques, ne doivent être interdits que si leur caractère nocif est démontré, ce qui doit être fait au cas par cas. Cette formulation vise à clarifier ce qui est déjà en vigueur, à savoir que l'article 5 de la loi sur les cartels n'est pas ce qu'on appelle un délit abstrait, mais un délit de mise en danger concrète. Ainsi, même un accord dur devrait être examiné dans chaque cas particulier, et ce caractère nocif devrait être démontré dans chaque cas concret. Cela signifie qu'il faut dans tous les cas ce que l'on appelle une théorie du dommage. La forme que devra prendre cette théorie à l'avenir n'a pas été clarifiée. Cette proposition entraînera, du point de vue du Conseil fédéral, des procédures plus longues, plus compliquées et plus coûteuses et, de plus – cela a été relevé par nombre d'entre vous –, l'insécurité juridique risque de persister durant de très nombreuses années. Cela est particulièrement préjudiciable aux petites et moyennes entreprises qui ne disposent pas de leur propre service juridique, mais aussi aux personnes lésées telles que les contribuables, les consommateurs par exemple. En outre, la nouvelle règle devrait rendre les actions civiles des victimes des cartels beaucoup plus difficiles, car les personnes lésées ne devraient pas seulement, comme cela se passe aujourd'hui, prouver leur dommage, ce qui, par expérience, représente déjà un obstacle très élevé. Elles devraient, en outre, démontrer



le caractère nocif pour la concurrence efficace sans, pour autant disposer des instruments d'enquête tels que ceux dont dispose la Comco. Cela affaiblirait donc inutilement le droit civil des cartels que le Conseil fédéral, mais aussi votre commission, souhaitent pourtant renforcer.

Ici, afin d'éviter tout malentendu, je tiens à préciser que la preuve du caractère nocif dans un cas particulier ne signifie pas que les effets concrets d'un accord doivent être prouvés. Cette variante d'exigence des "effets concrets" a également été discutée au sein de la commission. Toutefois, cette dernière a expressément rejeté cette solution pour de bonnes raisons. Vous trouvez également les détails à ce sujet dans le rapport du 10 janvier 2024 du Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche à l'attention de votre commission, qui a été rendu public.

La mise en oeuvre de la proposition de la majorité renforcerait donc davantage les inconvénients qui sont déjà liés à la proposition de mise en oeuvre du Conseil fédéral et que vous trouverez exposés en détail dans le message. En particulier, les obstacles demandés seraient en contradiction – comme cela a aussi été relevé par plusieurs d'entre vous – avec le droit de l'Union européenne et avec les recommandations de l'OCDE. C'est justement pour les entreprises actives au niveau international qu'il est désavantageux que des règles différentes s'appliquent.

Tout cela aurait pour conséquence de favoriser l'îlot de cherté suisse. Cela augmenterait les coûts d'acquisition pour les PME et affaiblirait la concurrence, et en fin de compte toute la place économique suisse. Pour les raisons évoquées ci-dessus, le Conseil fédéral vous propose de ne pas suivre la majorité et donc de rejeter cette proposition.

Selon la proposition de la minorité Germann, qui souhaite purement et simplement supprimer l'article 5 alinéa 1bis du projet de loi, ni la version du Conseil fédéral ni celle de la majorité ne doivent être mises en oeuvre. Alors je vous rappelle, comme cela a été rappelé par plusieurs d'entre vous, que le Conseil fédéral avait proposé de rejeter la motion Français 18.4282. Il continue de considérer l'objet de l'intervention comme très critique, car sa mise en oeuvre entraînerait des inconvénients majeurs pour les entreprises et les autorités. Tout cela a été expliqué en détail dans le message du Conseil fédéral.

Permettez-moi peut-être encore une fois de résumer en quelques mots ces raisons. Je souligne les points principaux que le Conseil fédéral relève: complication inutile, allongement et renchérissement des procédures, affaiblissement de la sécurité juridique, affaiblissement de la concurrence et donc de la compétitivité des entreprises suisses, contradiction aussi avec le droit de l'Union européenne et les recommandations de l'OCDE – je l'ai déjà dit –, et contradiction également avec la réglementation du pouvoir de marché relatif que vous, le Parlement, avez introduite dans la loi sur les cartels il y a deux ans, dans le cadre du contre-projet indirect à l'initiative pour des prix équitables. M. Germann en a parlé lors de son intervention.

La réglementation actuelle de l'article 5 de la loi sur les cartels, du point de vue du Conseil fédéral est équilibrée, elle a fait ses preuves et correspond aux normes internationales. De plus et de manière plus centrale – c'est quelque chose d'extrêmement important –, aujourd'hui en Suisse, la sécurité juridique règne. Les entreprises savent que les accords durs sont tabous, et il convient de ne pas inutilement compromettre ceci. C'est pourquoi le Conseil fédéral soutient la proposition de la minorité de supprimer purement et simplement l'article 5 alinéa 1bis du projet de loi sur les cartels, puisqu'il s'est opposé à la motion Français. Le système actuel de lutte contre les cartels durs, qui a fait ses preuves, serait ainsi maintenu. Il faut quand même rappeler que la Commission de la concurrence (Comco) est surveillée par le Tribunal administratif fédéral et par le Tribunal fédéral dans le cadre de la lutte contre les cartels.

Enfin, avant que vous passiez au vote, j'ajoute juste un mot. La colère est mauvaise conseillère, c'est un dicton, et Mme Moser et M. Ettlin l'ont rappelé: il ne s'agit pas de mélanger deux choses. Il s'agit ici de faire la part des choses entre un projet de réforme qui est globalement positif pour la concurrence, globalement positif pour notre économie et un mouvement de mauvaise humeur vis-à-vis de la Comco. Si vous souhaitez avoir un mouvement de mauvaise humeur vis-à-vis de la Comco, ce n'est pas ici qu'il faut l'avoir, vous aurez toute la latitude le moment venu, au sujet du projet du Conseil fédéral concernant la réforme des autorités de la concurrence, d'exprimer votre mauvaise humeur, vos propositions. Je subodore déjà que nous aurons un débat extrêmement animé à ce moment-là, mais ce n'est pas le lieu aujourd'hui. Aujourd'hui nous avons un projet qui est bon sans cet article 5 alinéa 1bis, et je vous demande de suivre la proposition de la minorité.

Abstimmung – Vote

(namentlich – nominatif; 23.047/6590)

Für den Antrag der Minderheit ... 24 Stimmen

Für den Antrag der Mehrheit ... 20 Stimmen

(0 Enthaltungen)



Abs. 3 Bst. a – Al. 3 let. a

Wicki Hans (RL, NW), für die Kommission: Bei diesem Antrag der Minderheit bewegen wir uns im Bereich der horizontalen Abreden. Es geht um die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs, wenn die Abrede zwischen konkurrierenden Unternehmen getroffen wird.

Die Minderheit möchte Buchstabe a so anpassen, dass darunter explizit nur Abreden über Mindest- oder Festpreise für Verträge mit Dritten fallen. Hintergrund ist die Thematik in Bezug auf die Bruttoreise, über die wir vorhin diskutierten. Aus Sicht der Mehrheit ist eine solche Anpassung aus mehreren Gründen abzulehnen. Einerseits ist ein Verfahren zu dieser Thematik – es betrifft die Frage der Sanitärgrosshändler – derzeit vor Gericht hängig. Dem bereits vorzugreifen ist einerseits nicht sinnvoll. Andererseits kann die Festlegung des Bruttoreises bereits im konkreten Fall erhebliche Auswirkungen nach sich ziehen. Denn auch wenn mittels Rabatten der effektive Marktpreis unterschiedlich ausfällt, so wird ein Rabatt realistischerweise kaum über 50 Prozent betragen. Mag auch die Schlacht um Rabatte tobten, für den Konsumenten kann unter Umständen ein generell hohes Preisniveau resultieren. Der Ausschluss von Abreden über Bruttoreise kann also gerade dazu führen, dass ein hartes Kartell aus dem Blick gerät.

Ich empfehle Ihnen daher, der Mehrheit unserer Kommission zu folgen und den Antrag der Minderheit abzulehnen.

Germann Hannes (V, SH): Der vorliegende Minderheitsantrag will erreichen, dass inskünftig nur noch die krassesten Fälle von Wettbewerbsbeschränkungen direkt sanktioniert werden können. Da stimmen wir ja eigentlich mit der

AB 2024 S 543 / BO 2024 E 543

Mehrheit überein, und darum erstaunt es mich, dass die Mehrheit hier nicht auf die Linie der Minderheit einschwenkt.

Das Parlament hat 2003 direkte Sanktionen nur für die krassesten Wettbewerbsbeschränkungen, also für Preis-, Mengen- und Gebietsabreden, eingeführt. Die Weko hat in der Folge den Begriff der Abreden über Preise weit ausgelegt – zu weit. Gemäss der Weko sind praktisch alle Abreden, die den Preis auch nur beeinflussen, Preisabreden, die direkt sanktioniert werden. Das kann doch nicht Ihr Ernst sein. Gestern haben wir einstimmig der Möglichkeit zur Vereinbarung von Richtpreisen bei Holz zugestimmt. Diese sollen administriert werden können. Es gibt also auch Preisempfehlungen in anderen Branchen, in der Landwirtschaft, bei der Gemüseproduktion usw. Aber Richtpreise oder Bruttoreise sind nun einmal nicht die Preise, die im Markt herrschen.

Ich nehme jetzt das Beispiel der Sanitärgrosshändler und bemühe dieses. Die Sanitärgrosshändler erstellten gemeinsam eine Liste mit Bruttoreisen, wobei die Parteien der Abrede völlig frei waren, Rabatte zu gewähren. Erwiesen war, dass Rabatte bis über 50 Prozent ausgehandelt werden konnten. Niemand – niemand! – kaufte im Markt zu Bruttoreisen. Die Endpreise waren also sehr unterschiedlich. Einzelne Nachfrager bezahlten für ein bestimmtes Produkt der Keramik Laufen beim Grossisten A 500 Franken, beim Grossisten B 400 Franken und beim Grossisten C sogar nur 250 Franken.

Die Abrede der Grossisten über einheitliche Bruttoreise führte also nicht dazu, dass alle Grossisten beim Verkauf des betreffenden Produkts den gleichen Preis forderten. Die Weko argumentierte aber, Bruttoreise beeinflussten die Endpreise, das genüge bereits, um den Preiswettbewerb auszuschalten. Das kann doch nicht unser Ernst sein. Wenn ein Produkt auf dem Markt für einen Preis von doppelt so hoch bis halb so günstig zu kaufen ist, kann man doch nicht von einer schädlichen Abrede reden. Genau solche Abreden darf die Weko künftig eben nicht mehr einfach sanktionieren. Es geht auch – siehe Fall Bringhen – über zehn Jahre, bis irgendwo mal Klarheit herrscht, was gilt und was nicht.

Diese Fälle müssen eliminiert werden, und darum machen wir eine kleine Präzisierung. Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a gemäss geltendem Recht auf Seite 4 der Fahne enthält den Passus "Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen". Die Minderheit will wie folgt präzisieren: "Abreden über Mindest- oder Festpreise für Verträge mit Dritten". Es ist also ausgeschlossen, Mindestpreise festzulegen. Festpreise im Markt festzulegen und durchzusetzen ist ausgeschlossen. Das kommt eigentlich der Sache entgegen, schafft mehr Klarheit. Das wird auch die Anzahl Fälle, die künftig von der Weko direkt sanktioniert werden können, massiv reduzieren. Es geht um Fälle, in denen es nicht gerechtfertigt ist, sie zu ahnden. Das wollen wir erreichen. Damit erweisen wir der Wirtschaft wirklich einen sehr wertvollen Dienst. Damit kann sie bestens leben. Das ist auch im Sinne der Mehrheit, so wie sie vorhin argumentiert hat.

Darum bitte ich Sie hier erst recht, dem Minderheitsantrag zuzustimmen. Das schafft Klarheit.



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



Caroni Andrea (RL, AR): Ich rate Ihnen davon ab, hier mit der Minderheit zu stimmen. Zum Ersten sind wir, der Minderheitssprecher hat es vorhin selbst ausgeführt, in einem laufenden Verfahren. Es geht um die ganz konkrete Konstellation der Sanitätshändler mit ihren Bruttopenissen. Dieses Verfahren ist vor Gericht, und es ist möglich, dass das dann noch eine Instanz weiter geht. Ich finde es etwas schwierig, wenn wir hier als Parlament versuchen, einen neun Jahre dauernden Rechtsstreit, der noch nicht entschieden ist, aber wahrscheinlich bald entschieden sein wird, gesetzgeberisch auf unsere Art zu lösen. Das ist das eine.

Zum Zweiten glaube ich, dass man es sagen sollte, wenn man das lösen will, wenn man also die Bruttopenisse von den harten Kartellen ausnehmen will. Dafür gäbe es gute Formulierungen, nämlich Buchstabe a so zu belassen und dann eine Ausnahme für Bruttopenisse zu machen. Aber das tun Sie nicht. Darum glaube ich, dass Sie auch an Ihrem eigenen Ziel vorbeischliessen. Denn Sie schreiben nichts von Bruttopenissen. Sie schreiben einfach von "Abreden über Mindest- oder Festpreise für Verträge mit Dritten". Damit stifteten Sie eigentlich eher Verwirrung. Warum "für Verträge mit Dritten"? Das steht so heute nicht drin. Was gibt es denn sonst noch für Verträge? Heute steht "Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen", und jetzt steht einfach nur noch "Abreden". Ja, sind jetzt nur noch direkte Abreden gemeint? Kann man indirekt alle Preise absprechen, die man will? Oder ist das nicht so gemeint? Will man weiterhin direkte und indirekte Preisabreden erfassen? Ich hoffe, das ist gemeint. Aber aus unerfindlichen Gründen fielen die Worte "direkt oder indirekt" raus, und die Gründe dafür sind unerfindlich. Ich habe nämlich mit dem Autor des ursprünglichen Textes gesprochen, und er hat mir recht gegeben. Also man schafft hier unnötig Unsicherheit, weil man die indirekten Preiskartelle irgendwie nicht mehr erwähnt.

Zum Dritten sagen Sie nichts von Bruttopenissen, aber sprechen jetzt von Mindest- oder Festpreisen. Damit sagen Sie nichts mehr über Höchstpreise. Das heisst, neu könnten nach Ihrer Formulierung also Migros und Coop als Abnehmer Höchstnahmepreise miteinander absprechen, und das wären dann keine harten Kartelle mehr. Ich finde das die massiv grössere Aufweichung mitten im Herzen unseres Wettbewerbsrechtes als das, was wir vorhin besprochen haben. Hier werden wirklich Preisabsprachen, Höchstpreise zum Beispiel, möglicherweise indirekte Preisabsprachen, dann nicht mehr als harte Kartelle erfasst.

Aus diesen Gründen bitte ich Sie, diesen konkreten Fall weiterhin den zuständigen Gerichten zu überlassen. Wenn man das lösen will, soll man das dann im Nationalrat mit einer gezielteren Formulierung tun.

Sommaruga Carlo (S, GE): Je remercie notre collègue Caroni pour les explications qu'il a données, auxquelles je souscris. Je pense que l'argument principal pour lequel il faut rejeter la proposition de minorité est effectivement cette intervention du législatif dans le cadre d'une procédure actuellement pendante devant les autorités judiciaires. On ne peut pas changer la loi simplement parce qu'un plaignant, dans une procédure, vient nous dire que la loi pose problème; on ne peut pas la modifier ensuite de cette manière. On ne sait pas du tout, à ce stade, ce que les autorités judiciaires feront finalement de la décision de la Comco dans cette affaire de la liste des prix de grossistes dans le domaine sanitaire.

Déjà en raison de cet élément, je vous invite vraiment à rejeter la proposition de minorité. Ce serait un précédent assez incroyable que le législateur modifie la loi en cours de procédure judiciaire – même si elle est importante – afin d'obtenir un certain résultat dans la procédure judiciaire. Je crois qu'il faut la garder.

Deuxième élément – je pense que cela a été bien expliqué, mais je tiens à le souligner: la formulation de la proposition de minorité supprime complètement la fixation indirecte des prix. Cette suppression fait que toute une série de modalités qui peuvent être mises en oeuvre échapperait complètement à la sanction de la loi sur les cartels. Ceci n'est pas acceptable. La liste des prix des grossistes est justement une manière indirecte de fixer les prix. Alors peut-être que le Tribunal administratif fédéral et le Tribunal fédéral diront que non, cela n'est pas une mesure indirecte de fixation des prix – peut-être. Cependant, en l'état, c'est une des modalités possibles de la fixation indirecte des prix, et elle pose justement problème. Mais on le sait bien: le monde est plein d'imagination et d'autres solutions encore pourraient permettre, de manière indirecte, d'influencer les prix. Le fait de biffer cette possibilité est donc un problème.

Dernier élément que j'aimerais apporter dans la discussion: comme cela a été dit par le porte-parole de la minorité, hier, on a discuté des prix administratifs en matière de marché du bois. Cependant, les prix administratifs fixés de cette manière le sont en fonction de l'intérêt public; ce ne sont pas des privés qui déterminent finalement ce qu'il en est. Il y a donc un intérêt public; or, ici, ces fixations de prix répondent à une pure logique que je qualifierais d'égoïste et d'accaparement d'une rente cartellaire par des acteurs économiques.

Je vous invite donc à ne pas faire la comparaison, et en même temps à soutenir la proposition de majorité qui maintient une loi efficace en matière de fixation illégale des prix.



Germann Hannes (V, SH): Ich wollte eigentlich nicht auf diese Details eingehen. Mit dieser Regelung will die Minderheit einfach eine Einschränkung der ausufernden Weko-Praxis erreichen. Und ja, Herr Caroni, hier steht nichts von Höchstpreisen, das mag schon sein, aber Bruttopreise sind in der Regel Höchstpreise. Wer sollte etwas dagegen haben, wenn ein vifer Verkäufer oder ein Laden einen noch höheren Preis erzielen kann? Das ist dann einfach der Markt und fertig. Hier müssen wir also gar nicht weiter regulieren: Es gibt Bruttopreise, es gibt Richtpreise, und mit der Formulierung "Mindest- oder Festpreise" will die Minderheit keine Vermischung, sondern einfach eine Klarstellung machen.

Wenn Ständerat Caroni im Fall der Sanitärgrosshändler anspricht, dass wir eine Gesetzesrevision machen, während noch Verfahren am Laufen sind, dann muss ich sagen: Es sind doch immer Verfahren am Laufen, wenn die Verfahrensdauer zehn Jahre und länger ist. Wenn wir so argumentieren, können wir ja nie eine Gesetzesrevision machen. Was glauben wir eigentlich? Wir lassen uns hier schon nicht für dumm verkaufen, also: Machen Sie das! Allenfalls kann der Zweitrat – da haben Sie recht, Herr Caroni – hier noch eine Präzisierung vornehmen, wenn das nötig sein sollte. Was es heißt, diese Regelung auf Verträge mit Dritten anzuwenden, ist aber völlig klar. Das ist in der Botschaft von 2003 explizit ausgeführt, und zwar genau, bis ins Detail. Jedermann weiß, wie das auszulegen ist. Damit wird man also keine Probleme haben. Darum bitte ich Sie hier, der Minderheit zu folgen.

Parmelin Guy, conseiller fédéral: Le Conseil fédéral vous propose de suivre la majorité. Premièrement, cela été très bien démontré tant par M. Caroni que par M. Sommaruga, l'objectif exact de la réglementation n'est pas clair. Lors des discussions en commission, il a été surtout question de prix bruts. Or, la formulation proposée par la minorité va beaucoup plus loin, cela sans raison apparente, ce qui risque d'entraîner une insécurité juridique pour les entreprises durant des années.

Secondement, l'adaptation proposée affaiblit la loi sur les cartels, précisément dans le domaine des ententes sur les prix, c'est-à-dire pour les infractions à la concurrence les plus graves. Ainsi, l'accord sur les prix maximaux ne serait notamment plus couvert. M. Caroni l'a bien montré: cela signifierait que deux grands détaillants pourraient s'entendre afin de payer moins cher leurs produits aux agriculteurs, cela sans avoir à craindre des sanctions.

En résumé, la proposition créerait, du point de vue du Conseil fédéral, une lacune importante et inutile dans la lutte contre les cartels et, surtout, aux conséquences imprévisibles.

Je le répète: je vous prie de suivre la majorité. Je dirai à l'attention de Monsieur Germann qu'il y a deux façons de clarifier les choses: je préfère que l'on suive la majorité afin d'avoir quelque chose de stable, et le second conseil analysera certaines propositions, plutôt que de partir sur la proposition de minorité et d'avoir un accident au second conseil. Rien que pour cela, je vous prie de suivre la majorité.

Abstimmung – Vote

(namentlich – nominatif; 23.047/6591)

Für den Antrag der Minderheit ... 28 Stimmen

Dagegen ... 16 Stimmen

(0 Enthaltungen)

Art. 6 Abs. 4

Antrag der Minderheit

(Regazzi, Bischof, Ettlin Erich, Germann, Hegglin Peter, Schmid Martin)

Durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind Abreden im Bereich der Ligen mit professionellem Spielbetrieb, die die finanzielle Leistungsfähigkeit der an den Ligen teilnehmenden Clubs sicherstellen, indem sie z. B. die Gesamtausgaben oder Teile davon (namentlich die Brutto-Lohnkosten) begrenzen.

Art. 6 al. 4

Proposition de la minorité

(Regazzi, Bischof, Ettlin Erich, Germann, Hegglin Peter, Schmid Martin)

Sont réputés justifiés par des motifs d'efficacité économique les accords dans le domaine des ligues professionnelles qui garantissent la capacité financière des clubs participant à ces ligues, par exemple en limitant les dépenses totales ou une partie de celles-ci (notamment les coûts salariaux bruts).

Wicki Hans (RL, NW), für die Kommission: Hier geht es um einen speziellen Fall. Während sich das Kartellgesetz auf der üblichen generell-abstrakten Ebene bewegt, beantragt die Minderheit, bei den gerechtfertigten



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



Arten von Abreden eine spezifische Ausnahme für diejenigen im Bereich der Ligen mit professionellem Spielbetrieb zu machen. Damit soll die freiwillige Einführung eines Financial-Fairplay-Systems für das Schweizer Eishockey im Kartellrecht ermöglicht werden. Zweck desselben wäre namentlich die Schaffung einer Lohnobergrenze für die Spieler. Die Minderheit erhofft sich damit, die grossen Lohnsteigerungen zu stoppen, welche für die Clubs eine starke finanzielle Belastung darstellen. Denn teilweise würden diese Löhne inzwischen 75 bis 80 Prozent der Gesamtkosten ausmachen. Aus Sicht der Minderheit sind die Prinzipien des freien Marktes in diesem Segment nicht anwendbar, da es sich um sportliche Konkurrenten handelt, während der wirtschaftliche Aspekt untergeordnet ist. Die Clubs müssen in erster Linie wirtschaftlich überlebensfähig sein, um eine ausgeglichene Liga bilden zu können.

Für die Mehrheit unserer Kommission ist die Schaffung einer solchen Regelung aus mehreren Gründen problematisch. Zunächst stellt sie ein rechtstheoretisches Problem oder jedenfalls eine Inkohärenz dar. Innerhalb der abstrakten gesetzlichen Regelung erfolgt ein Durchbruch, indem eine Regelung für einen Einzelfall geschaffen wird. Damit schaffen wir als Gesetzgeber nicht nur ein Präjudiz, sondern auch eine Ungleichbehandlung gegenüber anderen speziellen Konstellationen. Immerhin dürften die Ligen mit professionellem Spielbetrieb nicht die einzigen Spezialfälle sein, die sachlich eine Ausnahme rechtfertigen könnten. Dazu stellt sich ganz grundlegend die Frage, ob das Kartellgesetz der richtige Ort ist, um die Probleme der Clubs anzugehen, und ebenso, ob eine Lohnobergrenze generell die richtige Vorgehensweise ist. Mit Blick auf internationale Wettbewerbe könnte dies für die Schweizer Clubs sogar eher hinderlich werden. Schliesslich ist die Optik eine einseitige, nämlich diejenige der Clubs. Wenn wir aber die Perspektive der Spieler einnehmen, sehen wir, dass es sich klar um einen Eingriff in einen Markt handelt, der für sie direkte Konsequenzen hat, und zwar um einen einseitigen Eingriff im Sinne einer Interessenpolitik.

Aus diesen Gründen empfiehlt Ihnen die Mehrheit unserer Kommission, den Antrag der Minderheit auf Schaffung von Absatz 4 abzulehnen.

Regazzi Fabio (M-E, TI): Bei Artikel 6 Absatz 4 vertrete ich die starke Minderheit der Kommission. Urheber dieser Bestimmung war unser Kollege Stefan Engler. Als Erstes möchte auch ich meine Interessenbindung offenlegen: Ich arbeite als Verwaltungsrat des HC Lugano. Ich kenne die Herausforderungen im Profisport sehr gut, und die exzessiv steigenden Lohnkosten sind eine der wichtigsten. Der Jahresdurchschnittslohn eines Hockeyspielers liegt, über die ganze Liga gesehen, bei über 300 000 Franken. Wir sprechen hier von einem Jahresdurchschnittslohn von über 300 000 Franken. Die Politik hat das Problem der exzessiv steigenden Lohnkosten im Sportbetrieb bereits vor Jahren erkannt. Auch deshalb hat sie während der Covid-19-Pandemie die A-Fonds-perdu-Beiträge an Lohnsenkungen gekoppelt.

Nun sind wir wieder in der Verantwortung. Es ist nicht die Aufgabe der Politik, Löhne festzulegen. Darin sind wir uns einig. 12 von 14 Clubs – namentlich Fribourg-Gottéron, Lausanne, Zug, Davos, Lugano, Ambri-Piotta, Biel, Genève-Servette, Tigers Langnau, Rapperswil-Jona Lakers, Kloten und Ajoie – unterstützen eine Bruttolohn-Obergrenze. Die Einzigen, die eine solche Lösung bekämpfen, sind der ZSC Lions und der

AB 2024 S 545 / BO 2024 E 545

SC Bern, nicht per Zufall die zwei reichsten Clubs der National League.

Nun soll die Politik eine gesetzliche Grundlage schaffen, damit die Clubs freiwillig, und ich unterstreiche das Wort "freiwillig", in Eigenregie und mit Mehrheitsentscheid eine adaptierbare Bruttolohn-Obergrenze mit einem Financial-Fairplay-System einführen können, mit dem Hauptziel, einen moderaten Finanzausgleich zwischen Clubs aus wirtschaftlich stärkeren und Clubs aus wirtschaftlich schwächeren Regionen zu schaffen. Die explizite kartellrechtliche Ausnahmebestimmung im Sinne des Minderheitsantrages würde den Clubs eine solche freiwillige Vereinbarung ermöglichen. Bieten wir den Clubs dafür die Hand; es gibt zahlreiche Gründe, die dafür sprechen. In der WAK-S haben uns die Liga- und Clubvertreter die Vorteile einer Bruttolohn-Obergrenze stringent und nachvollziehbar aufgezeigt. Gerne möchte ich die wichtigsten aus Sicht der Minderheit unterstreichen.

Concernant l'introduction d'un plafond salarial sans danger pour les joueurs, premièrement, seuls les salaires de plusieurs centaines de milliers de francs suisses sont concernés. Deuxièmement, la limite du salaire brut volontairement établie ne serait pas rigide et pourrait être ajustée par décision majoritaire des clubs, qui assurent également les intérêts des joueurs. Troisièmement, le système de fair-play financier est également dans l'intérêt des travailleurs-joueurs, car il réduit le risque que les clubs rencontrent des difficultés financières ou fassent faillite.

Hockeyclubs schaffen nicht nur Arbeitsplätze, sie wirken oftmals auch identifikationsstiftend für eine Region oder gar einen ganzen Kanton. Sie können ihre wichtigen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Funktionen,



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



zum Beispiel Investitionen in den Nachwuchs oder den Frauensport, nur nachhaltig gewährleisten, wenn sie auf einer gesunden finanziellen Basis stehen. Ich bin, wie es hier viele sind, ein Verfechter einer liberalen Marktordnung. Im Profi-Hockeysport greifen aber die Prinzipien der freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung, wie sie durch das Kartellgesetz gefördert werden sollen, nicht. In diesem Zusammenhang erlaube ich mir, vier Elemente hervorzuheben:

1. Die Clubs der National League sind sportliche Konkurrenten. Sie sind wirtschaftlich aber nur in einer sportlich interessanten, ausgeglichenen und spannenden Liga überlebensfähig. Dieses Bewusstsein lässt die Clubs gut und partnerschaftlich zusammenarbeiten. So fließen beispielsweise die TV-Einnahmen gleichzeitig an alle Clubs und sind nicht, wie anderswo, an Zuschaueraufkommen oder Vermarktungswerte gekoppelt.

2. Der Markt eines jeden Clubs ist lokal begrenzt. Dies betrifft nicht nur die Zuschauenden, sondern auch das Potenzial an möglichen Sponsoren und Göntern. So können Fans, Sponsoren und Gönner bei aus ihrer Sicht unzureichender Leistung nicht einfach ohne Weiteres einen anderen Club wählen, wie das beispielsweise bei einem normalen Geschäft möglich wäre.

3. Der Sport lebt von Emotionen und ist gewinnträchtig. Hockeyclubs sind daher auf das Vertrauen zahlreicher Sponsoren, Aktionäre oder unterstützender Quellen angewiesen, die ohne jegliche Hoffnung auf Dividendenauszahlung agieren.

4. Alle 14 National-League-Clubs investieren seit jeher sehr viel in die Nachwuchsausbildung und in den letzten Jahren auch zunehmend in die Entwicklung des Fraueneishockeys. Diese beiden Bereiche sind von zentraler Bedeutung und politisch gewünscht, aber in der gesamten Schweiz defizitär.

Die einzigartigen Marktmechanismen einer professionellen Sportliga, die zahlreichen positiven Anwendungsbeispiele aus dem Ausland bezüglich Financial Fairplay sowie die fehlenden Alternativen rechtfertigen aus unserer Sicht die Einführung eines freiwilligen Financial-Fairplay-Systems. Es gibt kein milderes Mittel als eine gesetzliche Verankerung im Kartellgesetz, um die angestrebten Ziele zu erreichen.

Ich komme zum Schluss. Eine überwältigende Mehrheit der Clubs, 12 von 14, befürwortet die Einführung des Financial-Fairplay-Systems. Es handelt sich nicht um einen staatlichen Eingriff per se; mit der neuen Bestimmung von Artikel 6 Absatz 4 wird einzig der gesetzliche Rahmen für diese freiwilligen Massnahmen geschaffen. Aus unserer Sicht ist dies das einzige ersichtliche und wirksame Mittel, die angestrebten Ziele zu erreichen. Geben wir mit dieser gesetzlichen Grundlage auch den Clubs die Möglichkeit, sich selbst zu organisieren.

Ich danke Ihnen für die Aufmerksamkeit und bitte Sie, bei Artikel 6 Absatz 4 dem Antrag der starken Minderheit der WAK-S zuzustimmen.

Sommaruga Carlo (S, GE): Cette disposition a fait l'objet de beaucoup de discussions en commission. Une proposition a été déposée initialement par notre collègue Engler, cela a été dit. Nous avons eu un vote sur cette proposition, qui consistait principalement à accepter que l'on exclue des accords illicites les accords sur les salaires passés dans le domaine des ligues professionnelles. Une intervention a été déposée ultérieurement, lors d'une autre séance de commission, pour examiner cela de plus près, parce que, finalement, cela créerait une exception aux principes mêmes fixés dans la loi. Nous avons donc mené diverses auditions et avons eu un nouveau vote. Le résultat du vote s'est renversé avec la voix prépondérante du président. Cela montre donc bien qu'au sein de la commission, les opinions n'étaient pas vraiment très tranchées et claires.

Pour ma part, je peux vous dire que j'ai voté avec la majorité de la commission, parce qu'il me semblait important à ce moment-là que l'article inclue la prise en considération de la voix des joueurs – c'est-à-dire de l'association des représentants des joueurs de hockey, mais cela pourrait concerner, demain, une autre ligue professionnelle. Toutefois, aujourd'hui, je suis convaincu qu'il faut absolument suivre la minorité, parce que cela donne une impulsion permettant de créer effectivement le cadre d'une réglementation pour ces ligues sportives professionnelles, qui ne peuvent pas être considérées comme des acteurs économiques identiques à des entreprises de production de machines ou à des entreprises de construction. Je pense que le fait que l'on puisse donner, au niveau légal, un cadre pour ce qui s'appelle le fair-play financier me semble extrêmement positif.

Toutefois, je considère que cette disposition devrait peut-être être plus précise concernant les conditions d'acceptation des accords dans le domaine des ligues professionnelles, et je pense que ce travail pourra être fait par le deuxième conseil. Cet article pose le cadre, et nous devons l'accepter pour donner l'impulsion et souligner la nécessité de créer une base légale dans ce domaine. Puis, dans le cadre du deuxième conseil, cela pourra être amélioré.

C'est vrai et cela a été dit: cela concerne essentiellement les hauts salaires, cela concerne la stabilité financière des clubs, et par ricochet aussi les places de travail dans ces clubs.



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



Dès lors, je vous prie de soutenir la proposition de la minorité Regazzi.

Salzmann Werner (V, BE): Ist es wirklich die Aufgabe des Gesetzgebers, hier eine Regelung vorzunehmen? Diese Frage habe ich mir gestellt. Sie wurde auch in der Kommission angesprochen, aber sie wurde nicht zu Ende diskutiert. Ich meine, es ist nicht unsere Aufgabe.

Ja, es stimmt, es gibt Clubs mit grossen Stadien und Clubs mit kleineren Stadien. Jene Clubs mit den grossen Stadien haben mehr Einnahmen, wenn sie die Stadien füllen. Es gibt Clubs in Regionen, die mehr Sponsormöglichkeiten als andere haben. Ja, was wollen Sie da tun? Wollen Sie dann die Anzahl Plätze in den Stadien vorschreiben oder das Sponsoring am Schluss aufteilen? Das wären Massnahmen, die zum gleichen Resultat führen würden.

Ich staune schon, dass jetzt die gleichen vier Ratsmitglieder die Minderheit unterstützt haben, die vorhin mit Vehemenz auf Abreden hingewiesen haben. Was machen wir hier? Wir greifen in den freien Wettbewerb der Clubs ein. Wir ermöglichen Abreden aufseiten der Arbeitgeber zum Nachteil der Spieler, das machen wir. Die Clubs können somit ihre Einnahmen maximieren und zum Nachteil ihrer Spieler die Löhne kontrollieren. Ich denke, es ist nicht unsere Aufgabe, das zu regeln.

AB 2024 S 546 / BO 2024 E 546

Aus diesem Grund bitte ich Sie, hier wirklich der Mehrheit zu folgen.

Germann Hannes (V, SH): Ich hatte mich zwar vorhin gemeldet, aber jetzt bin ich froh, dass ich Kollege Salzmann gehört habe. Ich müsste bei ihm aber zurückfragen, warum er bei Artikel 5 mit der Kommissionsmehrheit stimmte.

Ich bin auch Teil der Minderheit zu Artikel 6, aber ich muss Ihnen sagen: Ganz wohl ist mir dabei nicht. (*Teilweise Heiterkeit*) Wir wollten für die kleinen Vereine etwas Gutes tun, und mein Herz schlägt nun mal für die Kleinen. Aber eigentlich hat Kollege Salzmann schon recht. Man müsste sich auch überlegen, welche Auswirkungen das – rein sportlich betrachtet – haben wird. Erlebt die Schweiz, die Schweizer Liga, dann einen Exodus? In diesem Falle hätten wir uns wirklich ein Kuckucksei ins Nest gelegt.

Eines möchte ich noch auf den Weg geben, egal was jetzt herauskommen wird; ich werde mich enthalten, obwohl ich in der Minderheit bin. (*Teilweise Heiterkeit*) Ich möchte aber den Zweitrat bitten, sich die Sache noch einmal gut zu überlegen. Sind als Nächstes dann die Fussballer dran, und wer kommt als Übernächstes? Es gibt immer solche möglichen Ausnahmetatbestände.

Jetzt habe ich noch einen formellen Hinweis, der mir auch nicht ganz unwichtig erscheint. Sie haben jetzt in Artikel 6 einen separaten Absatz 4 für die Eishockeyclubs geschaffen. Dabei hätten wir ja eigentlich in Artikel 6 mit der Überschrift "Gerechtfertigte Arten von Wettbewerbsabreden" gemäss Absatz 1 Buchstaben a bis e eine Aufzählung, in der vieles aufgelistet ist. Buchstabe e zum Beispiel betrifft Abreden mit dem Zweck, die Wettbewerbsfähigkeit kleinerer und mittlerer Unternehmen zu verbessern, sofern sie nur eine beschränkte Marktwirkung aufweisen. Hier könnte man die Aufzählung einfach mit einem Buchstaben f ergänzen, wahrscheinlich wäre es da besser platziert. Ich befürchte aber, dass wir dann irgendwann beim Buchstaben z ankommen, aber das ist eine andere Thematik. Das wollte ich einfach auch als Hinweis an den Zweitrat erwähnt haben.

Regazzi Fabio (M-E, TI): Ich muss mit einer Präzisierung auf das Votum von Kollege Salzmann reagieren. Ich wiederhole es noch einmal: Wir greifen nicht direkt in die Lohnpolitik der Clubs ein. Wir schaffen nur eine gesetzliche Grundlage, damit die Clubs sich eventuell freiwillig einigen können. Das ist unbedingt notwendig, damit wir nicht gegen das Kartellgesetz verstossen. Das ist der Sinn dieser Bestimmung.

Eine letzte Bemerkung: Wenn Sie von der Maximierung der Gewinne in den Eishockeyclubs sprechen, dann meinen Sie vielleicht die zwei grössten Clubs. Aber für die anderen kann ich es bestätigen: Es handelt sich normalerweise um ein Verlustgeschäft, ohne Gönner und Sponsoren wären diese Clubs wahrscheinlich pleite. In diesem Sinne ersuche ich Sie nochmals, die Minderheit zu unterstützen.

Maillard Pierre-Yves (S, VD): Juste un mot, puisqu'il s'agit de salaires; peut-être qu'une voix syndicale peut être entendue.

J'aimerais tout d'abord dire que les clubs sportifs, probablement, et les associations sportives auraient bien aimé ne jamais être concernés par la loi sur les cartels et ne jamais apparaître dans cette loi. Cependant, le problème est que les ententes sportives qui existent parfois, comme le fair-play financier, sont attaquées par la loi sur les cartels, parce que l'on a inclus la vie sportive dans la vie économique en général. J'aimerais vous signaler qu'aux Etats-Unis, dans le monde nord-américain, qui est quand même le monde du libéralisme, ces règles existent et n'ont jamais été concernées par des interdictions liées aux lois sur les cartels. C'est donc



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



justement afin de rester en dehors de régulations faites pour l'économie que cet article est nécessaire, afin de leur permettre d'exister. Comme l'a dit notre collègue Regazzi, il s'agit ici de règles fixées librement par des ligues qui s'entendent entre elles et décident donc des règles de maximums. Il est évidemment dans l'intérêt des autres joueurs que l'on n'aille pas toujours plus haut pour les tout meilleurs, parce qu'à la fin, le gâteau n'est pas extensible et l'on ne peut donc pas donner de salaires décents à tout le monde.

C'est pour cela que je vous invite à soutenir la proposition de minorité Regazzi.

Engler Stefan (M-E, GR): Ich unterstütze selbstverständlich auch die Minderheit und möchte, ohne das vom Kommissionssprecher bereits Gesagte zu wiederholen, noch auf zwei, drei Punkte aufmerksam machen. Warum kann man darauf kommen, jetzt das Kartellgesetz in diesem Punkt anzupassen? Der Grund ist der, dass auf eine Anfrage bei der Weko nicht mit Sicherheit geantwortet werden konnte, dass ein solches Financial Fairplay kartellrechtlich unbedenklich sei. Wenn man sich hier also absichern möchte und Rechtssicherheit schaffen will, geht es gar nicht anders, als eine Ausnahme ins Kartellgesetz zu schreiben.

Wir wurden ja auch von zwei Clubs angeschrieben, die das im Unterschied zu den anderen zwölf Clubs, die das unterstützen, gar nicht so sehen. Es wurde gesagt, das sei gar kein Problem, es würde ja eine ausgeglichene Liga bestehen. Ich glaube, es ist ausserordentlich blauäugig, wenn man behauptet, dass die schweizerische Eishockey-Nationalliga sehr ausgeglichen sei. In Tat und Wahrheit gibt es Clubs aus wirtschaftlich schwächeren Regionen, die eigentlich nie eine Chance haben, am Wettbewerb um den Schweizer Meistertitel teilzunehmen. So war der HC Ajoie in den letzten drei Jahren regelmässig auf einem der letzten Plätze zu finden. Clubs wie die SCL Tigers aus Langnau oder auch der HC Ambri-Piotta aus der Leventina schaffen es kaum einmal in die Halbfinals, und das hat sehr wohl mit den unterschiedlichen Verhältnissen dieser Clubs zu tun.

Letztlich geht es im Rahmen dieses Financial-Fairplay-Systems, das eingeführt werden soll, eigentlich nur darum, den wirtschaftlichen Vorteil der Spaltenclubs sehr moderat zu reduzieren. Auch nach Einführung des Financial-Fairplay-Systems werden die Spaltenclubs über deutlich mehr finanzielle Mittel verfügen als die Clubs aus den ärmeren Regionen.

Das sei auch gesagt: Mein Interesse ist dasjenige eines Zuschauers. Ich bin seit dreissig Jahren Inhaber eines Abonnements des HCD und begeisterter Fan des Eishockeysports. Ich bin in kein Gremium eingebunden. Ich bin auch daran interessiert, dass eine spannende Meisterschaft stattfindet, und bin überzeugt davon, dass Financial Fairplay hier einen Beitrag leisten kann.

Es wurde in der Diskussion auch gesagt, das könnte dem schweizerischen Spitzensport international Wettbewerbsnachteile verursachen. Ich glaube, das Gegenteil ist richtig: Mit dem angedachten System könnten die Clubs der schweizerischen Nationalliga vermehrt Gelder in die defizitäre Nachwuchsförderung investieren und auch die Entwicklung des ebenso defizitären Fraueneishockeys vorantreiben. Die Schweiz bezahlt heute die höchsten Löhne in Europa und wird diese auch nach Einführung des Financial-Fairplay-Systems bezahlen. Würde man indessen den ärmeren Clubs etwas mehr finanziellen Spielraum gewähren, so könnten diese auch in den entsprechenden Regionen die Förderung der defizitären Sparten weiter professionalisieren.

Kollege Regazzi hat es auf den Punkt gebracht. "Eismeister" Zaugg, das ist einer der profiliertesten Eishockeyjournalisten unseres Landes, hat es eigentlich auch vorgezeichnet, indem er gesagt hat: 1993 konnte Kloten mit einem Gesamtbudget von 3 Millionen Franken Schweizer Meister werden. Heute benötigt es ein Budget von mindestens 20 Millionen Franken, um um den Meistertitel kämpfen zu können. 5 Millionen Franken entsprechen heute dem Budget eines Clubs in der Swiss League – das ist die zweite Kategorie der Eishockeymannschaften in der Schweiz –, dem Budget des EHC Visp oder eines ähnlichen Vereins in dieser Liga.

Wir greifen hier also nicht in ein System ein, sondern setzen nur den Rahmen, damit die Liga das von sich aus beschliessen kann. Ich bin auch nicht der Meinung, dass das gegen die Interessen der Spieler verstößt. Es ist mitunter sogar im Interesse derjenigen, die nicht Spaltenverdiener in der Eishockeyliga sind, die Obergrenzen zu kennen.

Insoweit sehe ich hier eigentlich mehr Vor- als Nachteile und bitte Sie auch, die Minderheit zu unterstützen.

AB 2024 S 547 / BO 2024 E 547

Ettlin Erich (M-E, OW): Ich bin Mitglied der Kommission. Weil die Diskussion sich bisher nur um Eishockeyvereine drehte, möchte ich darauf hinweisen, dass der Artikel festhält, dass es um Ligen mit professionellem Spielbetrieb geht – dies als Ergänzung. Aufgrund der Diskussion könnte man das Gefühl bekommen, es gehe nur um die Eishockeyvereine. Aber es geht um alle Ligen mit professionellem Spielbetrieb. Der Fussball wäre da also mit enthalten.



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



Sommaruga Carlo (S, GE): Dans le cadre des précisions, en relisant cet article en préparant la séance d'aujourd'hui, j'ai vu que les mots "sportif" ou "sport" ne sont indiqués nulle part. Dès lors, il faudrait faire attention, peut-être dans le cadre du traitement au second conseil, de le réécrire, en précisant bien qu'il s'agit du domaine sportif. Il ne faudrait pas que, dans quelques années, d'autres secteurs viennent nous dire que des exceptions peuvent s'appuyer sur cet article.

Parmelin Guy, conseiller fédéral: En préambule, je ne sais pas, Monsieur Germann, si le coucou jettera l'oeuf hors du nid ou si le second conseil trouvera l'oeuf de Colomb. On le verra bien.

Avec cet article, on est en train de faire de la politique salariale sportive. Si on veut comparer quelque chose, il faut comparer ce qui est comparable. Aux Etats-Unis, dans la ligue nationale de hockey, il y a un plafond salarial. Si vous voulez, Monsieur Engler, qu'un jour le club d'Ajoie ou de Langnau ait de nouveau une chance d'être champion suisse, il faut introduire un plafond salarial. Cela oblige, à un moment donné, à limiter les hauts salaires et à redistribuer des moyens à l'intérieur de la ligue au profit des autres joueurs et des autres clubs. Ainsi, les clubs qui sont dans le bas du classement, qui ont des faiblesses parce qu'ils n'ont pas beaucoup de moyens, ont des chances, un jour, de monter dans le classement. C'est une autre discussion. Aura-t-elle lieu lors des travaux préparatoires du second conseil? On le verra.

La proposition de la minorité Regazzi demande que les accords entre les clubs sportifs professionnels soient toujours justifiés, au sens de l'article 5. Monsieur Sommaruga, entre les lignes, il a toujours été question de hockey sur glace. On n'a parlé que de hockey sur glace, on n'a pas parlé de football. On ne sait pas quelles sont les conséquences que cela pourrait avoir sur les ligues professionnelles de football.

Si vous deviez suivre la minorité, ce que le Conseil fédéral ne souhaite pas, cela nécessiterait un soigneux travail au sein de la commission du second conseil, une soigneuse analyse, pour en évaluer les conséquences. Je pense effectivement que ce n'est pas au Conseil fédéral, ni au législateur, de définir le cadre dans lequel doit travailler telle ou telle ligue professionnelle sportive, que ce soit de hockey, de basket ou de football.

Le Conseil fédéral ne partage pas l'approche de la minorité pour trois raisons. Premièrement, les réglementations sectorielles sont étrangères au droit suisse des cartels. Elles doivent être rejetées pour des raisons de politique de la concurrence. En principe, les mêmes règles devraient s'appliquer à tous les acteurs du marché, ceci afin d'éviter des distorsions de concurrence.

Deuxièmement, nous pensons qu'ici, la réglementation nuirait à la concurrence: elle exclurait de facto les clubs professionnels de l'article 5 de la loi sur les cartels. Il n'y aurait, en matière de concurrence effective, plus de garantie sur ce type de marché.

Troisièmement, il est difficile – je l'ai dit – d'évaluer les conséquences de la nouvelle réglementation. Je le répète: au sein de la commission, il a toujours été question de hockey sur glace professionnel, mais la règle concernera également le football professionnel. Il pourrait aussi y avoir des conséquences globales probablement très importantes.

Enfin, quatrièmement, le Conseil fédéral pense que la réglementation est inutile. La loi sur les cartels en vigueur n'empêche pas explicitement les accords efficaces. Elle offre donc une marge de manœuvre suffisante et proportionnée pour des ententes nécessaires au maintien des ligues sportives dans le sport professionnel. Pour ces différentes raisons, nous vous prions de suivre la majorité.

Abstimmung – Vote

(namentlich – nominatif; 23.047/6592)

Für den Antrag der Minderheit ... 31 Stimmen

Dagegen ... 8 Stimmen

(5 Enthaltungen)

Art. 7 Abs. 3

Antrag der Mehrheit

Ein missbräuchliches Verhalten gemäss Absatz 1 und 2 liegt nur dann vor, wenn seine Schädlichkeit für den wirksamen Wettbewerb im konkreten Fall dargelegt ist.

Antrag der Minderheit

(Sommaruga Carlo, Bischof, Ettlin Erich, Germann, Hegglin Peter, Moser)

Streichen

Antrag Rieder

Ein missbräuchliches Verhalten gemäss Absatz 1 und 2 Buchstabe a bis f, liegt nur dann vor, wenn seine



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



Schädlichkeit für den wirksamen Wettbewerb im konkreten Fall dargelegt ist.

Art. 7 al. 3

Proposition de la majorité

Une pratique n'est réputée illicite au sens des al. 1 et 2 que si son caractère nocif pour la concurrence efficace est mis en évidence dans le cas concret.

Proposition de la minorité

(Sommaruga Carlo, Bischof, Ettlin Erich, Germann, Hegglin Peter, Moser)

Biffer

Proposition Rieder

Une pratique n'est réputée illicite au sens des alinéas 1 et 2 lettres a à f, que si son caractère nocif pour la concurrence efficace est mis en évidence dans le cas concret.

Wicki Hans (RL, NW), für die Kommission: Bei diesem Punkt geht es um die Thematik des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. Im Kern ist es dieselbe Frage wie vorhin bei Artikel 5 Absatz 1bis. Auch hier geht es aus Sicht der Mehrheit unserer Kommission darum, dass die Schädlichkeit eines missbräuchlichen Verhaltens im konkreten Fall dargelegt werden muss.

Insbesondere im Kontext einer marktbeherrschenden oder relativ marktmächtigen Stellung ist dies von besonderer Bedeutung. Denn hier hängt es wesentlich von der Interpretation ab, ob ein Unternehmen darunterfällt und ob sein Verhalten missbräuchlich ist oder nicht. Ist eine Preiserhöhung bereits eine Erzwingung unangemessener Preise gemäss Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe g? Fallen tiefe Preise bereits unter die Unterbietung von Preisen laut Buchstabe d? Oder ist die Gewährung eines Rabatts schon eine Diskriminierung eines Handelspartners nach Buchstabe b?

Die Befürchtung der Minderheit, wonach durch die Hinzufügung dieses Absatzes die Verfahren länger werden, ist unberechtigt. Vielmehr trägt es gerade zur Rechtssicherheit bei, wenn durch die Darlegung der Schädlichkeit am konkreten Fall ein Verfahren überhaupt erst nachvollziehbar wird. Denn um die entsprechenden Verhaltensweisen von Unternehmen angemessen beurteilen zu können, muss aufgezeigt werden, ob sie für einen wirksamen Wettbewerb überhaupt schädlich sind.

Nachdem wir auf den 1. Januar 2022 die Kategorie der relativ marktmächtigen Unternehmen geschaffen haben, führen wir diesen Grundgedanken mit dem neuen Absatz konsequent fort. Ich erinnere hier zudem an die vorherigen Ausführungen zum Ziel der Kartellgesetzgebung gemäss Bundesverfassung. Dieses ist die Verhinderung von volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen. Das Aufzeigen

AB 2024 S 548 / BO 2024 E 548

der Schädlichkeit hier am konkreten Fall muss auch in diesem Kontext unser Leitmotiv bilden. Ich empfehle Ihnen, dem Mehrheitsantrag zuzustimmen und diesen Zusatz aufzunehmen.

Sie haben gesehen, Kollege Rieder hat noch einen Einzelantrag gestellt, der Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe g davon ausnehmen will. Eine ernsthafte Einzelfallanalyse würde für alle Arten von Verhaltensweisen mit Ausnahme derjenigen gemäss Buchstabe g durchgeführt. Bei der Verhaltensweise gemäss Buchstabe g bliebe es bei der bestehenden Praxis, die sich aus dem Bundesgerichtsentscheid Gaba ergibt.

Rein rechtlich gesehen ist dies eine Lücke, die nur schwer zu rechtfertigen ist. Wir haben dies aber in der Kommission nicht explizit und tiefgehend besprochen. Es ist und bleibt eine politische Frage, ob Sie dem Einzelantrag Rieder zustimmen wollen oder nicht.

Sommaruga Carlo (S, GE): L'article 7 alinéa 3 est le pendant de l'article 5 alinéa 1bis – ils font partie d'un même concept. On aurait peut-être même pu voter seulement le concept en général plutôt que les deux articles. Celles et ceux qui se sont exprimés contre l'article 5 alinéa 1bis devraient maintenant également s'exprimer en faveur de la proposition de minorité, à savoir contre cet ajout de l'article 7 alinéa 3. On est dans des domaines différents: d'abord on a évoqué effectivement l'examen concret dans le cadre des ententes illicites, et maintenant on examine la même situation dans le cadre des situations de dominance, ou alors des situations de pouvoir de marché relatif, c'est-à-dire cette notion qui a été introduite avec la réforme qui est entrée en vigueur le 1er janvier 2022.

Ici, de nouveau, on invoque la nécessité du "reality check" pour pouvoir limiter la portée des dispositions. Pourquoi est-ce un problème? Parce qu'au-delà du principe tel qu'il est fixé à l'article 7 alinéa 1, il y a une liste,



à l'alinéa 7 alinéa 2, qui indique de manière très claire quelles sont les situations de position de dominance ou de pouvoir de marché relatif qui sont par essence contraires à la libre concurrence. Or, avec l'alinéa 3 de l'article 7, on remet en question cette liste de l'alinéa 2, qui, finalement, correspond à des pratiques qui, par essence, génèrent des augmentations de prix – ceci naturellement au détriment des consommateurs, des PME, et également, comme on le disait aussi tout à l'heure, des autorités publiques et donc des contribuables des communes, des cantons et de la Confédération.

Les seuls bénéficiaires de cet article 7 alinéa 3, comme de l'article 5 alinéa 1bis, ce sont ces entreprises qui essayent finalement de tirer profit d'une rente de cartel, d'une rente de position dominante et – naturellement on va dire – ceux et celles qui vont les soutenir. Moi, je pense qu'il est extrêmement important aujourd'hui d'en rester à la disposition telle qu'elle existe dans la loi, c'est-à-dire sans référence à ces contrôles concrets qui ont des conséquences importantes de limitation et de remise en cause du fonctionnement de la loi tel qu'il est aujourd'hui.

La proposition individuelle de M. Rieder est intéressante, parce qu'elle met justement en lumière le fait que ces contrôles, que l'on veut introduire par l'article 7 alinéa 3, ont en fait des conséquences sur la remise en question des comportements qui, par essence, sont contraires à la concurrence. Et que montrent-ils? Ils montrent qu'en fait, il ne faudrait pas appliquer ce contrôle concret à la lettre g, à savoir sur la question des importations parallèles. On est donc dans une situation où l'on reconnaît que le contrôle concret remet en question la liste des comportements qui, par essence, sont contraires à la libre concurrence, mais on exclut finalement la lettre g parce que l'on considère que là, l'essence est garantie, et qu'il faut effectivement considérer ces comportements comme contraires à la libre concurrence. Cela montre la contradiction que contient la proposition de la majorité.

Je vous invite, pour ces motifs, à rejeter la proposition individuelle de notre collègue Rieder, à rejeter la proposition de la majorité et à vous rallier à la proposition de minorité.

Rieder Beat (M-E, VS): Sie haben bezüglich Artikel 5 entschieden. Die Verfahrensdauer werden Sie aber nicht reduzieren, das muss ich hier einmal klar festhalten. Die Prozesse werden lange dauern, weil sich die KMU gegen entsprechende Verfügungen der Weko mit allen Mitteln wehren werden, da sie sonst vernichtet würden. Auch die Bussenhöhe werden Sie nicht herunterschrauben. Streuen wir also mit dem Mehrheitsentscheid zu Artikel 5 nicht irgendwelchen Leuten Sand in die Augen. Damit verändern Sie am gesamten Verfahren nichts – Punkt.

In Artikel 7 Absatz 3 geht es um die Auferlegung einer mindestens grundlegenden Beweispflicht der Weko. Die Minderheit möchte das nicht. Die Minderheit möchte die Weko weiterhin die Verfahren führen lassen, ohne dass diese beweisen oder auch nur eine Grundlage dafür angeben muss, wieso ein Verhalten marktmissbräuchlich ist. Die Minderheit hat sicherlich bei einer einzigen dieser Massnahmen recht, nämlich beim Verbot des Erschwerens von Parallelimporten gemäss Artikel 7 Absatz 2 Litera g. Mit diesem Buchstaben wurde ja der indirekte Gegenvorschlag zur Fair-Preis-Initiative umgesetzt. Litera g ist so gestaltet, dass es gar keine Möglichkeit gibt, die entsprechende Marktbeschränkung positiv auszulegen. Das heisst, ein kartellähnliches Verhalten, das Parallelimporte erschwert oder verbietet, ist immer marktschädlich. Daher ist es gewissensmassen logisch, dass wir Litera g gegenüber der Fassung der Mehrheit bei Artikel 7 Absatz 3 ausnehmen und dazu keinerlei Beweise von der Weko verlangen.

Wieso? Weil das Verhalten nach Litera g nicht dem Verhalten gemäss den Literae a bis f entspricht: Ein Verhalten gemäss den Literae a bis f kann durchaus marktförderlich oder aber auch marktschädlich sein. Bei einem Verhalten gemäss Litera g, also bei einem Verbot oder einer Behinderung von Parallelimporten, ist es so, dass es auf jeden Fall einen Marktschaden gibt.

Deshalb bin ich der Meinung, dass mein Einzelantrag die Mehrheitsfassung verbessert, weil er diese spezielle Situation der Parallelimporte und unsere Versprechen gegenüber den Initianten der Fair-Preis-Initiative berücksichtigt. Deshalb würden auch die ganzen Zuschriften, die Sie erhalten haben und die darauf hingewiesen haben, dass wir hier nichts ändern sollten, dahinfallen, weil wir eben gerade in diesem Punkt die harten Bedingungen gemäss Artikel 7 Absatz 2 Litera g einhalten – daher mein Einzelantrag.

Ich bitte Sie, dem Einzelantrag zuzustimmen.

Germanne Hannes (V, SH): Ja, wir haben 2021 in Umsetzung der Fair-Preis-Initiative Artikel 7 des Kartellgesetzes sinnvoll ergänzt. Nun möchte ich nicht wiederholen, was Kollege Sommaruga von der Minderheitsseite bereits zu Recht ausgeführt hat. Ich habe mir einfach die Überlegung gemacht, was sich mit dem Einzelantrag Rieder ändern würde. Wenn Sie ihn lesen, dann leuchtet der Antrag im ersten Moment ein, und tatsächlich betrifft Artikel 7 Absatz 2 Litera g die Parallelimporte, also die Einschränkung der Möglichkeit der Nachfrager,



in der Schweiz und im Ausland angebotene Leistungen im Ausland zu beziehen. Insofern ist dieser Antrag auf der einen Seite schon logisch.

Auf der anderen Seite müssen Sie Folgendes sehen: Artikel 7 hat den Titel "Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender und relativ marktmächtiger Unternehmen". In Absatz 1 wird das sogar explizit aufgeführt: "Marktbeherrschende und relativ marktmächtige Unternehmen verhalten sich unzulässig [...]." Herr Rieder möchte das auf Absatz 2 Buchstaben a bis f beschränkt wissen, aber der Begriff der relativ marktmächtigen Unternehmen bleibt in der Überschrift und in Absatz 1 drin. So hebelt er trotzdem praktisch alles aus, was wir vorhin in Artikel 5 eigentlich für richtig empfunden haben. Darum wäre es ein fataler Rückfall, wenn wir hier dem Einzelantrag Rieder zustimmen würden. Er macht es nicht wirklich viel besser.

Parmelin Guy, conseiller fédéral: Par sa proposition, la majorité demande un affaiblissement des règles concernant les entreprises ayant une position dominante ou un

AB 2024 S 549 / BO 2024 E 549

pouvoir de marché relatif. A cet effet, un nouvel article 7 alinéa 3 devrait être introduit dans la loi sur les cartels. L'acceptation de cette proposition rendrait plus difficile la lutte contre les abus commis par des entreprises ayant une position dominante ou un pouvoir de marché relatif au sens de l'article 7 de la loi, et cela affaiblirait le droit des cartels.

Un abus de position dominante ou de pouvoir de marché relatif ne devrait donc être admis que si le caractère nocif pour la concurrence efficace est mis en évidence dans un cas concret. C'est ce que veut la majorité. D'une part, cela légaliserait certaines formes d'abus de position dominante. D'autre part, les procédures de la loi sur les cartels devant la Comco et les tribunaux concernant les entreprises dominantes seraient à l'avenir encore plus complexes et donc encore plus coûteuses et longues. En outre – et cela a été relevé –, la nouvelle règle viderait de leur substance aussi bien les actions des PME lésées devant les tribunaux civils que l'instrument du pouvoir de marché relatif introduit il y a seulement deux ans dans la loi sur les cartels.

Par définition, les entreprises dominantes opèrent sur des marchés où la concurrence est déjà affaiblie. C'est précisément sur ces marchés qu'un affaiblissement du contrôle du comportement par le droit des cartels serait particulièrement dommageable. Pensez par exemple aux nombreuses entreprises publiques ou proches de l'Etat. Leurs activités sont actuellement fortement critiquées par le biais de diverses interventions parlementaires. La proposition de la majorité de la commission rendrait plus difficile, pour les autorités de la concurrence, la lutte contre les abus de position dominante. Cela nuirait aux acteurs les plus faibles sur les marchés, notamment les petites et moyennes entreprises.

La réglementation en vigueur est équilibrée; elle tolère la position dominante en soi, car la recherche d'un pouvoir de marché peut stimuler la concurrence, mais elle interdit l'abus de la position dominante.

Or, il n'y a d'abus que si le comportement n'est pas justifié pour des raisons légitimes. La Comco et les tribunaux examinent donc cette question au cas par cas.

Avec l'adaptation telle que la propose la majorité, un comportement ne serait abusif que si son caractère nocif pour la concurrence efficace peut être mis en évidence, et ceci au cas par cas. Ce qu'il faut concrètement entendre par cet élément constitutif n'est pas clair. Cela entraînerait une insécurité juridique pendant de nombreuses années. Il est cependant certain que les procédures devant la Comco et les tribunaux deviendraient à l'avenir encore plus complexes, plus longues et plus coûteuses. Comme je l'ai dit tout à l'heure et comme l'a relevé encore M. Germann, afin de lutter contre l'îlot de cherté suisse, vous venez tout juste, en tant que législateur, d'introduire dans la loi sur les cartels, à compter du 1er janvier 2022, des règles sur l'abus de pouvoir de marché relatif. En quelque sorte, ce nouvel instrument se verrait, si vous me passez l'expression, arracher les dents avec cette nouvelle disposition. En effet, la question du caractère nocif pour la concurrence efficace dans les cas de pouvoir de marché relatif où il s'agit de la dépendance de petites entreprises vis-à-vis d'entreprises puissantes sur le marché est tout à fait étrangère au système. Une PME dépendante qui souhaiterait porter plainte sur le plan civil contre l'abus devrait non seulement prouver son propre préjudice, ce qui est déjà un obstacle très élevé, mais elle devrait aussi démontrer le préjudice causé à la concurrence dans son ensemble, ce qu'elle ne pourrait pas faire la plupart du temps. Au lieu donc de renforcer le droit civil des cartels, comme le projet le prévoit, on l'affaiblirait avec cette nouvelle règle.

Pour ces raisons, je vous recommande de rejeter la proposition de la majorité.

Concernant la proposition Rieder no 1, elle est presque identique à la proposition de la majorité de la commission de votre conseil. Par rapport à cette dernière, elle exclut seulement explicitement du champ d'application du nouvel article 7 alinéa 3 l'exemple des règles à l'article 7 alinéa 2 lettre g de la loi sur les cartels. L'exemple des règles de la lettre g s'adresse à la liberté d'achat des entreprises suisses à l'étranger vis-à-vis des entre-



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



prises ayant une position dominante ou un pouvoir de marché relatif. C'est cet article qui a été introduit il y a deux ans et demi environ, en même temps que l'instrument du pouvoir de marché relatif.

M. Rieder, dans sa proposition, a reconnu et abordé à juste titre l'un des nombreux problèmes de la proposition d'article 7 alinéa 3, à savoir l'abus du pouvoir de marché relatif. Mais sa proposition ne résout pas le problème. Le type de comportement interdit pour une entreprise ayant une position dominante ou un pouvoir de marché relatif découle toujours – toujours – de la norme de base qui est fixée à l'alinéa 1 de l'article 7 de la loi sur les cartels. L'article 7 alinéa 2 ne contient que des exemples, et non des interdictions distinctes. En prenant un seul exemple à l'alinéa 2, la proposition de M. Rieder n'apporte pas de clarification, mais plutôt une certaine insécurité juridique. Il est préférable de renoncer à toute expérimentation – si vous me passez l'expression – concernant l'article 7, qui est une disposition centrale de cette loi sur les cartels.

Pour toutes ces raisons, le Conseil fédéral vous recommande également de rejeter la proposition Rieder et de soutenir la proposition de la minorité Sommaruga Carlo.

Erste Abstimmung – Premier vote

(namentlich – nominatif; 23.047/6593)

Für den Antrag Rieder ... 37 Stimmen

Für den Antrag der Mehrheit ... 7 Stimmen

(0 Enthaltungen)

Zweite Abstimmung – Deuxième vote

(namentlich – nominatif; 23.047/6594)

Für den Antrag Rieder ... 23 Stimmen

Für den Antrag der Minderheit ... 21 Stimmen

(0 Enthaltungen)

Art. 8

Antrag der Kommission

... Unternehmen können in dringenden Fällen vom Bundesrat von Amtes wegen oder auf Antrag der Beteiligten zugelassen werden, wenn sie ...

Art. 8

Proposition de la commission

... une position dominante peuvent, dans les cas urgents, être autorisés par le Conseil fédéral d'office ou à la demande des entreprises concernées si ...

Wicki Hans (RL, NW), für die Kommission: Wir haben noch Artikel 8; ich möchte etwas zuhanden der Materialien sagen. Ich hoffe, die Gemüter beruhigen sich wieder, nachdem nun erstmalig die Mehrheit bzw. der Antragsteller, Kollege Rieder, gewonnen hat.

Zu Artikel 8: Der Entwurf des Bundesrates war in unserer Kommission unbestritten. Es geht darum, dass der Bundesrat die Kompetenz erhält, in dringenden Fällen auch bestimmte Abreden und andere Verhaltensweisen zuzulassen, wenn es um Ausnahmefälle geht und dies im öffentlichen Interesse liegt. Im Gegensatz zur bisherigen Regelung braucht es keinen Entscheid der zuständigen Behörde, die vorgängig die Abrede feststellt bzw. die Verhaltensweise für unzulässig erklärt. Dies ergibt sich im Anwendungsfall mit Blick auf den ausserordentlichen Charakter einer solchen Regelung, was regelmässig mit einer zeitlichen Dringlichkeit einhergehen dürfte. Die Konkretisierung des Verfahrensablaufs findet sich dann in Artikel 31, auf den ich nicht mehr eingehen werde. Ich weise darauf hin, dass der Wortlaut dieser Anpassung mit der Verwaltung erarbeitet wurde.

Angenommen – Adopté

Art. 9 Abs. 1bis, 1ter, 5

Antrag der Kommission

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

Art. 9 al. 1bis, 1ter, 5

Proposition de la commission

Adhérer au projet du Conseil fédéral



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



Wicki Hans (RL, NW), für die Kommission: Auch diese Vorschläge des Bundesrates waren in unserer Kommission unbestritten. Sie betreffen die Meldung von Zusammenschlussvorhaben. Wenn ein Vorhaben von der

AB 2024 S 550 / BO 2024 E 550

Europäischen Kommission beurteilt wird, braucht es keine formelle Meldung gemäss Absatz 1 mehr, sondern blos eine Mitteilung an die Weko. Zudem kann Absatz 5 aufgehoben werden.

Angenommen – Adopté

Art. 10 Abs. 1, 2

Antrag der Kommission

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

Art. 10 al. 1, 2

Proposition de la commission

Adhérer au projet du Conseil fédéral

Wicki Hans (RL, NW), für die Kommission: Es handelt sich um eine technische Präzisierung, die in der Kommission unbestritten war.

Angenommen – Adopté

Art. 12

Antrag der Kommission

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

Proposition de la commission

Adhérer au projet du Conseil fédéral

Wicki Hans (RL, NW), für die Kommission: Nur kurz: Bei diesem Artikel geht es um ein Kernelement der Revision. Indem die Aktivlegitimation erweitert wird, kann das Kartellzivilrecht gestärkt werden. Klageberechtigt sind nun weitere Betroffene, insbesondere auch aufseiten der Konsumenten und der öffentlichen Hand.

Angenommen – Adopté

Art. 12a

Antrag der Kommission

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

Proposition de la commission

Adhérer au projet du Conseil fédéral

Wicki Hans (RL, NW), für die Kommission: Eine kurze Bemerkung: Auch dieser Artikel stellt eine Stärkung des Kartellzivilrechts dar. Geschaffen wird eine Verjährungshemmung von zivilrechtlichen Ansprüchen aus einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung. Diese gilt bis zu einem rechtskräftigen Entscheid der Weko.

Angenommen – Adopté

Art. 13

Antrag der Kommission

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

Proposition de la commission

Adhérer au projet du Conseil fédéral

Wicki Hans (RL, NW), für die Kommission: Ich sage es jetzt einmal für mehrere Artikel, falls ich anschliessend nichts mehr sage: Das betrifft immer technische oder rechtliche Anpassungen, die unbestritten und weitgehend selbsterklärend sind und in der Kommission zu keinerlei Diskussionen geführt haben.

Angenommen – Adopté



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



Art. 22 Abs. 1; 27 Abs. 1, 1bis

Antrag der Kommission

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

Art. 22 al. 1; 27 al. 1, 1bis

Proposition de la commission

Adhérer au projet du Conseil fédéral

Angenommen – Adopté

Art. 31

Antrag der Kommission

Abs. 1

Prüft der Bundesrat eine ausnahmsweise Zulassung aus überwiegenden öffentlichen Interessen (Art. 8 KG), so entscheidet er innerhalb von zwei Monaten nach Beginn der Prüfung. Eine solche Prüfung hindert die Beweiserhebung durch die Wettbewerbskommission und ihr Sekretariat sowie das Bundesverwaltungsgericht nicht.

Abs. 2

Die Zulassung ist zeitlich zu beschränken; sie kann mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden.

Abs. 3

Der Bundesrat kann eine Zulassung von Amtes wegen oder auf Gesuch hin verlängern, wenn die Voraussetzungen dafür weiterhin erfüllt sind.

Art. 31

Proposition de la commission

Al. 1

Si le Conseil fédéral examine s'il y a lieu d'accorder une autorisation exceptionnelle fondée sur des intérêts publics prépondérants (art. 8 LCart), il rend une décision dans un délai de deux mois à compter du début de l'examen. Cet examen n'empêche ni la Commission de la concurrence ou son secrétariat ni le Tribunal administratif fédéral d'administrer des preuves.

Al. 2

L'autorisation exceptionnelle est de durée limitée et peut être assortie de conditions et de charges.

Al. 3

Le Conseil fédéral peut, d'office ou à la demande des intéressés, prolonger l'autorisation exceptionnelle lorsque les conditions de son octroi demeurent remplies.

Angenommen – Adopté

Art. 32 Abs. 3; 33 Abs. 2, 4; 34; 35; 39

Antrag der Kommission

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

Art. 32 al. 3; 33 al. 2, 4; 34; 35; 39

Proposition de la commission

Adhérer au projet du Conseil fédéral

Angenommen – Adopté

Art. 39a

Antrag der Kommission

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

Proposition de la commission

Adhérer au projet du Conseil fédéral



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



Wicki Hans (RL, NW), für die Kommission: Dieser Artikel ist im Zusammenhang mit den Anpassungen von Artikel 53 Absätze 3 und 4 zu lesen. Dabei geht es um die Umsetzung meiner Motion 21.4189, "Untersuchungsgrundsatz wahren. Keine Beweislastumkehr im Kartellgesetz". Mit dem vorliegenden Artikel wird der Untersuchungsgrundsatz explizit festgehalten, wie dies im verwaltungsrechtlichen Verfahren üblich ist. Dieser Grundsatz sowie Artikel 53 Absätze 3 und 4 waren in der Kommission unbestritten.

Angenommen – Adopté

Art. 40; 42 Abs. 2, 3; 42a; 43 Abs. 2; 44a

Antrag der Kommission

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

Art. 40; 42 al. 2, 3; 42a; 43 al. 2; 44a

Proposition de la commission

Adhérer au projet du Conseil fédéral

Angenommen – Adopté

AB 2024 S 551 / BO 2024 E 551

Art. 49a

Antrag der Mehrheit

Abs. 1

... zu berücksichtigen. Vorkehrungen zur Vermeidung von Verstößen gegen das Kartellgesetz, die das Unternehmen getroffen hat und die seiner Grösse, Geschäftstätigkeit und der Branche angemessen sind, können sanktionsmindernd berücksichtigt werden. Der Bundesrat regelt die Kriterien für die Angemessenheit der Vorkehrungen.

Abs. 3 Bst. a, 4, 5

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

Antrag der Minderheit

(Germann, Sommaruga Carlo)

Abs. 1

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

Art. 49a

Proposition de la majorité

Al. 1

... de ce montant. Les mesures qui sont prises par l'entreprise pour éviter les infractions à la loi sur les cartels et qui sont adaptées à sa taille, à son activité et à son secteur peuvent être prises en compte pour réduire la sanction. Le Conseil fédéral définit les critères d'adéquation des mesures en question.

Al. 3 let. a, 4, 5

Adhérer au projet du Conseil fédéral

Proposition de la minorité

(Germann, Sommaruga Carlo)

Al. 1

Adhérer au projet du Conseil fédéral

Wicki Hans (RL, NW), für die Kommission: Bei Artikel 49a Absatz 1 geht es um die Frage, ob die Bemühungen eines Unternehmens zur Vermeidung von Verstößen in Bezug auf die Sanktion positiv gewürdigt werden können. In einigen EU-Ländern ist diese Thematik unter dem Begriff "Compliance Defence" bekannt. In der Praxis gibt es zahlreiche Unternehmen, welche nicht nur das Kartellrecht ernst nehmen, sondern auch ihre Mitarbeitenden entsprechend schulen, so etwa, wie diese reagieren müssen, wenn telefonisch widerrechtliche Absprachen angeboten werden, und wie sie diese dokumentieren können. Doch wissen wir alle, dass ein Unternehmen noch so viele Vorkehrungen treffen kann: Es kann immer wieder vorkommen, dass ein Mitarbeiter



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



widerrechtliche Taten begeht. Aus Sicht der Mehrheit unserer Kommission wäre es stossend, ein solches Unternehmen gleich zu behandeln wie eines, das sich nie um die interne Sensibilisierung und Durchsetzung des Kartellrechts gekümmert hat.

Wir kennen dieses Prinzip bereits aus dem Unternehmensstrafrecht. Einem Unternehmen, das alles Zumutbare getägt hat, um widerrechtliche Handlungen zu verhindern, werden diese Vorkehrungen bei der Strafbelastung angerechnet. Dieser Grundsatz soll jetzt auch im Kartellrecht gelten. Zudem haben wir hier bewusst eine Kann-Formulierung gewählt. Sollte ein Unternehmen bloss pro forma Vorkehrungen treffen, kann die Weko auf die positive Berücksichtigung derselben bei der Sanktion verzichten. Wenn ein Unternehmen ernsthaft Vorkehrungen zur Vermeidung von Verstößen trifft, soll die Weko auch eine gesetzliche Grundlage haben, um dies zu berücksichtigen. Mit der Kann-Formulierung passen wir Absatz 1 zudem an Absatz 2 an und schaffen eine begriffliche Kohärenz über alle drei Phasen – die Vermeidung, die Aufdeckung und die Beseitigung. Damit entsteht eine gute Grundlage für eine Differenzierung.

Ich empfehle Ihnen entsprechend, der Mehrheit unserer Kommission zu folgen.

German Hannes (V, SH): Ja, das hier ist jetzt nicht mehr so ein schwergewichtiges Thema, nicht so eine Riesendifferenz. Aber Tatsache ist, dass Compliance-Bemühungen der Unternehmen – darum geht es ja vorliegend, das hat der Mehrheitssprecher zu Recht ausgeführt – schon heute im Rahmen der ständigen Praxis gebührend berücksichtigt werden; das passiert schon. Der Antrag der Mehrheit bringt daher nur einen Wust an unbestimmten Begriffen und einen unmöglichen Auftrag an den Bundesrat. Der Bundesrat soll nämlich losgelöst von konkreten Fällen festlegen, nach welchen Kriterien in konkreten Fällen die Angemessenheit der Vorkehrungen der Unternehmen zu beurteilen ist. Ich muss es noch einmal wiederholen: Losgelöst von konkreten Fällen muss der Bundesrat beurteilen, was im konkreten Fall angemessen ist. Das ist jetzt also ein Widerspruch in sich. Darum führt diese Bestimmung zu einer unmöglichen Situation. Ich möchte die Verordnung, die der Bundesrat hier gebären muss, dann sehen. Dabei bekämpfen wir eigentlich immer Bürokratie und komplizierte Auslegungsfragen. Das ist dann aber sicher ein Zankapfel.

Mit diesem Zusatz gewinnen Sie von der Mehrheit überhaupt nichts. Aber es ist Ihnen überlassen: Wenn Sie das wünschen, stimmen Sie für Bürokratie, dann stimmen Sie gemäss der Mehrheit. Sonst bleiben Sie beim Bundesrat und stimmen Sie gemäss der Minderheit.

Parmelin Guy, conseiller fédéral: La majorité de la commission propose une reconnaissance légale de ce qu'on appelle la "compliance defense". Selon cette proposition, le programme de conformité d'une entreprise doit être pris en compte afin de réduire la sanction en cas de procédure administrative relevant du droit des cartels, même s'il a échoué dans un cas particulier.

Les mesures internes à l'entreprise visant à respecter la loi sur les cartels doivent être saluées sans réserve. Si elles fonctionnent, elles contribuent à empêcher les infractions à la loi sur les cartels. Ainsi, une entreprise n'est pas menacée de procédures et de sanctions. Les entreprises sont donc incitées à mettre en œuvre des mesures de conformité efficaces. Si des sanctions sont prononcées dans le cadre d'une procédure de droit des cartels, cela signifie précisément que d'éventuels programmes de conformité n'ont pas été efficaces. Le Conseil fédéral ne voit donc pas vraiment pourquoi les entreprises devraient en quelque sorte être récompensées alors que leur programme de conformité a été inefficace.

Je vous demande donc de rejeter cette proposition sur la base des considérations suivantes. Si une entreprise peut partir du principe qu'elle ne peut pas être sanctionnée parce qu'elle a un programme de conformité, alors, premièrement, cela pourrait saper son incitation à se conformer à la loi sur les cartels et, secondement, elle n'aurait plus qu'une incitation extrêmement réduite à déposer une autodénonciation. Cela affaiblirait le programme de clémence, qui fonctionne bien aujourd'hui et qui prévoit l'annulation ou la réduction de la sanction en cas de dénonciation spontanée. C'est d'ailleurs sur la base de cette argumentation que le Conseil fédéral avait déjà, à l'époque, rejeté la demande de reconnaissance de la "compliance defense" lors du projet de révision avortée de 2012.

Pour les raisons que je viens d'évoquer, le Conseil fédéral vous recommande de rejeter la proposition. Il n'y a aucun argument convaincant qui permette de prendre en compte les programmes de conformité inefficaces afin de réduire la sanction.

Abstimmung – Vote

(namentlich – nominatif; 23.047/6595)

Für den Antrag der Mehrheit ... 30 Stimmen

Für den Antrag der Minderheit ... 12 Stimmen

(0 Enthaltungen)



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



Art. 53 Abs. 3, 4; Gliederungstitel vor Art. 53a; Art. 53a Titel, Abs. 1, 1bis, 1ter, 3; 53b; 57 Abs. 1; 59a; 62; Ziff. II

Antrag der Kommission

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

Art. 53 al. 3, 4; titre précédent l'art. 53a; art. 53a titre, al. 1, 1bis, 1ter, 3; 53b; 57 al. 1; 59a; 62; ch. II

Proposition de la commission

Adhérer au projet du Conseil fédéral

Angenommen – Adopté

AB 2024 S 552 / BO 2024 E 552

Präsidentin (Herzog Eva, Präsidentin): Das Wort für einen Rückkommensantrag hat Herr Germann.

Germann Hannes (V, SH): Ich spreche nochmals zu den Artikeln 5 und 7. Ich möchte Ihnen dort ein Rückkommen beliebt machen. Ich weiss, man befindet sich auf sehr dünnem Eis, wenn man das macht. Aber immerhin verweise ich darauf, dass es bei Artikel 5 ein relativ knappes Resultat war. Wir haben dort mit vier oder fünf Stimmen Unterschied die Fassung der Minderheit beschlossen.

Was jetzt der Einzelantrag Rieder eigentlich bewirkt, ist, dass dieses System ausgehebelt wird. Wir haben nun mit Artikel 7 einen völligen Widerspruch zu dem, was wir in Artikel 5 beschlossen haben. Da muss ich ehrlich sagen: Ich fühle mich jetzt als Ständerat, als Vertreter der Chambre de Réflexion, sehr unwohl, wenn wir so etwas Widersprüchliches dem Zweitrat zuschieben. Natürlich können wir sagen, der Zweitrat könne ja klüger werden. Vielleicht wird er beides kippen, das wissen wir nicht. Aber ich hätte Mühe, so einer Vorlage am Schluss überhaupt zuzustimmen, wenn es derart widersprüchlich herauskommt.

Wir haben wahrscheinlich den Fehler gemacht, dass wir zu den Artikeln 5 und 7 nicht einen Konzeptantrag gestellt haben. Das ist der Fehler, den ich seitens der Minderheit auf mich nehme. Aber in der Sache steht das, was wir jetzt beschlossen haben, völlig quer in der Landschaft.

Caroni Andrea (RL, AR): Ich sehe keinen Widerspruch. Man kann über die beiden Artikel je für sich entscheiden, auch wenn die Formulierungen sehr ähnlich sind. In beiden Fällen verlangen wir, dass man eine Erheblichkeitsprüfung anhand konkreter Umstände vornimmt. Es sind aber verschiedene Konstellationen.

In Artikel 5 geht es um Abreden, um harte Kartelle. Dort kann man in der Tat sagen, dass es grundsätzlich mal um verpönte Verhaltensweisen geht. Da wollte der Rat nicht, dass man konkret noch die Erheblichkeit prüfen muss. Aber der Rat kann gleichzeitig entscheiden, dass er dies bei Artikel 7 tun will. Bei Artikel 7 geht es um marktbeherrschende Unternehmen und eigentlich um Verhaltensweisen, die normalerweise eben nicht verpönt sind, sondern es geht durchaus um ein normalerweise zulässiges Verhalten. Es geht zum Beispiel darum, dass gegenüber verschiedenen Kunden verschiedene Preise gemacht werden, oder darum, dass man den Kunden Pakete anbietet. Das sind an sich erlaubte Verhaltensweisen. Dass man in diesem Zusammenhang sagt, dass man, bevor man diese verbietet, eine Erheblichkeitsprüfung vornehmen lassen will, kann man durchaus so beschliessen.

Wenn ich nur eine dieser Prüfungen einführen dürfte, würde ich eher diejenige gemäss Artikel 7 wählen. Dort geht es um harmlosere Verhaltensweisen als in Artikel 5, wo wir von harten Kartellen sprechen. In der Sache kann man das verschieden beantworten. Es gibt keinen materiellen Widerspruch. Man muss daher auch nicht darauf zurückkommen.

Bischof Pirmin (M-E, SO): Ich möchte dem vehement widersprechen. In Bezug auf die Abreden ist Artikel 7 mindestens gleich schlimm wie Artikel 5: Es geht um marktbeherrschende Unternehmen. Wir würden dann also gemäss Artikel 5 Boykotte bei den Kleinen verbieten, Grosse hingegen dürften die Kleinen dann boykottieren – der Boykott ist in Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a ausdrücklich drin. Das kann es aber wohl nicht sein, dass wir den Grossen – also BMW, Nivea oder dem Elmex-Konzern – den Boykott von Schweizer Unternehmen ermöglichen, dies im Gegensatz zum geltenden Recht.

Ich bitte Sie also, den Rückkommensantrag Germann zu unterstützen.

Präsidentin (Herzog Eva, Präsidentin): Wir stimmen über den Ordnungsantrag Germann auf Wiederholung der Abstimmung ab.



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



Abstimmung – Vote

(namentlich – nominatif; 23.047/6596)

Für den Ordnungsantrag Germann ... 25 Stimmen

Dagegen ... 17 Stimmen

(0 Enthaltungen)

Art. 7 Abs. 3 – Art. 7 al. 3

Präsidentin (Herzog Eva, Präsidentin): Wir werden also die Abstimmung über den Antrag Rieder wiederholen.

Germann Hannes (V, SH): Ich möchte in Ergänzung zu den Ausführungen von Kollege Sommaruga doch noch etwas sagen. Artikel 7 des Kartellgesetzes aus dem Jahr 2021 ist im Rahmen der Fair-Preis-Initiative eingeführt und so abgeändert worden. Jetzt heben Sie halt trotzdem einen Grossteil dieser Fair-Preis-Initiative aus, mit Ausnahme der Verhinderung von Marktverzerrungen, die durch das Behindern von Parallelimporten entstehen können. Darum ist die Schwächung auch materiell völlig fehl am Platz.

Aber ich sage jetzt doch noch etwas Materielles. Ich habe das in der Debatte nicht gemacht, weil ich gemeint habe, es sei klar. Die Ergänzung von Artikel 7 des Kartellgesetzes ist gerade auch wichtig in der Auseinandersetzung mit grossen Tech-Unternehmen. Aus diesen Gründen hat zum Beispiel Deutschland die Bestimmung über die relative Marktmacht 2021 wesentlich verschärft. Die Auseinandersetzung mit grossen Tech-Unternehmen wird zwar nicht in der Schweiz, sondern in der EU und andernorts geführt werden. Wir müssen aber gleichwohl Bestimmungen haben, um mit dem Ausland nachziehen zu können. Wir müssen verhindern, dass das, was andernorts zum Beispiel verboten wird, in der Schweiz dann völlig legal praktiziert werden kann. Sie können sich vorstellen, welche Falle wir hier international machen würden. Das kann doch nicht sein. Bereits aus diesem Grund dürfen wir Artikel 7, den wir 2021 auch für diese Fälle eingeführt haben, nicht schwächen. Dazu kommt Folgendes: Behindert oder ausgebeutet werden in der Regel kleinere Unternehmen, die von anderen Unternehmen abhängig sind, weil sie keine Ausweichmöglichkeiten haben. Ein Beispiel, das heute noch nicht genannt worden ist, ist die Software. Wer eine Software gekauft hat, kann das Update nur vom ursprünglichen Lieferanten beziehen, nicht von einem anderen. Das gilt für grosse Unternehmen, für KMU und für kleine Unternehmen. Wenn nun KMU oder kleinere Unternehmen nicht beliefert oder bei der Belieferung diskriminiert werden, dann kann nicht dargelegt werden, dass das für den wirksamen Wettbewerb schädlich ist. Die vielen betroffenen Unternehmen können sich dann nicht auf Artikel 7 des Kartellgesetzes berufen. Daher ist auch diese von der Mehrheit beantragte Ergänzung bzw. jetzt auch die Abänderung aufgrund des Einzelantrages Rieder, die zwar eine kleine Linderung in einem ganz kleinen Bereich bringt, aber praktisch alles wieder aushebelt, verfassungswidrig. Das geht so einfach nicht. Artikel 27 der Bundesverfassung wird sogar im Ingress zum Kartellgesetz aufgeführt.

Aus diesen Gründen bitte ich Sie, hier konsequenterweise bei der Minderheit zu bleiben, wie Sie das bei den Änderungen von Artikel 5 auch gemacht haben. Das ist konsequent; dann hat der Nationalrat wenigstens eine Vorlage, die in sich stimmig ist. Wie sie dann materiell zurückkommt, werden wir sehen.

Ettlin Erich (M-E, OW): Ich nehme das Votum von Herrn Germann auf und bitte Sie wirklich, hier nicht nachträglich dem Einzelantrag Rieder zuzustimmen. Kollege Bischof hat es schon gesagt, wir würden einen Unterschied zwischen kleinen und grossen Unternehmen machen. Stellen Sie sich die Folgen vor. Wir haben jetzt – das kann man gut oder schlecht finden, deshalb wäre ein Konzept vielleicht das Richtige gewesen – generell festgehalten, dass wir beim geltenden Recht bleiben und die Weko nicht dazu bringen möchten, dass sie den Nachteil, die Schädlichkeit konkret nachweisen muss. Würden wir den Nachweis der Schädlichkeit bei den grossen Unternehmungen einfügen, können Sie sich

AB 2024 S 553 / BO 2024 E 553

vorstellen, was die Weko machen wird, wenn sie das bei den einen beweisen und bei den anderen nicht beweisen muss. Dann wird die Weko all ihre Arbeit auf die Kleinunternehmen konzentrieren, weil es dort einfacher ist und weil sie die Schädlichkeit bei den grossen Unternehmen beweisen muss. Man kann es gut oder schlecht finden, was wir in Artikel 5 gemacht haben, aber wenn wir hier jetzt das Gegenteil machen, bringen wir die Weko und die Verwaltung dazu, dass sie nur noch auf die Kleinen losgehen. Ich kann es wirklich nicht verstehen, wenn man hier nicht konsequent ist. Deshalb dürfen wir den Einzelantrag Rieder nicht annehmen.

Rieder Beat (M-E, VS): Es gab zwei Abstimmungen, eine zu Artikel 5 und eine zu Artikel 7. Im ersten Fall hat der Antrag der Kommissionsmehrheit knapp verloren und der Antrag der Kommissionsminderheit knapp



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



gewonnen. Bei der zweiten Abstimmung hat mein Einzelantrag knapp gewonnen und der Antrag der Kommissionsminderheit knapp verloren. Es gab keinen Konzeptantrag.

Ich bin jetzt schon jahrelang in diesem Rat. Wenn Sie hier Rückkommen beschliessen wollen, können Sie das tun. Sie können auch anders abstimmen, das können Sie auch tun, aber beides schadet der Glaubwürdigkeit dieses Rates. Ich bitte Sie daher, an Ihrem Votum und an Ihrer Abstimmung festzuhalten. Inhaltlich könnte ich vieles sagen, das möchte ich jetzt aber nicht tun, weil es sonst uferlos wird. Insbesondere die Argumente der Verfassungsmässigkeit sind völlig falsch.

Abstimmung – Vote

(namentlich – nominatif; 23.047/6597)

Für den Antrag der Minderheit ... 22 Stimmen

Für den Antrag Rieder ... 17 Stimmen

(0 Enthaltungen)

Gesamtabstimmung – Vote sur l'ensemble

(namentlich – nominatif; 23.047/6598)

Für Annahme des Entwurfes ... 33 Stimmen

Dagegen ... 4 Stimmen

(1 Enthaltung)

Abschreibung – Classement

Antrag des Bundesrates

Abschreiben der parlamentarischen Vorstösse

gemäss Brief an die eidgenössischen Räte (BBI 2023 1463)

Proposition du Conseil fédéral

Classer les interventions parlementaires

selon lettre aux Chambres fédérales (FF 2023 1463)

Angenommen – Adopté

Präsidentin (Herzog Eva, Präsidentin): Das Geschäft geht an den Nationalrat.