SCHWEIZERISCHES IMMATERIALGÜTER- UND WETTBEWERBSRECHT

V/2

Patrik Ducrey · Daniel Zimmerli (Hrsg.)

Kartellrecht

2. Auflage

Helbing Lichtenhahn

Kartellrecht

Band V/2

2. Auflage

Patrik Ducrey
Daniel Zimmerli
(Hrsg.)

Helbing Lichtenhahn

Das «Schweizerische Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht»
wurde begründet von

Roland von Büren – Lucas David

Zitiervorschlag: Bearbeiter/in in: SIWR V/2

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet unter http://dnb.dnb.de abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und Downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

ISBN 978-3-7190-4292-9

© 2023 Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel
www.helbing.ch

Vorwort der Herausgeber

Im Vorwort zur ersten Auflage dieses Werks aus dem Jahr 2000 wiesen die damaligen Herausgeber ROLAND VON BÜREN und LUCAS DAVID darauf hin, das Kartellrecht sei in der Schweiz ein «exotisches Rechtsgebiet». In der Tat fristete das Kartellrecht damals in der Schweiz ein Schattendasein. Es wurde in Lehre und Praxis vernachlässigt und (wenn überhaupt) eher argwöhnisch zur Kenntnis genommen. Die erste Auflage dieses Werks war entsprechend eines von nur wenigen Pionierprojekten. Heute ist das Kartellrecht nicht nur weltweit, sondern auch in der Schweiz eine zentrale, wirtschaftsrechtliche Querschnittsmaterie. Sie beeinflusst die Unternehmenstätigkeit, die Rechtspraxis und die Lehre dauernd und intensiv. Verträge, Geschäftsstrategien und Unternehmenszusammenschlüsse müssen stets auch auf ihre Vereinbarkeit mit dem wirksamen Wettbewerb (also mit dem Kartellrecht) hin überprüft werden. Wirtschaftliche und rechtliche Planung des Unternehmensalltags ohne Berücksichtigung des Kartellrechts ist mit zeitgemässen rechtlichen Sorgfaltsvorstellungen kaum mehr vereinbar.

Für die vorliegende zweite Auflage dieses Werks konnten viele bisherige und auch neue Autorinnen und Autoren gewonnen werden. Sie verfügen alle über ausgewiesene, vielfältige und langjährige Erfahrung im Kartellrecht, sei es als Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer, als Mitglieder der Wettbewerbsbehörden oder als Anwältinnen und Anwälte, die seit Jahren auf Kartellrecht spezialisiert sind. Alle Autorinnen und Autoren vertreten in ihren Beiträgen ihre persönliche Meinung. Dies ist in der Reihe des Schweizerischen Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht üblich, und daran hat sich auch in der zweiten Auflage dieses Werks nichts geändert. Die Herausgeber danken den Autorinnen und Autoren für ihre Beiträge zu diesem Werk.

Das Kartellrecht ist wie viele andere Gebiete des modernen Wirtschaftsverwaltungsrechts eine ständige Baustelle. Hinzu kommt, dass das Schrifttum zum Kartellrecht mittlerweile – und anders als noch bei der ersten Auflage – ausserordentlich umfangreich ist und rasch wächst. Einflüsse aus ausländischen Rechtsordnungen erhöhen die Dynamik der Rechtsentwicklung ungemein. Entsprechend erfreut sich das Kartellrecht in der Lehre grosser Beliebtheit. Die zweite Auflage dieses Werks bildet Lehre und Rechtsprechung sowie die Gesetzgebung ab, wie sie sich per Ende 2022 präsentierten. Gewisse Gesetzesänderungen, die bei Erscheinen dieses Werks noch in den eidgenössischen Räten hängig waren, werden in der gebotenen Tiefe behandelt. Es liegt in der Natur der Sache, dass sich diese Kommentierungen einstweilen auf Grundsätzliches beschränken müssen. Allemal zeigen sie die Herausforderungen bevorstehender Revisionen des Kartellgesetzes auf.

Die Herausgeber danken Frau Veronica Rohrer vom Helbing Lichtenhahn Verlag für die geduldige, umsichtige und jederzeit angenehme Betreuung dieses Werkes sowie für die Besorgung des Lektorats. Sie danken zudem der Reihenherausgeberin, Frau Dr. Magda Streuli-Youssef, für die vertrauensvolle und kompetente Begleitung dieses Projekts.

Die Herausgeber hoffen, dass die zweite Auflage dieses Werks eine ebenso wohlwollende Aufnahme erfährt wie die erste Auflage.

Bern, im Frühjahr 2023

PATRIK DUCREY
DANIEL ZIMMERLI

Autorenverzeichnis

BLAISE CARRON
Professeur, Dr en droit, LL.M., Université de Neuchâtel, avocat à Berne

F Droit privé de la concurrence

PATRIK DUCREY
Prof. Dr. iur., Universität Bern, Direktor des Sekretariats der WEKO

A Einleitung, Geltungsbereich und Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften (Einleitung)

K Wettbewerbsbehörden: Ihre Aufgaben und Kompetenzen

GION GIGER
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt in Zürich

E Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen

CLÉMENCE GRISEL RAPIN
Professeure, D^re^ en droit, Université de Fribourg

H Règles générales et principes fondamentaux de procédure administrative en matière cartellaire

ANDREAS HEINEMANN
Prof. Dr. iur., Universität Zürich

A Einleitung, Geltungsbereich und Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften (Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften)

RETO JACOBS
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt in Zürich

K Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen

BERNHARD LAUTERBURG
lic. iur., LL.M., Rechtsanwalt in Bern

I Sanktionen

VINCENT MARTENET
Professeur, Dr en droit, LL.M., Université de Lausanne, Juge suppléant au Tribunal fédéral

G Procédures de droit administratif cartellaire

PETER GEORG PICHT
Prof. Dr. iur., LL.M., Universität Zürich

A Einleitung, Geltungsbereich und Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften (Geltungsbereich)

OLIVIER SCHALLER
Dr en droit, LL.M., Vice-directeur au Secrétariat de la COMCO, Berne

G Procédures de droit administratif cartellaire

FELIX SCHRANER
Dr. iur., Rechtsanwalt in Zürich

C Verhaltensweisen marktbeherrschender und relativ marktmächtiger Unternehmen

D Ausnahmsweise Zulassung aus überwiegenden öffentlichen Interessen

LUCA STÄUBLE
MLaw, Rechtsanwalt in Zürich

C Verhaltensweisen marktbeherrschender und relativ marktmächtiger Unternehmen

D Ausnahmsweise Zulassung aus überwiegenden öffentlichen Interessen

WALTER A. STOFFEL
Prof. em. Dr. iur., LL.M., Universität Freiburg i.Ue.

B Wettbewerbsabreden

PIERRE TERCIER
Professeur émérite, Dr en droit, Dr. h.c., Fribourg

F Droit privé de la concurrence

ROLF H. WEBER
Prof. Dr. iur., Universität Zürich, Rechtsanwalt in Zürich

A Einleitung, Geltungsbereich und Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften (Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften)

ROGER ZÄCH
Prof. em. Dr. iur., Universität Zürich

C Verhaltensweisen marktbeherrschender und relativ marktmächtiger Unternehmen

D Ausnahmsweise Zulassung aus überwiegenden öffentlichen Interessen

DANIEL ZIMMERLI
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt in Zürich/Bern

A Einleitung, Geltungsbereich und Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften (Einleitung)

I Sanktionen

PHILIPP ZURKINDEN
Prof. Dr. iur., LL.M., Universität Basel, Rechtsanwalt in Bern/Zürich/Brüssel

I Sanktionen

J Ausführung internationaler Abkommen

Inhaltsverzeichnis

Vorwort der Herausgeber V
Autorenverzeichnis VII
Abkürzungsverzeichnis XXXV
Liste des abréviations XLVII
Literaturverzeichnis LV
Materialienverzeichnis XCI

A. Einleitung, Geltungsbereich und Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften

1. Kapitel: Einleitung 3

2. Kapitel: Geltungsbereich des Kartellgesetzes 8

I. Funktion, Struktur und Historie des Art. 2 KG 8

II. Persönlicher Geltungsbereich (Art. 2 Abs. 1, Abs. 1bis KG) 9
1. Grundzüge des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs 9
2. «Unternehmen des öffentlichen Rechts» 12
3. Arbeitnehmer 14
4. Konzerne 15

III. Sachlicher Geltungsbereich 19

IV. Territorialer Geltungsbereich 19
1. Bedeutung und Regelungsansatz des KG 19
2. Art und Stärke der Auswirkung auf die Schweiz 21
a) Art der Auswirkung 21
b) Meinungsstand zur Auswirkungsintensität 21
c) Filter für geringfügige Auswirkungen 22
d) Verortung der Geltungsprüfung 23
e) Schwelle hinreichender Auswirkungen 26
f) Zukünftig-potenzielle Auswirkungen 27
g) Fallgruppen 28
h) Durchsetzungsperspektive 29
3. Parallelregelung Art. 137 Abs. 1 IPRG 30

V. Zeitlicher Geltungsbereich 33

3. Kapitel: Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften 34

I. Vorbehalt von wettbewerbsausschliessenden Vorschriften 34
1. Grundüberlegungen 34
2. Staatliche Markt- und Preisordnung 36
3. Unternehmen mit besonderen Rechten 38

II. Verhältnis zur Gesetzgebung über das geistige Eigentum (Art. 3 Abs. 2 KG) . . . 39
1. Immaterialgüterrechte im Wettbewerb . . . 40
2. Grundkonzeption des Art. 3 Abs. 2 KG . . . 41
a) Entstehungsgeschichte . . . 41
b) Interpretation von Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG . . . 44
c) Praktische Konsequenzen . . . 48
d) Art. 3 Abs. 2 Satz 2 KG . . . 48
3. Wichtige Anwendungsfälle . . . 51
a) Lizenzverträge . . . 51
b) Technologiegemeinschaften . . . 53
c) Pay-for-Delay-Vereinbarungen . . . 54
d) Zwangslizenzen . . . 55
e) Zugang zu Schnittstellen(informationen) . . . 56
f) Standardessentielle Patente . . . 58
g) Sperrpatente . . . 59
h) Einfuhrbeschränkungen . . . 59
4. Reformbedarf . . . 63
III. Verhältnis zum Preisüberwachungsgesetz und zu anderen Bundesgesetzen . . . 64
1. Preisüberwachungsgesetz . . . 64
2. ZGB/OR . . . 65
3. UWG . . . 66
4. Binnenmarktgesetz . . . 66
5. BoeB . . . 67

B. Wettbewerbsabreden

Einleitung . . . 70

1. Kapitel: Wettbewerbsbeschränkende Abreden . . . 71
I. Gesetzliche Begriffsumschreibung . . . 71
1. Definition . . . 71
2. Tragweite . . . 71
II. Inhalt . . . 72
1. Beschränkung des Wettbewerbs . . . 72
a) Verzicht auf wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit . . . 72
b) Vereinbarter Verzicht . . . 73
c) Eliminierung oder Beschränkung von Wettbewerbsparametern . 74
2. Wirkung der Abrede . . . 75
3. Zweck der Abrede . . . 77
a) Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung . . . 77
b) Objektivierter Zweck . . . 78
c) Empfehlung . . . 79

III. Formen 81
1. Vereinbarung 81
a) Vertragsform 81
b) Gesellschaftsformen 82
aa) Einfache Gesellschaft 82
bb) Kollektivgesellschaft 83
cc) Verein 83
dd) Konzern- und Handelsvertreterprivileg 84
2. Nicht erzwingbare Vereinbarung 84
3. Abgestimmte Verhaltensweisen 86
4. Informationsaustausch 88
5. Kollektive und relative Marktbeherrschung? 90

IV. Arten 92
1. Allgemeines 92
2. Horizontale Abrede 92
3. Vertikale Abrede 93

2. Kapitel: Unzulässige Wettbewerbsabreden 94

I. Allgemeines 94
1. Abkehr vom Missbrauchsprinzip 94
2. Struktur des schweizerischen Kartellrechtes 94
a) Systematik von Art. 5 94
b) Einfache Beeinträchtigungen 95
c) Qualifizierte Beeinträchtigungen 96
3. EU-Kartellrecht 97
a) Grundsatz 97
aa) Verbotene Absprachen 97
bb) Rechtsfolge 97
cc) Ausnahmen 99
b) Ähnlichkeiten 101
c) Unterschiede 102
4. Zivilrechtliche Situation 103
a) Vertragsrechtliche Konsequenzen des KG 95 103
b) Vertragsrechtliche Wirkung von Wettbewerbsabreden 104
c) Wirkungen von Folgeverträgen 106

II. Wettbewerbsbeschränkung 107
1. Beseitigung und Beeinträchtigung des Wettbewerbs 107
a) Beseitigung 107
b) Beeinträchtigung 108
2. Eliminierung von Wettbewerbsparametern 109
a) Austausch von Produkten oder Dienstleistungen 109
b) Abreden 110
c) Relevanter Markt 110
aa) Begriff 110
bb) Sachlich relevanter Markt 111
cc) Räumlich relevanter Markt 112

dd) Marktstellung 113
d) Bedeutung der Marktabgrenzung bei Wettbewerbsabreden . . . 114
3. Erheblichkeit 116
a) Begriff 116
b) Erheblichkeit im qualitativen Sinne 116
c) Erheblichkeit im quantitativen Sinne 118
d) Erheblichkeit und wirkungsbasierte Analyse 119
e) Tragweite 123
4. Vertikalverträge im Besonderen 123
a) Allgemeines 123
b) Schweizerische Praxis vor Einführung der Vermutungstatbestände 126
c) Schädlichkeitsvermutung für bestimmte Vertikalabsprachen seit 2004 128

III. Rechtfertigung 128
1. Voraussetzungen der Rechtfertigung 128
2. Wirtschaftliche Effizienz 130
a) Besseres wirtschaftliches Resultat 130
b) Verhältnismässigkeit und Beweislast 132
3. Die einzelnen Rechtfertigungsgründe 134
a) Übersicht 134
b) Kostensenkung 134
aa) Senkung der Herstellungskosten 134
bb) Senkung der Vertriebskosten 136
c) Forschung und Produkteverbesserung 140
d) Verbreitung von technischem und beruflichem Wissen 141
e) Ressourcennutzung und Nachhaltigkeit 142

IV. Vermutungen 143
1. Tragweite 143
a) Anwendungsbereich 143
b) Vermutungsmechanismus 144
aa) Vermutungsbasis und Vermutungsfolge 145
bb) Untersuchungsmaxime, Beweislast und Vermutungsbegriff 146
c) Widerlegung der Vermutung 147
aa) Unwirksamkeit der Absprache 147
bb) Andere Wettbewerbsparameter 148
cc) Verbleibender Innen- und Aussenwettbewerb 149
dd) Nur wirtschaftliche Widerlegungsargumente 150
ee) Tragweite der Widerlegung 150
2. Vermutungstatbestände für harte Kartelle 151
a) Übersicht 151
b) Preisabreden 151
aa) Direkte Preisabreden 151
bb) Submissionsabreden 153
cc) Indirekte Preisabreden 155

c) Mengenabreden 157
d) Marktaufteilungen 157
3. Vermutungstatbestände für harte Vertikalabsprachen 158
a) Übersicht 158
b) Preisbindungen der zweiten Hand und Preisempfehlungen . . . 160
c) Absolute Gebietsschutzklauseln 164
4. Vermutung, Erheblichkeit und Rechtfertigung 170

3. Kapitel: Gerechtfertigte Arten von Wettbewerbsabreden 172

I. Zweck und Tragweite der Bestimmung 172
1. Zweck 172
2. Tragweite 172

II. Form der Erlasse 173
1. Verordnungen 173
a) Begriff 173
b) Zuständigkeit 173
2. Allgemeine Bekanntmachungen 174
a) Begriff und Tragweite 174
b) Zuständigkeit 175
3. Weitere Formen 175
a) Begriff und Tragweite 175
b) Bestehende «andere Formen» 176

III. Inhalt 177
1. Allgemeines 177
a) Gesetzliche Aufzählung und Aufbau 177
b) Kriterien der Rechtfertigung? 178
2. Bereiche 179
a) Forschung, Entwicklung und Technologietransfer 179
b) Abreden über Distributionssysteme 181
c) Branchenspezifische Kooperationsformen 181

IV. Bestehende Verordnungen und Bekanntmachungen 182
1. Verordnungen 182
2. Allgemeine Bekanntmachungen 183
a) Vertikalbekanntmachung 183
b) Kfz-Bekanntmachung 187
c) KMU-Bekanntmachung 188
d) Kalkulationshilfen 188
e) Homologierung und Sponsoring von Sportartikeln 190
3. Ausblick 191

C. Verhaltensweisen marktbeherrschender und relativ marktmächtiger Unternehmen

1. Kapitel: Einleitung 195
I. Überblick über die Regelung 195
II. Unterstellung relativ marktmächtiger Unternehmen unter die Missbrauchsaufsicht 197
1. Anwendungsprobleme in der Praxis 197
2. Revisionsbestrebungen und Einführung relativer Marktmacht . . . 198
3. Würdigung 199

2. Kapitel: Tatbestandsmerkmale 202
I. Marktbeherrschende und relativ marktmächtige Unternehmen 202
1. Bestimmung des relevanten Marktes 202
a) Allgemeines 202
b) Definitionselemente 205
aa) Sachlich relevanter Markt 205
bb) Räumlich relevanter Markt 214
cc) Zeitlich relevanter Markt 220
dd) Ergebnis der Marktbestimmung 221
c) Methoden der Marktbestimmung 221
aa) Substituierbarkeit der Nachfrage 222
bb) Substituierbarkeit des Angebots oder Angebotsumstellungsflexibilität 222
cc) Potenzieller Wettbewerb 224
dd) Anwendbarkeit der Methoden der Marktbestimmung in Fällen von Nachfragemacht 224
ee) Würdigung 225
2. Marktbeherrschende Stellung 227
a) Verhältnis zwischen Art. 7 KG und Art. 10 KG 227
b) Beherrschende Stellung i.S.v. Art. 7 KG und Art. 4 Abs. 2 KG 227
aa) Legaldefinition und Allgemeines 227
bb) Beurteilungskriterien 229
cc) Nachfragemacht – Spiegelbildtheorie 235
dd) Waren- und Dienstleistungsmärkte 237
ee) Statische und dynamische Betrachtung 238
ff) Ein oder mehrere Unternehmen – Kollektive Marktbeherrschung 238
3. Relativ marktmächtige Stellung 242
a) Kartellrechtsrevisionen von 2003 und 2021 242
b) Legaldefinition und Allgemeines 244
c) Beurteilungskriterien und Fallgruppen 245
aa) Betreffend Art. 4 Abs. 2bis KG 245
bb) Bisherige Praxis der Weko zur unternehmensbedingten Abhängigkeit 247
d) Relative Marktmacht in der digitalen Wirtschaft 249

II. Missbräuchliche Behinderung oder Ausbeutung 251
1. Behinderung von Wettbewerbern oder Ausbeutung der Marktgegenseite 251
2. Allgemeines zum Missbrauch und Problematik 251
3. Kriterien zur Beurteilung der Missbräuchlichkeit eines Verhaltens . 253
a) Legitimate business reasons 253
b) Vorliegen einer Behinderungs- oder Verdrängungsabsicht 257
c) Schwächung der Wettbewerbsstruktur 258
d) Nichtleistungswettbewerb 259
e) Normzweckorientierte Interessenabwägung 260
f) Gleichbehandlungsprinzip 260
g) Abschottung des schweizerischen Marktes 261

3. Kapitel: Konkretisierung des Tatbestands 263

I. Einführung 263

II. Fallgruppen der Generalklausel (Art. 7 Abs. 1 KG) 263
1. Behinderungen im Zusammenhang mit neuen Produkten 263
a) Produktänderung – neue Produkte 264
b) Vorgängige Information von Wettbewerbern? 264
c) Vorzeitige Information des Marktes 264
d) Konkurrenz mit Bestimmungen des UWG 265
2. Marktstrukturmissbrauch 265
3. Kosten-Preis-Schere 267

III. Fallgruppen von Art. 7 Abs. 2 KG (Beispielkatalog) 268
1. Allgemeines 268
2. Typische Behinderungstatbestände 269
a) Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 lit. a KG) 269
aa) Allgemeines 269
bb) Abbruch und Einschränkung von Geschäftsbeziehungen . 271
cc) Nichtaufnahme von Geschäftsbeziehungen 274
dd) Essential Facilities 276
b) Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG) 279
aa) Allgemeines 279
bb) Preisdiskriminierung 280
cc) Konditionendiskriminierung 281
c) Gezielte Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 lit. d KG) 282
d) Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung (Art. 7 Abs. 2 lit. e KG) 285
aa) Allgemeines 285
bb) Kasuistik 286
3. Ausbeutungstatbestände gegenüber einzelnen 288
a) Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 lit. c) . . . 288

aa) Allgemeines 288
bb) Kasuistik 290
cc) Praktiken im Detailhandel 291
b) Koppelungsgeschäfte (Art. 7 Abs. 2 lit. f KG) 293
aa) Allgemeines 293
bb) Koppelungstatbestand 294
cc) Rechtfertigungsgründe 296
dd) Indirekte Koppelung 298
c) Einschränkung der Beschaffung im Ausland (Art. 7 Abs. 2 lit. g KG) 298
aa) Allgemeines 298
bb) Tatbestand 299

4. Kapitel: Rechtsfolge 302
I. Allgemeines 302
II. Verfahren 303

D. Ausnahmsweise Zulassung aus überwiegenden öffentlichen Interessen

E. Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen

1. Kapitel: Allgemeines 313
I. Sinn und Zweck der Zusammenschlusskontrolle 313
II. Konzept der schweizerischen Zusammenschlusskontrolle 314
III. Anwendbarkeit der Zusammenschlusskontrolle 314
1. Verhältnis zu Art. 2 Abs. 2 KG 314
2. Verhältnis zu Art. 5 und 7 KG 315
3. Verhältnis zum Luftverkehrsabkommen 317
IV. Reformbestrebungen 317

2. Kapitel: Meldepflicht 320
I. Übersicht zur Meldepflicht 320
II. Abgrenzung zur Meldefähigkeit 320
III. Unternehmenszusammenschluss (Art. 4 Abs. 3 KG) 321
1. Unternehmensbegriff 321
a) Kartellrechtlicher Unternehmensbegriff 321
b) Unternehmensteil 321
c) Natürliche Personen 322
d) Staatlich kontrollierte Unternehmen 322
2. Konzerninterne Umstrukturierungen 322
3. Dauerhaftigkeit der Strukturveränderung 323
4. Fusion 324

5. Kontrollerwerb 324
a) Erwerb der alleinigen Kontrolle 324
aa) Begriff der alleinigen Kontrolle 324
bb) Mittel der alleinigen Kontrolle 326
b) Erwerb der gemeinsamen Kontrolle 327
aa) Begriff der gemeinsamen Kontrolle 327
bb) Mittel der gemeinsamen Kontrolle 327
cc) Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen 329
dd) Besonderheiten bei Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens 332
c) Änderungen der Qualität der Kontrolle 333
6. Zusammenhängende Transaktionen 334
7. Ausnahmen vom Zusammenschlusstatbestand 336

IV. Umsatzschwellenwerte als Aufgreifkriterium (Art. 9 Abs. 1 KG) 336
1. Beteiligte Unternehmen 337
a) Fusion 338
b) Kontrollerwerb 338
c) Kontrollerwerb durch ein Gemeinschaftsunternehmen 340
2. Mindestumsätze (Art. 9 Abs. 1 KG) 340
a) Schwellenwerte 340
b) Ausnahmsweise keine Meldepflicht 341
c) Umsatzberechnung 342
aa) Stichtag 342
bb) Begriff des Umsatzes 343
cc) Berücksichtigung verbundener Unternehmen 344
dd) Räumliche Zuordnung des Umsatzes 346
ee) Mehrere Vorgänge zur Erlangung der Kontrolle (Art. 4 Abs. 3 VKU) 347
d) Sonderbestimmungen für Versicherungen und Banken (Art. 9 Abs. 3 KG) 348
3. Anpassung der Schwellenwerte (Art. 9 Abs. 5 KG) 349

V. Marktbeherrschung als Aufgreifkriterium (Art. 9 Abs. 4 KG) 349
1. Anwendungsbereich sowie Regelungsziel der Bestimmung 349
2. Rechtskräftige Feststellung der Marktbeherrschung 351
3. Nahverhältnis zwischen den Märkten: identischer, vor-/nachgelagerter oder benachbarter Markt 354

VI. Problematik: Fehlende richterliche Überprüfung der Meldepflicht . . . 356

VII. Meldepflichtige Unternehmen 357

VIII. Folgen der Meldepflicht 358
1. Vollzugsverbot und vorläufiger Vollzug 358
a) Dauer und Inhalt des Vollzugsverbots 358
b) Verstösse gegen das Vollzugsverbot («gun jumping») 359
c) Vorzeitiger/vorläufiger Vollzug 360
aa) Vorzeitiger Vollzug 360
bb) Vorläufiger Vollzug 361

cc) Gemeinsame Bestimmungen 362
2. Zivilrechtliche Folgen (Art. 34 KG) 362

3. Kapitel: Materielle Beurteilung 365
I. Übersicht 365
II. Vorprüfung/Phase I (Art. 10 Abs. 1 KG) 366
III. Hauptprüfung/Phase II (Art. 10 Abs. 2 KG) 368
1. Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 10 Abs. 2 lit. a KG) 368
a) Marktabgrenzung 368
aa) Art. 11 Abs. 3 VKU 368
bb) Bedeutung der bestehenden WEKO-Praxis 371
cc) Bedeutung von Produkten/Dienstleistungen/Anbietern ausserhalb des relevanten Marktes 372
b) Marktstellung der beteiligten Unternehmen 373
c) Einzelmarktbeherrschung 373
aa) Marktanteile 374
bb) Marktstruktur/Marktkonzentration 374
cc) Veränderung der Marktanteile 375
dd) Marktentwicklung/Preisentwicklung 376
ee) Substitutionswettbewerb/Randwettbewerb 376
ff) Finanz- und Innovationskraft 377
gg) Stellung der Marktgegenseite 377
hh) Stellung auf vor- und nachgelagerten Märkten/vertikale Effekte 377
ii) Breite des Angebots/konglomerate Effekte 378
jj) Potenzieller Wettbewerb 378
d) Kollektive Marktbeherrschung 380
aa) Allgemeines 380
bb) Beurteilungskriterien 380
2. Kausalzusammenhang 382
3. Möglichkeit zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs (Art. 10 Abs. 2 lit. a KG) 383
4. Keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt (Art. 10 Abs. 2 lit. b KG) 385
5. Sonderbestimmung für Bankenzusammenschlüsse (Art. 10 Abs. 3 KG) 387
6. Entscheid 388
a) Keine Einwendung 388
b) Zulassung unter Bedingungen oder Auflagen 388
c) Untersagung 391
IV. Ausnahmsweise Zulassung durch den Bundesrat (Art. 11 KG) 391
V. Nebenabreden 394
1. Allgemeines 394
2. Typischer Inhalt von Nebenabreden 395

a) Konkurrenzverbote 395
aa) Erwerb alleiniger Kontrolle 395
bb) Begründung/Beendigung gemeinsamer Kontrolle 396
b) Abwerbeverbote 397
c) Ordentliche Weiterführungspflicht 398
d) Bezugs- und Lieferpflichten 398
e) Lizenzvereinbarungen 399

4. Kapitel: Verfahren 400
I. Allgemeine Verfahrensbestimmungen 400
1. Untersuchungsgrundsatz, Beweislast und Beweismass 400
2. Parteistellung und Verfahrensrechte 401
II. Einleitung des Verfahrens 404
1. Durch Meldung 404
2. Von Amtes wegen bei Verletzung der Meldepflicht (Art. 35 KG) 405
III. Vorprüfung/Phase I (Art. 32 KG) 406
IV. Hauptprüfung/Phase II (Art. 33 KG) 408
V. Verfahrenskosten 411
VI. Publikation der Zusammenschlussentscheide 411
VII. Wiederherstellung des wirksamen Wettbewerbs (Art. 37 KG) 412
VIII. Widerruf und Revision (Art. 38 KG) 413
IX. Rechtsschutz 415
1. Allgemeines 415
2. Beschwerdeobjekt 416
3. Beschwerdelegitimation 417
4. Beschwerdeinstanzen und Beschwerdegründe 418
X. Sanktionen 418
1. Verwaltungssanktionen 418
2. Strafsanktionen 420

F. Droit privé de la concurrence

Chapitre 1: Introduction 423
I. Le problème et l'importance pratique 423
II. Les délimitations 425
1. Par rapport aux règles du droit administratif 425
2. Par rapport aux règles du droit privé commun 426
3. Par rapport aux règles de procédure civile 427
III. L'objectif et le plan 427

Chapitre 2: Les fondements 428
I. Les sources 428
1. L'origine des règles 428
a) Avant 1962 ou la naissance d'un droit matériel 428
aa) La protection externe 429
bb) La protection interne 429
b) De 1962 à 1995 ou la naissance d'un droit formel 430
aa) La loi de 1962 430
bb) La loi de 1985 432
2. Les règles de la LCart 433
a) La LCart en général 433
b) La genèse et le contenu des dispositions de droit privé 433
aa) Les règles de droit matériel 434
bb) Les règles de procédure 434
3. Les projets de révision législative 435
a) Le projet de révision (avorté) de la LCart de 2012 435
b) L'avant-projet de modification partielle de la LCart de 2021 . . . 436
II. Le champ d'application 436
1. Le champ d'application territorial 436
2. Le champ d'application personnel 437
a) Le principe: les entreprises 437
b) Les exclusions 438
3. Le champ d'application matériel 439
a) Le principe 439
b) Application aux contraintes internes? 440
c) Application aux concentrations d'entreprises? 441
d) Application exclusive aux abus de pouvoir de marché relatif? 442
III. Les principes de base 443
1. Le problème 443
2. La protection de la personnalité et la responsabilité civile 443
3. Le droit des contrats 444
a) En général 444
b) La liberté contractuelle et le droit de la concurrence 445
c) Le régime général de la nullité en droit des obligations 446
d) Les conséquences civiles d'une violation du droit de la concurrence sur les contrats 447
aa) L'état actuel 447
bb) Les contrats constitutifs d'accords anticoncurrentiels 447
cc) Les contrats subséquents *(Folgeverträge)* 448
dd) Les contrats en lien avec un abus de position dominante 450

Chapitre 3: Les «actions» civiles de la LCart 452
I. Le système 452
1. L'objet 452
2. Les conditions personnelles 453

a) La qualité pour agir 453
aa) Un sujet de droit 453
bb) Une entreprise 454
cc) Une victime d'une entrave découlant d'une restriction à la concurrence? 455
b) La qualité pour défendre 455
aa) Un sujet de droit 456
bb) Une entreprise 457
cc) L'auteur d'une entrave en lien avec une restriction de concurrence? 458
c) Le cas particulier des organisations 458
3. La compétence et le droit applicable 461
a) La compétence à raison du lieu 461
aa) Le for des actions contractuelles 461
bb) Le for des actions fondées sur un acte illicite 462
cc) Quelques questions particulières 463
aaa) Les faits de double pertinence 463
bbb) L'élection de for 463
ccc) La pluralité de défendeurs 464
ddd) Le for de la reconvention et en cas de cumul d'actions 465
b) La compétence à raison de la matière 465
aa) Le principe 465
bb) Quelques questions particulières 467
aaa) Les faits de double pertinence 467
bbb) La prorogation de compétence matérielle? 467
ccc) Les autres actions civiles connexes 467
c) Le droit applicable 468
d) Excursus: les règles applicables dans un contexte international . 469
aa) La compétence à raison du lieu 469
aaa) La Convention de Lugano 469
bbb) La LDIP 470
bb) Le droit applicable en matière internationale 470
4. La procédure applicable 471
5. Les questions de preuve 473
6. Les conditions matérielles communes 475
a) L'hypothèse générale de l'art. 12 al. 1 LCart: l'entrave en raison d'une restriction illicite 475
aa) L'existence d'une restriction illicite de concurrence 475
bb) L'entrave à la concurrence 476
b) Le cas particulier de l'art. 12 al. 3 LCart: l'entrave disproportionnée en raison d'une restriction licite 477
aa) L'existence d'une restriction licite de concurrence 478
bb) L'entrave disproportionnée 478
cc) Une appréciation critique et une proposition *de lege ferenda* 480
II. Les actions défensives (art. 12 al. 1 let. a et art. 13 LCart) 481

1. Le système 481
2. Les actions de l'art. 12 al. 1 let. a LCart 482
a) L'action en suppression de l'atteinte 482
aa) Généralités 482
bb) Les conditions 483
cc) Les conséquences 483
b) L'action en cessation (prévention) de l'atteinte 484
aa) Généralités 484
bb) Les conditions 484
cc) Les conséquences 485
c) L'action en constatation de droit? 486
aa) Le principe: une lacune à combler 486
bb) Les conditions 488
cc) Les relations avec l'action générale 489
d) L'action en publication du jugement? 490
3. Les prétentions spécifiques de l'art. 13 LCart 490
a) L'action «en nullité du contrat» (art. 13 let. a LCart) 491
aa) Le champ d'application de l'action 491
bb) La nature de l'action 492
cc) Les conditions particulières de l'action 494
dd) Les conséquences de l'action 496
b) L'action «en conclusion du contrat» (art. 13 let. b LCart) 497
aa) Le champ d'application de l'action 498
bb) La nature de l'action 498
cc) Les conditions particulières de l'action 499
dd) Les conséquences de l'action 502
c) La combinaison des actions en nullité et en conclusion 504

III. Les actions réparatrices (art. 12 al. 1 let. b et c LCart) 504
1. Le système 504
2. Les actions de l'art. 12 al. 1 let. b et c LCart 506
a) L'action en dommages-intérêts 506
aa) Les conditions de l'action 506
aaa) Le dommage 506
bbb) La faute 510
ccc) L'illicéité 511
ddd) Le rapport de causalité 512
bb) Les conséquences de l'action 512
b) L'action en réparation du tort moral 514
aa) Les conditions de l'action 514
bb) Les conséquences de l'action 515
c) L'action en remise du gain 515
aa) Les conditions de l'action 515
bb) Les conséquences de l'action 517
3. Les relations entre les différentes actions réparatrices 518
a) Les relations entre la réparation du tort moral et les autres prétentions 518

b) Les relations entre la réparation du dommage et la remise du gain . . . 518
aa) Le concours d'actions . . . 518
bb) Le cumul d'actions . . . 518

Chapitre 4: Questions spécifiques de droit matériel . . . 520

I. L'absence de qualité pour agir des consommateurs finaux: une lacune de l'art. 12 LCart? . . . 520
1. L'enjeu: la répercussion des surcoûts . . . 520
2. *De lege lata*: une lacune en matière de responsabilité civile . . . 521
3. *De lege ferenda*: introduire la qualité pour agir des consommateurs et une forme d'action collective . . . 522

II. Les autres fondements d'une action civile . . . 523
1. L'enjeu . . . 523
2. Les actions fondées sur une violation des droits de la personnalité (art. 28a CC) . . . 523
3. L'action en dommages-intérêts (art. 41 al. 1 et 2 CO) . . . 524
a) L'action en dommages-intérêts fondée sur un acte illicite (art. 41 al. 1 CO) . . . 524
b) L'action en dommages-intérêts fondée sur la contrariété aux bonnes mœurs (art. 41 al. 2 CO) . . . 526
4. L'action en restitution de l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO) . 527

III. La prescription des créances découlant de l'art. 12 LCart . . . 528
1. Le champ d'application et les sources . . . 528
2. La durée et le point de départ des délais de prescription . . . 529
3. La computation des délais de prescription . . . 531

Chapitre 5: Questions spécifiques de procédure . . . 533

I. Les mesures provisionnelles (ancien art. 17 LCart; art. 261 ss CPC) . . . 533
1. L'objet et la base légale . . . 533
2. Les conditions personnelles . . . 534
3. La compétence (locale et matérielle) et la procédure applicable . . . 534
a) La compétence internationale . . . 534
b) La compétence interne . . . 535
4. Les conditions matérielles . . . 536
a) La vraisemblance de la prétention au fond . . . 536
aa) Le bien-fondé de la prétention au fond . . . 536
bb) La vraisemblance de l'atteinte . . . 537
b) La menace d'un préjudice difficilement réparable . . . 538
aa) Le préjudice difficilement réparable . . . 538
bb) La vraisemblance du préjudice . . . 540
c) Les autres conditions: l'urgence et la proportionnalité . . . 540
aa) L'urgence . . . 540
bb) La proportionnalité . . . 541
5. Les mesures en particulier . . . 542
a) Les mesures conservatoires . . . 542

b) Les mesures provisionnelles de fond (réglementation et exécution anticipée) . . . 543
c) Le prononcé de mesures d'exécution . . . 544
6. La procédure . . . 544
a) La requête . . . 545
b) Le droit d'être entendu . . . 545
aa) La procédure sans mesures superprovisionnelles . . . 545
bb) La procédure avec mesures superprovisionnelles . . . 545
c) La décision . . . 547
d) Les voies de recours . . . 547
aa) Le recours cantonal . . . 547
bb) Le recours fédéral . . . 548
e) L'exécution . . . 548
aa) L'exécution de la décision . . . 548
bb) La procédure consécutive . . . 549
f) La modification et la révocation . . . 549
7. Les sûretés et la responsabilité en cas de mesures provisionnelles injustifiées . . . 550
a) Les sûretés . . . 550
b) La responsabilité en cas de mesures provisionnelles injustifiées . 551

II. La transmission pour avis à la COMCO (art. 15 al. 1 LCart) . . . 551
1. Le problème . . . 551
2. La base légale . . . 553
3. Le champ d'application . . . 554
a) Les autorités concernées . . . 555
aa) Les tribunaux cantonaux . . . 555
bb) Le Conseil fédéral? . . . 556
cc) Le Tribunal fédéral? . . . 557
dd) Les tribunaux arbitraux? . . . 557
b) Les conditions d'application . . . 559
aa) Une procédure civile en cours . . . 559
bb) Un litige concernant une restriction de concurrence . . . 559
cc) La mise en cause de la licéité de cette restriction . . . 560
4. La procédure . . . 561
a) Le déroulement . . . 561
aa) La transmission du dossier . . . 562
bb) La rédaction de l'avis . . . 563
cc) La transmission au tribunal civil . . . 564
b) Les voies de droit . . . 565

III. L'autorisation exceptionnelle du Conseil fédéral (art. 15 al. 2 LCart) . . 566
1. Le problème . . . 566
2. La base légale . . . 566
3. Les conditions d'application . . . 567
a) Les autorités concernées . . . 567
b) Les conditions matérielles . . . 567
4. La procédure et les conséquences . . . 568

a) Le déroulement procédural 568
b) Les conséquences juridiques 570
c) Les voies de droit 570

IV. La sauvegarde des secrets d'affaires (ancien art. 16 LCart; art. 156 CPC) 571

V. Le recours devant le TF 571

VI. La transmission et la publication des jugements (art. 48 al. 2 LCart) . . 572

VII. Le droit privé de la concurrence et l'arbitrage 573
1. L'arbitrabilité du droit de la concurrence 573
a) Les sources et fondements de l'arbitrage 573
b) Un état des lieux quant à l'arbitrabilité 575
c) Les situations se présentant en pratique 575
2. L'application du droit de la concurrence par le tribunal arbitral . . . 576
a) Le droit de la concurrence de la *lex causae* 576
b) Un autre droit de la concurrence? 577
c) L'application *ex officio* du droit de la concurrence étranger? . . . 578
3. Le contrôle étatique des sentences fondé sur le droit de la concurrence 580
a) Généralités 580
b) Le contrôle étatique des sentences internationales 580
aa) Le contrôle effectuée par le juge de l'annulation 580
bb) Le contrôle du juge de l'exequatur 582
c) Le contrôle étatique des sentences internes 584
aa) Le contrôle du juge de l'annulation 584
bb) Le contrôle du juge de l'exequatur 584

VIII. Le droit privé et le droit public de la concurrence 585
1. Les relations entre décisions administratives et jugements civils . . . 585
2. L'obtention et l'utilisation des moyens de preuve rassemblés en procédure administrative dans la procédure civile 586

Chapitre 6: Conclusion générale 588

G. Procédures de droit administratif cartellaire

Chapitre 1: Procédures relatives aux restrictions à la concurrence 591

I. Observation de marché 591
1. Origine 591
2. Objet 592
3. Compétence et procédure 592
4. Déroulement 593
a) ouverture 593
b) instruments 593
c) durée 594
d) langue de la procédure 594

e) coûts 594
5. Clôture 594
6. Publication et communiqué de presse 595
7. Voie de droit 595

II. Enquête préalable 595
1. Origine 595
2. Objet 596
a) objet 596
b) critères d'intervention 596
3. Compétence et procédure 597
a) compétence 597
b) procédure 597
4. Déroulement 598
a) ouverture 598
b) administration des preuves et accès au dossier 599
c) informations et obligation de renseigner 599
d) instruments 600
e) durée 601
f) langue de la procédure 601
g) coûts 601
5. Clôture 602
a) clôture sans suite 602
b) suggestions 604
c) ouverture d'une enquête 605
6. Publication et communiqué de presse 606
7. Voie de droit 607

III. Enquête 608
1. Origine 608
2. Objet 608
3. Procédure et compétence 609
4. Déroulement 610
a) notification et annonce de l'ouverture d'une enquête 611
b) conduite de l'enquête 611
c) de la proposition de décision du Secrétariat à la décision de la COMCO 615
d) cas particuliers 617
5. Clôture 619
a) sans suite 619
b) par un accord amiable 620
c) par une décision hybride (séquentielle) 621
d) par une décision ordinaire 622
6. Publication et communiqué de presse 623
7. Voie de droit 623
8. Révocation et modification des décisions 624

H. Règles générales et principes fondamentaux de procédure administrative en matière cartellaire

Chapitre 1: Le droit de procédure applicable 627

I. Introduction 627

II. Le renvoi de la LCart à la PA 628
1. La règle 628
2. La portée 629

III. Les dispositions de procédure de la LCart 630

IV. Les dispositions de la PA 631

V. Appréciation et perspectives 632

Chapitre 2: Les règles générales de procédure 633

I. Les principes généraux de la procédures administrative 633
1. Introduction 633
2. La maxime officielle 633
3. La maxime inquisitoire 634
a) La règle 634
b) La portée 634
c) Les corollaires 635
4. La libre appréciation des preuves 636
5. L'application du droit d'office 636

II. Les autres règles générales de procédure 637
1. Introduction 637
2. La compétence et la récusation 637
3. La représentation et l'assistance 637
4. La langue de la procédure 638
5. Les délais 638
6. La notion de décision 638
7. La décision en constatation 639
8. La notification, la publication et l'exécution des décisions 640
9. Les mesures provisionnelles 641
a) La notion 641
b) Les conditions 642
c) La procédure 642

Chapitre 3: Les garanties de procédure 644

I. Les fondements 644
1. Introduction 644
2. La CEDH 644
3. La Constitution fédérale 646
4. La législation 647

II. Le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial 647
1. Introduction 647

2. La procédure devant les autorités administratives 647
3. La procédure devant les autorités de recours 648

III. Les garanties d'un procès équitable 649
1. Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination 649
a) Introduction et définition 649
b) Le champ d'application 650
c) La portée 651
2. Le droit d'être entendu 653
a) Introduction 653
b) Le champ d'application 653
c) Le droit de consulter le dossier 654
d) Le droit de faire administrer des preuves et de participer à l'administration des preuves 655
e) Le droit de se déterminer avant la prise de décision 655

Chapitre 4: Les parties à la procédure 657

I. Les parties et les participants à la procédure d'enquête 657
1. Les parties 657
a) Introduction 657
b) Définition des parties à l'enquête 657
2. Les participants au sens de l'art. 43 LCart 658
a) Les participants avec statut de partie 658
b) Les participants sans statut de partie 659
c) Les associations professionnelles ou économiques 659
d) Les organisations de protection des consommateurs 660
3. Les tiers non participants 660

II. La détermination du cercle des participants 661
1. L'obligation de s'annoncer 661
2. L'obligation de désigner un représentant commun 662

III. Les droits des parties et des participants à l'enquête 662
1. Le champ d'application 662
2. Les droits des parties et des participants avec le statut de partie . . . 663
3. Les droits des participants sans statut de partie 663

IV. Les participants à la procédure d'examen des concentrations d'entreprises 664

Chapitre 5: L'instruction et l'établissement des faits 665

I. L'établissement des faits dans les procédures d'enquête 665

II. Les mesures d'enquête 666
1. Introduction et champ d'application 666
2. Les auditions de tiers et les dépositions de parties 667
a) Les auditions de tiers comme témoins 667
b) Les dépositions de parties 667
3. Les perquisitions et les saisies 668
a) Introduction 668

b) Les conditions 669
c) Le contenu et la portée 670
d) Le déroulement 671
e) L'opposition et la mise sous scellés 671
f) La saisie 671

III. La collaboration des parties et l'obligation de renseigner 672
1. Le fondement et les fonctions 672
2. Le champ d'application 672
a) Le champ d'application matériel 672
b) Le champ d'application personnel 673
3. La portée 673
a) L'objet de la collaboration 673
b) Le contenu de la collaboration 674
c) La forme de la collaboration 674
4. Les limites 675
a) La proportionnalité 675
b) L'existence de motifs de refus 675
c) Le droit de se taire 675
5. Les conséquences d'un défaut de collaboration 676

IV. L'entraide administrative 677
1. La notion 677
a) Définition et distinctions 677
b) Les bases légales 677
2. Le champ d'application 678
a) Les destinataires de l'obligation 678
b) Les bénéficiaires de l'entraide 678
c) Les procédures 678
3. La portée et le contenu 679
4. Les conditions et les limites de l'entraide 679
5. La procédure 681

Chapitre 6: La protection juridique 682

I. Le recours au Tribunal administratif fédéral 682
1. Introduction et droit applicable 682
a) Historique 682
b) Le droit actuel 683
2. Les actes attaquables 683
a) En général 683
b) Les décisions finales 683
c) Les décisions incidentes 684
d) Les actes non susceptibles de recours 685
3. La qualité pour recourir 686
a) En général 686
b) La qualité pour recourir des parties 687
c) La qualité pour recourir des tiers dans les procédures d'enquête 688
d) La qualité pour recourir des associations 688

e) La qualité pour recourir en matière d'opérations de concentrations d'entreprises 689
4. Les autres conditions 690
a) La forme et le délai 690
b) Les motifs de recours et le pouvoir de cognition du TAF 691
c) L'instruction et la décision 691
II. Le recours au Tribunal fédéral 692
III. Les autres moyens de droit 693
1. Le réexamen et la révocation 693
a) Le réexamen 693
b) La révocation 693
2. La révision 694
3. La dénonciation 694
4. La requête à la CEDH 695

I. Sanktionen

1. Kapitel: Allgemeines 699

2. Kapitel: Verwaltungssanktionen 701
I. Direkte Sanktionen (Art. 49a Abs. 1 KG) 701
1. Verstoss 701
2. Sanktion 702
a) Rechtsnatur und Voraussetzungen der Sanktion nach KG 49a . . 702
b) Direkt sanktionierbare Tatbestände 705
c) Umsatz in den letzten drei Geschäftsjahren 707
d) Zwingende Sanktion 708
e) Konkrete Sanktionsbemessung gemäss SVKG 709
aa) Basisbetrag 709
bb) Dauer 711
cc) Erschwerende und mildernde Umstände 712
f) Umsatzlose Sanktion 715
g) Pauschalsanktionen 716
h) Anrechnung von Schadenersatzzahlungen 716
3. Verschulden 718
II. Bonusregelung (Art. 49a Abs. 2 KG) 721
1. Zweck und Funktionsweise 721
a) Bonusregelung als vollzugsrechtliche «best practice» 721
b) Bonusregelung als besonderes Ermittlungsinstrument 722
c) Bonusregelung als materielle Strafzumessungsregel 725
d) Kein «Schuldgeständnis» – Verteidigungsrechte der Selbstanzeiger bleiben intakt 726
e) Hohe Anforderungen an das Beweismass und die behördliche Tatsachenüberzeugen in Selbstanzeigefällen 729

2. Anwendungsbereich: Was kann Gegenstand einer Selbstanzeige sein? . . . 730
3. Vollständiger Erlass der Sanktion . . . 731
a) Sanktionserlass nur für den «ersten» Selbstanzeiger . . . 731
b) Eröffnungskooperation . . . 732
c) Feststellungskooperation . . . 733
d) Weitere Voraussetzungen für den Sanktionserlass . . . 734
aa) Kein Zwang, keine Anstiftung, kein «Ringleader» . . . 734
bb) Unaufgeforderte und umfassende Kooperation . . . 735
cc) Dauernde, uneingeschränkte Zusammenarbeit . . . 736
dd) Beendigung des Wettbewerbsverstosses . . . 738
e) Verfahren . . . 738
4. Reduktion der Sanktion . . . 741
a) Zweck und Reduktionsgründe . . . 741
b) «Amnesty Plus» . . . 742
c) Verfahren . . . 743
d) Aktuelle Revisionsbemühungen: Anrechnung freiwilliger Schadenersatzzahlungen an Opfer von Wettbewerbsverstössen . . . 744
e) Bonusregelung und Einvernehmliche Regelung (EVR) . . . 745
5. Geheimhaltungsinteressen . . . 745
a) Diskreter Umgang mit Selbstanzeigeinformationen ist essenziell für die Berechenbarkeit und die Attraktivität der Bonusregelung . . . 745
b) Verfahrensbeteiligte und Akteneinsicht . . . 747
c) Herausgabe an andere Behörden, insbesondere an ausländische Wettbewerbsbehörden . . . 750
d) Einsichtsgesuche nach BGÖ . . . 751
e) Publikationspraxis . . . 754

III. Melde- und Widerspruchsverfahren (Art. 49a Abs. 3 lit. a KG) . . . 755
1. Zweck und Hintergrund . . . 755
2. Meldung . . . 760
a) Was kann gemeldet werden? . . . 760
b) Wer kann melden, und für wen wirkt die Meldung? . . . 761
c) Formalitäten der Meldung . . . 762
3. Widerspruchsverfahren . . . 763
a) Mögliche Reaktionen des Sekretariats nach der Meldung . . . 763
b) Kein Widerspruch . . . 763
c) Widerspruch . . . 765
4. Aktuelle Revisionsbemühungen . . . 768

IV. Verwirkung der Sanktionsmöglichkeit (Art. 49a Abs. 3 lit. b KG) . . . 769
1. Terminologie und Normzweck . . . 769
2. Einzelfragen . . . 770
a) Wann wird die Fünfjahresfrist ausgelöst? . . . 770
b) Wann, wodurch und für wen wird die Fünfjahresfrist unterbrochen? . . . 771

c) Art. 49a Abs. 3 lit. b KG ist keine «allgemeine Verjährungsnorm» 774
V. Ausnahme durch den Bundesrat (Art. 49a Abs. 3 lit. c KG) 779
VI. Indirekte Sanktionen 780
1. Art. 50: Verstösse gegen einvernehmliche Regelungen und behördliche Anordnungen 780
a) Verstoss 780
b) Sanktion 781
c) Adressat der Sanktion 782
2. Art. 51: Verstösse im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen 782
a) Verstoss 782
b) Sanktion 783
c) Adressat der Sanktion 784
3. Art. 52: Andere Verstösse 785
a) Verstoss 785
b) Sanktion 786
c) Adressat der Sanktion 786
4. Art. 53: Verfahren 786
5. Art. 53a: Gebühren 787

3. Kapitel: Strafsanktionen 789
I. Allgemeines 789
II. Verstösse in Art. 54 und Art. 55 789
III. Sanktionen in Art. 54 und Art. 55 790
IV. Adressaten der Sanktionen gemäss Art. 54 und Art. 55 790
V. Verfahren, Rechtsmittel und Verjährung (KG 56 und 57) 791

J. Ausführung internationaler Abkommen

1. Kapitel: Allgemeines 795

2. Kapitel: Anwendungsbereich 797
I. Allgemeines 797
II. Anwendung von Art. 58 und Art. 59 im Zusammenhang mit dem Freihandelsabkommen Schweiz-EU 798
III. Anwendung von Art. 58 und Art. 59 im Zusammenhang mit den bilateralen Abkommen 800
1. Anwendbarkeit von Art. 58 und Art. 59 im Zusammenhang mit dem Luftverkehrsabkommen 800
2. Sonstige kritische Überlegungen im Zusammenhang mit dem Luftverkehrsabkommen 802

K. Wettbewerbsbehörden: Ihre Aufgaben und Kompetenzen

1. Kapitel: Wettbewerbsbehörden 807
I. Rückblick 807
1. Das erste Kartellgesetz von 1962 807
2. Revision von 1985 808
3. Totalrevision des Kartellgesetzes von 1995 809
4. Anläufe für eine grundlegende institutionelle Reform 811
II. Institutionelle Konzeption des Kartellgesetzes von 1995 812
1. WEKO 812
a) Zusammensetzung 812
b) Wahlanforderungen 814
aa) Allgemeines 814
bb) Sachverstand 814
cc) Unabhängigkeit 815
dd) Interessenvertreter 815
c) Ausstand 817
aa) Einleitung 817
bb) Geltung des VwVG 817
cc) Ausstandspflicht 818
dd) Präzisierung für Vertreter übergeordneter Verbände 818
ee) Streitiger Ausstand 820
d) Unabhängigkeit der WEKO 820
2. Sekretariat 821
a) Wahlbehörde 821
b) Wahlanforderungen 822
c) Ausstand 822
d) Unabhängigkeit 823
III. Organisation 824
1. Einleitung 824
2. Geschäftsreglement WEKO 825
3. Gliederung der WEKO 826
a) Gesamtkommission 826
b) Kammern 826
4. Gliederung des Sekretariats 827
a) Allgemeines 827
b) Gliederung bei Inkrafttreten des neuen KG 827
c) Reorganisation 1999 827
d) Weitere organisatorische Anpassungen und aktuelle Organisation 828

2. Kapitel: Aufgaben und Kompetenzen 830
I. Einleitung 830
II. WEKO 830
1. Gesamtkommission 830

a) Generalklausel . . . 830
b) Wichtige Geschäfte . . . 830
c) Prioritäten . . . 831
d) Verwaltungsgeschäfte . . . 831
2. Kammern . . . 832
a) Einleitung . . . 832
b) Kompetenzen . . . 832
3. Präsidium . . . 833
a) Zusammensetzung . . . 833
b) Zuständigkeiten . . . 833
c) Eröffnung einer Untersuchung . . . 833
d) Verfahrensleitende Verfügungen . . . 834
e) Präsidialverfahren . . . 834
4. Präsident oder Präsidentin . . . 834

III. Sekretariat . . . 835
1. Einleitung . . . 835
2. Aufgaben des Sekretariats . . . 836
a) Untersuchungstätigkeit . . . 836
b) Stellungnahmen . . . 837
c) Advocacy-Tätigkeiten . . . 837
d) Beratung . . . 837
e) Information . . . 838
3. Aufgaben des Direktors oder der Direktorin . . . 838

IV. Amts- und Geschäftsgeheimnis . . . 839
1. Einleitung . . . 839
2. Wahrung des Amtsgeheimnisses . . . 840
3. Geschäftsgeheimnisse . . . 841
4. Zweckbindung der erlangten Informationen . . . 842

3. Kapitel: Weitere Tätigkeiten der Wettbewerbsbehörden . . . 843

I. Einleitung . . . 843

II. Empfehlungen . . . 844
1. Beobachtung der Wettbewerbsverhältnisse . . . 844
2. Empfehlungen an Behörden . . . 845

III. Stellungnahmen . . . 846
1. Sekretariat . . . 846
2. WEKO . . . 847

IV. Gutachten . . . 847

V. Informationspflichten . . . 848
1. Veröffentlichung von Entscheiden und Urteilen . . . 848
2. Information . . . 849

Sachregister . . . 851

A.

Einleitung, Geltungsbereich und Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften

Patrik Ducrey/Daniel Zimmerli/Peter Georg Picht/
Rolf H. Weber/Andreas Heinemann

1. Kapitel: Einleitung

Die Neuauflage des vorliegenden Bandes erfolgt rund 20 Jahre nach der Erstauflage 1
im Jahr 2000. Der Paradigmenwechsel mit dem Kartellgesetz von 1995 in der schweizerischen Wettbewerbspolitik lag damals noch nicht weit zurück. Seither haben sich die Wettbewerbspolitik und die Gesetzgebung weiterentwickelt, die Wettbewerbsbehörden haben zu den relevanten Gesetzesbestimmungen Praxis geschaffen, die Gerichte haben Leiturteile gefällt und die Unternehmen haben ihr Verhalten an den strengen und EU-kompatiblen Regeln ausgerichtet, soweit dies die Behörden- und Gerichtspraxis gestattet. Das Wettbewerbsumfeld ist heute ein anderes als bei Inkrafttreten des Kartellgesetzes von 1995, denn die Regeln sind in den Kernbereichen des heutigen Verhaltensrechts mittlerweile wesentlich klarer als früher, und die Konsequenzen bei einem Verstoss gegen das Gesetz sind absehbar.

Die Einleitung der Herausgeber der Neuauflage soll weder einen historischen Abriss 2
der bisherigen Wettbewerbspolitik darstellen, noch eine wettbewerbstheoretische Einordnung der gesetzlichen Grundlage vornehmen. Hierfür wird auf das mittlerweile sehr umfangreiche Schrifttum verwiesen. Sie will vielmehr der Frage nachgehen, wo die Schweiz derzeit mit ihrer Wettbewerbsgesetzgebung und der Rechtsanwendung durch Wettbewerbsbehörden und Gerichte steht.

Das wichtigste Ziel des Kartellgesetzes sind offene Märkte – ausser der Gesetzgeber 3
habe davon selbst eine Ausnahme gemacht. Von diesen Ausnahmen gibt es derzeit noch eine ganze Reihe, vom Agrarbereich über das Gesundheitswesen bis zu einigen Infrastrukturmärkten. In diesen dem Wettbewerb vorbehaltenen Bereichen ist das Ziel des Kartellgesetzes, mit geeigneten Instrumenten – in der Fachsprache Advocacy genannt – weitere unnötige Regulierungen zu verhindern und bestehende zu beseitigen. Diese Instrumente haben jedoch keinen verpflichtenden Charakter, weil in den betroffenen Wirtschaftsbereichen andere öffentliche Interessen neben dem freien Wettbewerb bestehen, die es gegeneinander abzuwägen gilt. Dies ist eine politische Aufgabe, die dem Gesetzgeber und nicht der rechtsanwendenden Behörde zukommt.

In jenen Wirtschaftsbereichen hingegen, die dem Wettbewerb offen sind, ist es zen- 4
trale Aufgabe der Wettbewerbsbehörde, den Willen des Gesetzgebers nach einem freien und fairen – also wirksamen – Wettbewerb zum Durchbruch zu verhelfen. Auf offenen Märkten sollen die Wettbewerbsfunktionen effiziente Marktergebnisse gewährleisten. Wettbewerb ist ein Koordinations- und Entdeckungsverfahren. Im Wesentlichen fördert er die Innovation, normalisiert die Renditen und lässt verkrustete Strukturen erodieren. Gleichzeitig ist Wettbewerb aber anstrengend und mit unternehmerischen Risiken behaftet. Deshalb hat das Kartellrecht den ordnungspolitischen Zweck, die privatautonom gesteuerte Marktwirtschaft davon abzuhalten, sich selber zu beseitigen oder zu beschränken. Es soll volkswirtschaftlich und sozial schädliche Auswirkung vermeiden, welche korporatistische oder monopolistische Selbst-

beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit einer freiheitlichen, marktwirtschaftlichen Ordnung zufügen können.

5 Das geltende Kartellgesetz hat bewusst (und zu Recht) auf ein wettbewerbspolitisches *fine tuning* verzichtet. Es ist insbesondere nicht einer bestimmten, ökonomischen «Wettbewerbsschule» verpflichtet, sondern folgt einem pragmatischen Kompromiss. Dies bringt es mit sich, dass sich Konzept und Wahrnehmung von «Wettbewerb» und «Wettbewerbsbeschränkung» sowie das Bedürfnis nach staatlicher Intervention ebenso dynamisch entwickeln wie die Märkte, auf welchen die Unternehmen agieren. Entsprechend sind die kartellrechtlichen Verhaltensnormen recht offen formuliert, damit im Rechtsvollzug angemessen auf diese Dynamik reagiert werden kann. Offenheit und Flexibilität des Verhaltensrechts stehen indessen in einem Spannungsverhältnis zum Legalitätsprinzip, welches berechenbare Eingriffsnormen und Rechtssicherheit verlangt. Es ist anspruchsvoll für die Wettbewerbsbehörden und die Gerichte, die Balance zwischen diesen beiden Polen zu finden. Dabei gilt, dass vorschnelle und übermässige Interventionen dieselben volkswirtschaftlich und sozial schädlichen Auswirkungen verursachen können wie die privaten Selbstbeschränkungen, die das Kartellrecht gerade verhindern will.

6 Die WEKO ist dem in den letzten zwanzig Jahren mit Interventionen in verschiedensten Sektoren nachgekommen und hat Märkte geöffnet bzw. offen gehalten. Zu nennen sind etwa die Entscheide «Freiburger Elektrizitätswerke» und «ewl/EGZ» zur Öffnung des Strom- und Gasmarktes, die Entscheide «Elmex/GABA», «NIKON» und «BMW» zur Öffnung der Schweizer Märkte für Parallelimporte aus dem EU-Ausland, die Aufdeckung und Ahndung zahlreicher Submissionsabreden im Baubereich zur Sicherstellung von offenen Beschaffungsmärkten, die verschiedenen Entscheide gegen Abreden im Finanzsektor zur Sicherstellung fairer und gleicher Wettbewerbsbedingungen für alle Marktteilnehmer. Viele andere und ebenfalls wichtige Entscheide der Wettbewerbsbehörde hatten das gleiche Ziel im Visier. Neue Herausforderungen bringen die Digitalwirtschaft bzw. die datengetriebene «Industrie 4.0». Wie weit damit ein «Kartellrecht 4.0» verbunden sein muss, wird sich wohl eher früher als später weisen. Zentral wird allemal sein, dass die Wettbewerbsbehörden auch die digitalen Märkte offenhalten, den Innovationsprozess schützen und mit der Marktdynamik weiterhin Schritt halten, ohne gleichzeitig die Rolle eines «sozialen Planers» zu übernehmen.

7 Zwei Elemente haben die Durchschlagskraft der materiellen Bestimmungen gegen Abreden und den Missbrauch von Marktmacht wesentlich gestärkt. Dies sind zum einen die direkten Sanktionen, die der Gesetzgeber 2003 ins Kartellgesetz aufgenommen hat und die der WEKO ermöglichen, die schädlichsten Formen von Wettbewerbsbeschränkungen (harte horizontale und vertikale Abreden sowie den Missbrauch von Marktbeherrschung) mit empfindlichen Geldbussen zu ahnden. Sie haben der WEKO viel Aufmerksamkeit in den Medien eingebracht und damit massgebend zur präventiven Wirkung des Gesetzes beigetragen. Fehlbare Unternehmen können heute nicht mehr damit rechnen, dass sich ein Kartellrechtsverstoss lohnt, weder aus finanzieller Sicht noch von Seiten der Reputation her, die dabei in Mitleidenschaft gezogen wird. Zum anderen hat das Bundesgericht in Anlehnung an die Regelung in der EU die schädlichsten Formen von Abreden (horizontale Preis-, Mengen-

und Gebietsabreden sowie vertikale Preisbindungen und Gebietsschutzabreden) als grundsätzlich erheblich bezeichnet. Sie sind ohne Prüfung ihrer Wirkungen im Markt unzulässig, ausser sie könnten aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden. Damit werden sie gleich beurteilt wie die sog. «bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen» in der EU. Ähnlich sind die WEKO und die Gerichte im Bereich des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen vorgegangen: Ist eine Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, so ist die damit verbundene Wettbewerbsbeschränkung ohne weitere Prüfung widerrechtlich. Wie weit sich indessen die strenge Abredepraxis instrumentalisieren lässt, um Marktmachtmissbräuche zu beurteilen, wird näher zu analysieren sein: Das Konzept der «Marktbeherrschung» ist komplex, und der Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung ist anspruchsvoll. Sodann bleibt das Verhaltensrecht für marktbeherrschende Unternehmen trotz Behörden- und Gerichtspraxis oft unberechenbar sowie stark abhängig vom Einzelfall. Entsprechend bedarf es grosser ordnungspolitischer und rechtsstaatlicher Umsicht, wenn in solchen Fällen *Pro* und *Contra* einer kartellrechtlichen Intervention abgewogen werden. Dasselbe gilt, wenn in solchen Fällen direkte Sanktionen verfügt werden sollen: Die Verantwortlichkeit des Unternehmens muss unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten und einer wohlverstandenen *business judgment rule* beurteilt werden.

Die besten materiellen Bestimmungen im Kartellgesetz können ihre volle Wirksamkeit nur erreichen, wenn sie in einem korrekten rechtstaatlichen Verfahren angewendet werden und wenn ihre Durchsetzung mit geeigneten Instrumenten sichergestellt ist. Die von den Wettbewerbsbehörden entwickelte verfahrensrechtliche Praxis trägt heute dazu bei, dass die involvierten Unternehmen in den Verfahren den notwendigen rechtsstaatlichen Schutz erhalten. Das Bundesgericht hat in seinem verfahrensrechtlichen Leiturteil «Publigroupe» bestätigt, dass die Verfahren vor der WEKO den Grundsätzen der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) genügen, dass die Sanktionen der WEKO strafrechtsähnlicher Natur sind und deshalb entsprechende Grundsätze wie «nemo tenetur» in den Verfahren zu gewährleisten sind. Nur ausnahmsweise musste das Bundesverwaltungsgericht intervenieren und Sekretariat und WEKO bezüglich verfahrensrechtlicher Fragen korrigieren. Dies ändert indessen nichts daran, dass die Legitimität materieller kartellrechtlicher Entscheide massgeblich von der Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens abhängt. Das Postulat «Legitimität durch Verfahren» hat im Kartellrecht besonderes Gewicht. Es kommt in jedem einzelnen Fall zum Tragen, vor der WEKO wie vor den Gerichten. 8

Die Instrumente zur Durchsetzung des Kartellgesetzes hat der Gesetzgeber erst in einem zweiten Schritt im Jahr 2003 geschärft. Die Möglichkeit des Sekretariats zur Durchführung von Hausdurchsuchungen sowie die sog. Bonusregelung haben die Entdeckungswahrscheinlichkeit für verdeckte Abreden massgeblich verbessert. Diese Instrumente haben ihre Tauglichkeit in der Praxis bewiesen. Sie haben den Behörden die Aufdeckung von zahlreichen Abreden ermöglicht und die Vollzugseffizienz des Kartellrechts erhöht. Aus Sicht des Verfahrens und hinsichtlich der Mittel gegen wettbewerbsschädigende Abreden und Missbräuche marktbeherrschender Unternehmen erfüllt das Kartellgesetz die Erwartungen und steht international auf gleicher Stufe wie die Wettbewerbsgesetze der EU-Mitgliedstaaten. 9

10 Während die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts in der Schweiz den eigenen Wettbewerbsbehörden vorbehalten ist, sind ihre Möglichkeiten der internationalen Kooperation und des Erfahrungsaustauschs in den letzten zwanzig Jahren sukzessive ausgebaut worden. Heute ist die Schweiz in den entsprechenden Gremien der OECD vertreten und wirkt aktiv an den Diskussionen um neue Herausforderungen mit. Im International Competition Network (ICN) ist die WEKO als Gründungsmitglied und als Ausrichterin der Jahreskonferenz 2009 ein fester Bestandteil und aktives Mitglied. Am engsten verbunden ist die WEKO jedoch in ihren Beziehungen zur Wettbewerbsbehörde der EU. Mit dem Abschluss eines Kooperationsabkommens der zweiten Generation sind die WEKO und ihr Sekretariat den Wettbewerbsbehörden eines EU-Mitgliedstaats gleichgestellt, ausser dass sie nicht im European Competition Network (ECN) aller Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten eingebunden ist. Das Abkommen erlaubt der Schweizer Wettbewerbsbehörde einen umfassenden Austausch mit der Generaldirektion Wettbewerb der EU-Kommission bis hin zum Austausch von Beweismitteln ohne dass die beteiligten Unternehmen dem zugestimmt hätten. Damit ist auch die Verfolgung von internationalen Kartellen erleichtert, wie es bereits verschiedene parallele Verfahren in der Schweiz und in der EU gezeigt haben. Am 1. November 2022 haben Deutschland und die Schweiz ein Kooperationsabkommen unterzeichnet, das dem EU-Abkommen sehr nahe steht. Damit wird nach dessen Ratifizierung auch mit dem wichtigsten Handelspartner der Schweiz eine enge Kooperation zwischen Bundeskartellamt und WEKO möglich sein und zu einer besseren Durchsetzung der Wettbewerbsgesetze beitragen.

11 Als Zwischenfazit kann festgehalten werden, dass die materiellen Bestimmungen gegen Wettbewerbsabreden und den Missbrauch von Marktmacht sowie die zu deren Durchsetzung notwendigen Verfahren und Instrumente als effektiv und zeitgemäss beurteilt werden können. Auf Anfang 2022 sind neue Bestimmungen zu relativer Marktmacht und entsprechenden Missbräuchen im Gesetz aufgenommen worden. Sie sollen insbesondere das Instrumentarium im Kampf gegen die «Hochpreisinsel» Schweiz erweitern. Auch wenn die Wettbewerbsbehörden erste Verfahren eröffnet haben, bleibt offen, ob sie die hohen Anforderungen der Initiantinnen und der Initianten der Fair-Preis-Initiative erfüllen können. Damit bleibt die Frage, was aktuell nicht den Erwartungen an ein wirksames Wettbewerbsgesetz entspricht. Es sind dies insbesondere der materielle Test in der Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen sowie die kartellzivilrechtliche Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen infolge unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen.

12 Der materielle Test in der Zusammenschlusskontrolle wird im Kartellgesetz umschrieben mit «Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann». Während die WEKO in ihrer früheren Praxis die Möglichkeit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs implizit als in der Marktbeherrschung enthalten sah, korrigierte das Bundesgericht diese Praxis 2007 und folgte dem Wortlaut des Gesetzes. Die Marktbeherrschung und die Möglichkeit der Beseitigung des Wettbewerbs sind zwei separat zu prüfende Tatbestandselemente, die erfüllt sein müssen, damit die WEKO korrigierend eingreifen kann. Diese hohe Eingreifschwelle wurde in der Evaluation des Kartellgesetzes im Jahr 2009 kritisiert und der Bundesrat schlug in der Folge in der Revision von 2012 die Über-

1. Kapitel: Wettbewerbsbeschränkende Abreden

I. Gesetzliche Begriffsumschreibung

1. Definition

Nach der gesetzlichen *Definition* von Art. 4 Abs. 1 sind Wettbewerbsabreden «rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken». Diese Umschreibung hält sich an heute weit verbreitete Formulierungen, insb. an Art. 101 AEUV.[2] 3

Die Begriffsumschreibung beruht auf *drei* Definitionselementen. Diese bestehen aus: 4
- dem *Inhalt* der Abrede («die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken»);
- der *Form* («rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen»);
- sowie den beteiligten *Parteien* («Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen»).

2. Tragweite

Die gesetzliche Begriffsbestimmung dient einerseits der Systematisierung der Wettbewerbsbeschränkungen und bildet anderseits die Grundlage für die materiellrechtliche Beurteilung: 5

- Art. 4 stellt die Weichen für die drei Pfeiler, auf denen das Wettbewerbsrecht beruht (wettbewerbsbeschränkende Abreden, Missbrauch marktbeherrschender Stellung, Fusionskontrolle). Ein wettbewerbsrechtlicher Sachverhalt, der als Abrede zu qualifizieren ist, führt zur *Anwendung* des Rechtes der Abreden und ist gemäss den Bestimmungen von Art. 5 und 6 (und eventuell Art. 8) des Gesetzes zu beurteilen. 6

- Die Qualifizierung eines wettbewerbsrechtlichen Sachverhaltes als Abrede sagt nichts über dessen *Zulässigkeit* oder *Unzulässigkeit* aus, sondern bildet lediglich die Grundlage dafür, um eine Zulässigkeitsprüfung überhaupt vorzunehmen. Diese Prüfung richtet sich nach Art. 5. Eine Unterscheidung auf der Definitionsebene zwischen *formell* wettbewerbsbeschränkenden Abreden einerseits und *materiell* wettbewerbsbeschränkenden Abreden anderseits ist nicht hilfreich (hinten N 20 ff.). 7

2 Bradford und Gerber, 159 ff.

8 – Die gesetzliche Begriffsumschreibung ist zu unterscheiden von der Frage des *Anwendungsbereichs* des Gesetzes. Dieses findet auf «Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts» Anwendung (Art. 2 Abs. 1). Damit werden die Fragen der Begriffsumschreibung und des Anwendungsbereiches getrennt und klargestellt, dass die mit der Anwendung des Gesetzes betrauten Instanzen (WEKO, Zivilgerichte, Rechtsmittelinstanzen) auch zur Qualifizierung eines Sachverhaltes gemäss Art. 4 berufen sind. Das ist seit dem Inkrafttreten des KG 95 eine Selbstverständlichkeit – im Gegensatz zu KG 62 und KG 85, welche ihren Anwendungsbereich noch auf «Kartelle und ähnliche Organisationen» beschränkten.[3]

II. Inhalt

1. Beschränkung des Wettbewerbs

9 Die wettbewerbsbeschränkende Abrede unterscheidet sich von allen anderen Verträgen und Abreden in erster Linie durch ihren *Inhalt*. Wichtigstes Wesensmerkmal der Abrede ist deshalb die Beschränkung des Wettbewerbs.

a) Verzicht auf wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit

10 Dieses Wesensmerkmal hängt naturgemäss vom *Begriff des Wettbewerbs* ab. Die Wirtschaftswissenschaft wartet mit einem reichhaltigen Angebot an Wettbewerbstheorien auf.[4] Art. 4 und insb. Art. 5 lehnen sich an keine dieser Theorien an, sondern verweisen lediglich auf den «wirksamen Wettbewerb».[5] Der Begriff hatte in den ökonomischen Wettbewerbstheorien einen nur schwer in rechtliche Kategorien fassbaren Gehalt.[6] Er war seinerzeit vor allem in negativer Hinsicht als Abgrenzung gegenüber dem «vollkommenen Wettbewerb» gedacht, den es in der Wirklichkeit nie gibt. In positiver Hinsicht ist der Begriff auslegungsbedürftig, aber auch auslegungsfähig.[7] Diese Auslegungsarbeit wurde in der Zwischenzeit von Behörden, Gerichten und von der Doktrin vorangetrieben.[8] Der wirksame Wettbewerb bildet einen ergebnisoffenen Prozess, in welchem die wirtschaftlichen Akteure, insbesondere die Unternehmen, die Bedingungen festlegen, unter welchen sie ihre wirtschaftlichen Leistungen austau-

3 Art. 1 KG 62 und Art. 1 Abs. 1 KG 85. Der Ausdruck «Anwendungsvoraussetzung» wird gelegentlich auch unter dem KG 95 noch verwendet (BSK KG-Reinert Art. 4 Abs. 1 N 4, auch 42, 551), was leicht missverständlich ist.

4 Für eine Übersicht BSK KG-Bühler/Halbheer, Vor Art. 1 N 7–63, 80–98, 146–171; DIKE KG-Heinemann, Art. 1 N 29 ff.; BSK KG-Reinert Art. 4 Abs. 1 N 411 ff. Für eine Übersicht aus wirtschaftswissenschaftlicher Warte Gugler, 7 ff.; Bühler, in: Amstutz/Hochreutener/Stoffel, 193 ff.; Brunetti, 59 ff., 139 ff. Kritisch Stucke/Ezrachi, 121 ff. Vgl. schon Botschaft 1994, 504 ff.; Ruffner, Kartellgesetzrevision, 145 ff. Im Einzelnen Weber, in: SIWR V/2, 9 ff.

5 Der Begriff des wirksamen Wettbewerbs geht auf Art. 29 Abs. 3 KG 85 und auf Art. 12 PüG zurück (vgl. Schluep, Wirksamer Wettbewerb) und wurde von da in das KG 95 übernommen.

6 Chabloz, Influence, 34 f.; Müfit, 42; vgl. Stoffel/Deiss, 17.

7 Die erste breit angelegte Auslegung und Konkretisierung stammt von Walter R. Schluep (vgl. Schluep, Wirksamer Wettbewerb); siehe auch Schmidhauser, in: Homburger et al., Art. 4 N 22 f. Vgl. jetzt statt vieler die Übersichten bei DIKE KG-Möckli, Art. 1 N 42–49 und Zäch, Kartellrecht, N 96 ff.

8 Vgl. DIKE KG-Heinemann, Art. 1 N 29–35, 60–64, 100–104; BSK KG-Birkhäuser, Art. 1 N 72–83; CR Concurrence-Martenet/Tercier, Art. 1 N 12–26.

schen. Dies setzt eine (1.) rechtliche Rahmenordnung voraus, welche Vertragsfreiheit, Eigentumsrechte und funktionierende *Märkte* garantiert.[9] Das Wettbewerbsrecht stellt sicher, dass (2.) die Akteure in ihrem Handeln *rechtlich frei* sind, dass (3.) sie die Früchte ernten dürfen, aber auch dass sie die *Risiken* tragen müssen. In einem solchen Rahmen kann der Wettbewerb sein Potential als Entdeckungsverfahren entfalten.[10] Damit dient das Wettbewerbsrecht der optimalen Allokation der Produktionsfaktoren und der Innovation. Aber sein Zweck besteht nicht in einem wirtschaftspolitischen *fine tuning* zur Effizienzsteigerung, sondern darin, die zentralen Wettbewerbsfunktionen zu bewahren und die Märkte offen zu halten.

11 Zusammenfassend lässt sich sagen, dass Wettbewerb im Sinne des Gesetzes dann besteht, wenn die Konkurrenten die Freiheit haben, sich voneinander zu unterscheiden, indem sie die Eigenschaften ihrer Leistungen individuell festlegen, um ihre Produkte in der gewünschten Art gegenüber den Konkurrenzprodukten zu differenzieren.[11] In juristischen Kategorien ausgedrückt liegt Wettbewerb somit dann vor, wenn jeder Konkurrent *rechtlich frei ist, die Wettbewerbsparameter individuell und unabhängig festzulegen*, um so sein Auftreten auf dem Markt zu bestimmen. Ausschlaggebend ist die rechtliche Natur des allfälligen Verzichtes und die Eliminierung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter.

b) Vereinbarter Verzicht

12 Der Verzicht auf die unabhängige Festlegung der Wettbewerbsparameter erfolgt durch Abrede. Er ist rechtlich begründet, eben *«vereinbart»*.[12] Diese «Vereinbarung» zeichnet sich durch zwei Begriffselemente aus:

13 – Der Verzicht ist *rechtlicher Natur*. Wirtschaftlich können die Unternehmen die Wettbewerbsparameter nie frei bestimmen, sondern sind an die Vorgaben des Marktes gebunden, insb. durch ökonomische Knappheiten sowie durch das Verhalten der Konkurrenten und Konsumenten. Bei perfekt funktionierendem Wettbewerb bspw. findet ein neu in den Markt eintretendes Unternehmen einen Preis als gegebenen Wert («Datum») vor und muss eine bessere Qualität vorlegen, wenn es sich behaupten will, oder aber den vorgefundenen Preis unterbieten. Die fehlende wirtschaftliche Beschränkung der Freiheit kennzeichnet gerade die einzige Ausnahme von dieser Situation, nämlich die Marktbeherrschung; das marktbeherrschende Unternehmen ist in der Lage, sich bei der Festlegung der Wettbewerbsparameter «von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten» (Art. 4 Abs. 2). Der Wettbewerb ist dagegen beschränkt, wenn die Unternehmen ganz oder teilweise auf die Ausübung ihrer *rechtlichen Freiheit* verzichten, die Wettbewerbsparameter individuell festzulegen. Sie können dies in irgendeiner der möglichen «vertraglichen» Formen tun (hierzu N 44 ff.).

9 Stoffel, Droit transnational de la concurrence, 269 ff.
10 Diese Umschreibung wird Hayek zugeschrieben.
11 Vgl. schon Weber, in: SIWR V/2, 29 ff.
12 So schon früh z.B. Bahnhofskioske, RPW 1999, 404 Ziff. 22 f.

14 – Der Verzicht beruht auf *Gegenseitigkeit*. Die Bindung wird gegenüber einem oder mehreren Partnern eingegangen. Die Partner können auf derselben oder auf unterschiedlichen Wirtschaftsstufen tätig sein. Je nachdem gehen sie denselben oder einen andersgearteten, aber den übrigen Leistungen entsprechenden Verzicht ein («horizontale» oder «vertikale» Abreden; N 87 ff.). In jedem Fall liegt der Zweck für jeden der Partner in der Gegenseitigkeit des Verzichtes, auch bei Submissionskartellen (sogleich und hinten N 295 f., 305 f.). Darin besteht ein Austauschelement, welches die wettbewerbsbeschränkende Abrede trotz ihrer im Übrigen oft gesellschaftsrechtlichen Natur (N 46, 49 ff.) in die Nähe der *vertraglichen* oder *vertragsähnlichen* Bindung bringt.

15 – Der Verzicht ist i.d.R. ein *gleichzeitiger*. Vertragsrechtlich gesprochen wird er Zug um Zug geleistet und von Anfang an von allen Beteiligten befolgt. In gewissen Situationen kann das abgesprochene Verhalten aber auch darauf ausgelegt sein, den gegenseitigen Verzicht erst auf einer bestimmten *Zeitachse* zu verwirklichen. Das ist insb. bei Submissionsabsprachen der Fall. Hier verzichten alle Teilnehmer bis auf einen darauf, eine kompetitive Offerte einzureichen, um diesem Konkurrenten den Vortritt zu lassen, aber sie wechseln sich dabei in jeder Ausschreibung in einer bestimmten Reihenfolge ab. Die gegenseitige «Ausgewogenheit» des Verzichts ergibt sich dann erst in einer gewissen Zeitspanne, ist aber von Anfang in der Absprache enthalten und darauf ausgelegt. Die Einbettung der Gegenseitigkeit auf einer Zeitachse ist ausschlaggebend, ohne dass hierfür auf den schillernden Begriff der *Gesamtabrede* zurückgegriffen werden müsste.[13] Ein gut dokumentiertes Beispiel bildet das *Tessiner Asphaltkartell*, eine der ersten Submissionsabsprachen, welche der WEKO im Jahr 2004 angezeigt wurde.[14]

c) Eliminierung oder Beschränkung von Wettbewerbsparametern

16 Die Verzichtsvereinbarung betrifft die Freiheit in der Festlegung der *Wettbewerbsparameter*.[15] Die wichtigsten Parameter sind die Folgenden:
- Art der Ware und Dienstleistungen;
- Preis;
- Menge;
- Qualität;
- Geschäfts- und Leistungsbedingungen;
- Beschaffung der Produktionsfaktoren;
- Absatzmärkte und Absatzkanäle;
- Auswahl von Bezugsquellen und Lieferanten.

17 Im Einzelfall sind die verschiedenen Wettbewerbsparameter je nach *Produkt* und *Markt* von unterschiedlicher Bedeutung. Für das Vorliegen einer wettbewerbsbeschränkenden Abrede ist jedoch unerheblich, wie viele und welche der Parameter

13 Der Begriff der Gesamtabrede der gibt immer wieder zu Diskussionen Anlass: BSK KG-Reinert Art. 4 Abs. 1 N 275 ff.; DIKE KG-Bangerter/Zirlick, Art. 4 Abs. 1 N 193 ff.; Brei, 211 ff.

14 WEKO, Strassenbeläge Tessin, RPW 2008, 85. Die angepeilten Marktvolumen wurden in jährlichen Tabellen bis auf Bruchteile von Prozenten erstellt. Zu den Submissionsabsprachen N 295 f., 305 f.

15 Stoffel, Les ententes restrictives, 7 ff.; von Büren, Wettbewerbsbeschränkungen, 15.

vom Verzicht betroffen sind.[16] Ebenso unerheblich ist es, ob der Verzicht die Anbieter- oder die Nachfragseite betrifft[17] oder ob er im Hinblick auf die «Ausübung von Marktmacht» vereinbart wurde.[18] Auch sehr kleine Prozentanteile von Preisen können Absprachen über den Preisparameter darstellen, wie bspw. die *Multilateral Interchange Fee (MIF)* bei Zahlungskarten.[19] Auch hier liegen Entgelte für eine Gegenleistung vor, unabhängig von der Höhe der Sätze.

Unerheblich sind an dieser Stelle auch die tatsächlichen Auswirkungen im Markt.[20] Alle diese Elemente betreffen die *Bedeutung* der Parameter im konkreten Fall und damit die Erheblichkeit und/oder die Zulässigkeit der Wettbewerbsbeschränkung sowie die Qualifikation als Vermutungstatbestand und damit die Sanktionierbarkeit, sofern die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind. Die Fragen sind nicht bei der Feststellung des Vorliegens einer Abrede, sondern bei der materiellen Beurteilung der Abrede (Art. 5 Abs. 1 und 2; N 142 ff.) und ihrer Art (Art. 5 Abs. 3 und 4; N 388 ff.) zu prüfen. 18

In der *Praxis* bietet die Feststellung, dass Wettbewerbsparameter von einer Abrede betroffen sind, selten Anlass zu grundsätzlichen Fragen. Ausnahmen bestätigen diese Regel. Ein Grenzfall lag bspw. vor bei dem von grossen Krankenversicherern vereinbarten «Kodex», der vom Sekretariat schliesslich nicht als Wettbewerbsabrede qualifiziert wurde, weil er sich auf Stellungnahmen gegenüber den Behörden und im Hinblick auf die Gestaltung der Gesetzgebung bezog.[21] Vereinzelte Fälle betrafen die Frage der rein «formalen» Absprachen über Wettbewerbsparameter, die tatsächliche keine wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen hatten (hierzu hinten N 27). 19

2. Wirkung der Abrede

Die Beeinflussung des Wettbewerbs kann sowohl auf ein *Bezwecken* als auch auf ein *Bewirken* durch die Parteien zurückgehen.[22] Beides ist für sich allein genommen ausreichend. 20

Die auf einer Abrede beruhende *Wirkung* auf den Wettbewerb zeichnet sich dadurch aus, dass sie nicht das Resultat des normalen Verhaltens der wirtschaftlichen Akteure bildet. Wie dargelegt, ist sie vereinbart und damit «künstlicher» Art. In vielen Fällen 21

16 ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Rz 245.
17 ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Rz 376.
18 So früher wörtlich das Bundesgericht, das deshalb in «Konkurrenzverbote[n] grundsätzlich keine Wettbewerbsabreden» erblickte (BGE 124 III 495, 499 f.). Dies geht fehl, weil die Ausübung von Marktmacht kein Tatbestandsmerkmal der wettbewerbsbeschränkenden Abrede bildet (HEINEMANN, FS Stoffel, 169 f.; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Rz 246).
19 Vgl. näher N 230. Die Prozent- oder Promilleanteile wurden im Übrigen auf der Transaktionssumme bemessen und waren daher im Ergebnis keineswegs klein.
20 A.M. BSK KG-REINERT Art. 4 Abs. 1 N 462 ff.; vgl. hinten N 28 ff.
21 Kodex zwischen Krankenversicherern, RPW 1997, 460 ff., namentl. Ziff. 21. Eine (geheime) Zusammenarbeit unter Konkurrenten ist auch dann verdächtig, wenn sie Stellungnahmen gegenüber Behörden betrifft, insb. im Gesundheitswesen. Das Sekretariat stützte sich auf den Umstand, dass tatsächlich keine Abreden über Märkte und keine gemeinsamen Stellungnahmen gegenüber Behörden abgegeben worden waren (Ziff. 23 f.). Das dürfte nicht zuletzt auf die Vorabklärung selbst zurückzuführen gewesen sein.
22 BSK-Reinert, Art. 4 Abs. 1 N 498 ff.; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Art. 4 I N 77 ff.; DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK, Art. 4 Abs. 1 N 20 ff.

die Parameter des Preises betroffen waren oder wenn Marktaufteilungen vorgenommen wurden.[172] Die Formulierung des KG 95 ging einen Schritt *weiter* und schloss auch eine Rechtfertigung unter erschwerten Bedingungen aus.

146 Die Beschränkungen dieser beiden Parameter ergänzt durch die Beschränkungen der Mengen sowie der Preisbindungen der zweiten Hand und des absoluten Gebietsschutzes haben Eingang in die *Vermutungstatbestände* von Art. 5 Abs. 3 und 4 gefunden. Das bedeutet, dass beim Vorliegen eines Vermutungstatbestandes auf eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbes geschlossen werden muss, sofern nicht dargelegt werden kann, dass lediglich eine Beeinträchtigung vorliegt.

147 Wenn die Vermutung nicht umgestossen werden kann, hat die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs die Unzulässigkeit der wettbewerbsbeschränkenden Abrede zur Folge. Eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ist *ausgeschlossen*. Es bleibt nur noch die Möglichkeit der ausnahmsweisen Zulassung durch den Bundesrat gemäss Art. 8. Gleichzeitig sind damit auch die Voraussetzungen der direkten Sanktionierbarkeit gemäss Art. 49a erstellt und in der Regel auch der besonderen Schwere des Verstosses.

148 Die *Aufzählung* der Vermutungstatbestände in Art. 5 Abs. 3 und 4 schliesst nicht aus, dass eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbes nicht auch durch eine Beschränkung anderer Wettbewerbsparameter bzw. durch eine Kombination von Beschränkungen erfolgen könnte. Die Aufzählung der Verhaltensweisen, welche eine Beseitigung des Wettbewerbs zur Folge haben, ist mithin nicht abschliessend. Es ist (theoretisch) denkbar, dass die WEKO in Zukunft für ein bestimmtes Produkt einen oder mehrere andere Parameter als wesentlich einstuft und zum Schluss kommt, dass der wirksame Wettbewerb durch die Ausschaltung dieses Parameters beseitigt, nicht nur beeinträchtigt wird. Allerdings könnten dadurch keine neuen Vermutungssachverhalte geschaffen würden und damit auch keine neuen Anwendungsfälle für direkte Sanktionen i.S.v. Art 49a.

b) Beeinträchtigung

149 Die Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbes geht demgegenüber *weniger weit*, weil sie einen teilweisen Wettbewerb (oder Restwettbewerb) bestehen lässt. Sie umfasst somit die Eliminierung anderer Wettbewerbsparameter als in den Kernbeschränkungen oder einen trotz des Vorliegens einer Kernbeschränkung noch bestehenden (Rest-)Wettbewerb. Die Beeinträchtigung wird nur dann vom Gesetz erfasst, wenn sie «erheblich» ist (hierzu hinten N 181 ff.) Eine solche Beeinträchtigung ist ebenfalls unzulässig, aber nur, wenn sie nicht (ausnahmsweise) durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann.[173]

150 Die Umschreibung der beiden Formen von Wettbewerbsbeschränkungen in einem einzigen Satz in Art. 5 Abs. 1 entbehrt nicht einer beeindruckenden gesetzgeberischen

172 STOFFEL, SZW 1992, 102 f.; DERS., SZW 1994, 107 und 110.
173 BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER Art. 5 N 97 ff.; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Art. 5 N 109 ff.; DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER, Art. 5 N 134 ff.

Eleganz, die durchaus in der Tradition eines Eugen Huber steht. Sie ist kurz, leicht verständlich, und gibt den Kerngehalt von Art. 101 Abs. 1 und 3 wieder.

151 In wettbewerbsrechtlicher Perspektive ist der Unterschied zwischen Beseitigung und Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs *nicht so klar*, wie es die elegante Formulierung vermuten lässt. Diese weckt die Vorstellung eines Spektrums, an dessen erstem Ende der gänzlich unbeeinträchtigte Wettbewerb und am anderen Ende der völlig beseitigte Wettbewerb liegen. Die ökonomische Theorie und die wettbewerbsrechtliche Praxis haben gezeigt, dass sowohl der gänzlich unbeeinträchtigte Wettbewerb als der völlig beseitigte Wettbewerb selten vorkommen (N 338 ff.).[174] Tatsächlich liegt eher ein Kontinuum vor, das von sehr leichten bis zu sehr schweren Beeinträchtigungen reicht, die einer Rechtfertigung immer weniger zugänglich sind.[175]

2. Eliminierung von Wettbewerbsparametern

152 Sowohl bei der Beseitigung als auch der Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs geht es um die Eliminierung oder Beschränkung von Wettbewerbsparametern. Dies setzt die Beschränkung des Austausches von Produkten oder Dienstleistungen durch Abreden oder abgestimmte Verhaltensweisen auf einem relevanten Markt voraus. Die Abreden oder abgestimmten Verhaltensweisen müssen *geeignet* sein, den wirksamen Wettbewerb zu beeinträchtigen (was bei den Vermutungstatbeständen von Abs. 3 und 4 regelmässig der Fall ist) oder diesen tatsächlich beeinträchtigen (was sich bei den übrigen Sachverhalten aus einer Gesamtbetrachtung ergibt).[176]

a) Austausch von Produkten oder Dienstleistungen

153 Beeinträchtigungen des Wettbewerbs müssen somit in erster Linie auf einem «Markt» erfolgen. Der Markt ist das Umfeld, in welchem Unternehmen Güter oder Dienstleistungen herstellen oder verteilen und gegen eine Leistung des Empfängers austauschen. Diese Güter und Dienstleistungen werden als *Individualgüter* bezeichnet.[177] Sie sind einer ausschliesslichen Nutzung zugänglich, indem sie jenen Personen zugeteilt werden (können), die ihre Berechtigung daran durch das Erbringen einer Gegenleistung erwerben. Wesentlich ist die generelle Marktfähigkeit der Güter und Dienstleistungen. Sie müssen gegen Geld oder geldwerte Leistungen ausgetauscht werden können zwischen Personen, welche die Wahl haben, mehr oder weniger

174 Vgl. vorne N 101 sowie hinten N 285 ff. und 338 ff.

175 So auch BSK KG-Krauskopf/Schaller Art. 5 N 18 ff.

176 Die Frage der Beziehung zwischen Abrede (oder abgestimmter Verhaltensweise) und der tatsächlichen (oder potenziellen) Beeinträchtigung gab Anlass zu einer Diskussion über das Auseinanderhalten dieser Frage und der Erheblichkeit (Heinemann, Jusletter vom 29. Juni 2015; für eine Zusammenfassung dieser Diskussion siehe DIKE KG-Zirlick/Bangerter, Art. 5 N 135 ff., 144; CR Concurrence-Amstutz/Carron/Reinert, Art. 5 N 118 ff.). In der Praxis fällt beides weitgehend zusammen, und seit dem *Gaba*-Entscheid geht die Frage endgültig in der Beurteilung der Erheblichkeit auf (hinten N 338–341), obwohl das BGer sie selbst aufrechtzuerhalten scheint (BGE 143 III 287 E. 5.4; *Gaba*).

177 Vgl. Mancur, 14 f., 96; Samuelson/Nordhaus, 311 f.

Güter gegen einen mehr oder weniger grossen Gegenwert auszutauschen. Der Markt kann somit definiert werden als das institutionelle Umfeld des Austausches von marktfähigen Gütern.

154 Die Umschreibung schliesst die nicht marktfähigen Güter, die sog. *Kollektivgüter* aus. Diese sind unteilbar und kommen, einmal hergestellt, automatisch allen zugute. Kollektivgüter bestehen aus tatsächlichen oder aus rechtlichen Gründen. Im ersteren Fall sind es «natürliche» Kollektivgüter (z.B. Verteidigung, Sicherheit), im letzteren gewollte, sog. «meritorische» Güter (z.B. Sozialversicherungen).[178] In beiden Fällen können sie nicht auf dem Markt «ausgetauscht» werden. Ihre Bereitstellung bildet vielmehr eine Staatsaufgabe und erfolgt über das Steuersystem. Das Wettbewerbsrecht kann mangels Vorliegens eines Marktes nicht zur Anwendung gelangen (Art. 3 Abs. 1).[179]

b) Abreden

155 Auf dem Markt erfolgen die Austausche aufgrund von Transaktionen, deren Bedingungen das Resultat von Wettbewerb sind. Das Funktionieren des Wettbewerbs wird gestört, wenn die für die Bildung der Austauschverhältnisse massgebenden Wettbewerbsparameter durch Abreden beeinflusst werden. Dies verweist zurück auf den Begriff der Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 (N 12 ff.). *Zusammengefasst* sind die folgenden zwei Elemente wesentlich:

156 – Die Beeinflussung des Wettbewerbs liegt darin, dass die an der Abrede beteiligten Unternehmen auf ihre *(rechtliche)* Freiheit zur Festlegung der Wettbewerbsparameter verzichten oder diese Freiheit gegenseitig nicht ausüben. Durch diesen Verzicht werden einzelne oder mehrere Wettbewerbsparameter ganz oder teilweise eliminiert; der Wettbewerb wird entsprechend beeinflusst und u.U. beeinträchtigt oder ausgeschaltet.

157 – Die Beeinflussung erfolgt durch eine «Abrede». Unter «Abreden» sind rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen i.S.v. Art. 4 Abs. 1 zu verstehen. Wesentlich ist der äusserliche und planmässige – der *nicht* marktgesteuerte – Eingriff.

c) Relevanter Markt

158 Die Beeinflussung des Marktes erfolgt nach der gesetzlichen Umschreibung von Art. 5 Abs. 1 «auf einem Markt für bestimmte Waren und Dienstleistungen».

aa) Begriff

159 Die Beeinflussung des Wettbewerbs wird zu einer unzulässigen Beeinträchtigung, wenn sie für den infrage stehenden Markt relevant ist. Ob dies zutrifft, hängt von der relativen Bedeutung der Beeinflussung in Bezug auf den infrage stehenden Markt ab. Eine gegebene Beeinflussung ist umso gewichtiger, je kleiner der Markt ist; um-

178 Zu dieser Unterscheidung: Stoffel, ZSR 2022, 267, 276 ff. Ebenso Frey, 226 ff.; Hill, 256.
179 Stoffel, Wettbewerbsrecht, 10.

gekehrt nimmt die Bedeutung der Beeinflussung mit zunehmender Grösse des Marktes ab. Am Anfang steht daher auch im Abrederecht, zum Mindesten theoretisch,[180] die Umschreibung des Marktes und seine Abgrenzung.

Ein Markt ist nie als solcher gegeben. Jeder Markt besteht für «bestimmte Waren und Dienstleistungen». Er ist im Hinblick auf die fraglichen Güter «relevant». Mit dem Begriff «relevant» wird zum Ausdruck gebracht, dass die Abrede den Markt in jenem Umfang betrifft, auf welchen es in einem gegebenen *Zusammenhang* ankommt. Die Umschreibung des relevanten Marktes ist mithin eine Frage des Standpunktes, und der Standpunkt wird von der betroffenen («bestimmten») Ware oder Dienstleistung determiniert.[181] Man unterscheidet zwischen einem sachlichen und einem räumlichen Abgrenzungskriterium. 160

bb) Sachlich relevanter Markt

Im Allgemeinen: Der sachlich relevante Markt ist der Markt, in welchem das fragliche Produkt oder die fragliche Dienstleistung («Sache») gehandelt wird. In erster Linie hängt der relevante Markt von den Eigenheiten der betroffenen Ware oder Dienstleistung ab. Der sachlich relevante Markt umfasst jene Produkte, welche für den Nachfrager dieselbe Funktion erfüllen und somit *austauschbar* («substituierbar») sind. 161

Äpfel und Orangen können für den Konsumenten als Früchte weitgehend dieselben *Bedürfnisse* befriedigen. Eine Preiserhöhung bei Äpfeln führt daher zu einem «Umsteigen» auf Orangen, und umgekehrt. Bananen dienen dagegen der Befriedigung spezifischer Bedürfnisse, v.a. bei älteren Menschen und bei Kleinkindern; für diese Bedürfnisse können Äpfel und Orangen kein Substitut darstellen. Der Markt für Bananen wurde daher im «Chiquita»-Entscheid als der sachlich relevante Markt erachtet.[182] Unter Umständen können auch *rechtliche* Gegebenheiten die Substituierbarkeit einschränken. Wegen der bestehenden Bauvorschriften und des hohen Anteils an bereits verkabelten Mietwohnungen wurde im Massnahmeverfahren gegen Cablecom angenommen, das Kabelnetz und Satellitenempfang zum Zeitpunkt des Massnahmeentscheides nicht austauschbar waren.[183] Eine detaillierte Analyse der Substituierbarkeit der verschiedenen Produkte, welche insgesamt den «Markt für Wettervorhersagemodelle» bildeten, findet sich in der (auf Art. 7 gegründeten) Untersuchung zur SMA.[184] 162

Das ausschlaggebende Kriterium für die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes ist somit die *Substituierbarkeit* des Produktes, und diese wiederum hängt vom *Verwendungszweck* ab, welchen das Produkt für die sog. Marktgegenseite hat. In den meisten Fällen bilden die Konsumenten als Nachfrager die Marktgegenseite, meistens direkt, ausnahmsweise auch indirekt über den Markt der *Retailer*, der an sich die direkte 163

180 «Zum Mindesten theoretisch», weil dieser Schritt in Abrederecht oft nicht nötig ist (vg. hinten N 175 ff.).

181 Vgl. allgemein SCHMIDHAUSER, in: Homburger et al., Art. 4 N 3 ff.; SCHÜRMANN/SCHLUEP, 254 ff.

182 EuGH v. 14. Februar 1978, Rs 27/72 (United Brands Company und United Brands Continental BV c. Kommission), Slg. 1978, 207 ff. Rz 35; der Fall ist einsichtig, auch wenn er heute nicht mehr so begründet würde, sondern mit moderneren Instrumenten wie dem sog. SSNIP-Test (siehe dort).

183 Teleclub AG c. Cablecom Holding AG, RPW 1999, 210 f. Ziff. 19, 21 und 28.

184 Schweizerische Meteorologische Anstalt (SMA), RPW 1999, 415 Ziff. 33 ff.

Marktgegenseite bildet, der aber von den Interessen der Endkonsumenten gesteuert wird.[185] Auch andere Nachfrager als Konsumenten sowie die Anbieter können Marktgegenseite sein. Man darf davon ausgehen, dass die Marktgegenseite unter den verschiedenen Produkten, welche für sie denselben Verwendungszweck erfüllen, dasjenige mit dem günstigsten Preis wählen wird. Die Nachfrage substituierbarer Produkte ist daher abhängig von ihrem Preis: Je schneller die Nachfrage auf Veränderungen des Preises reagiert, um so substituierbarer sind die Produkte. Eine grosse «Preiselastizität» weist auf hohe Substituierbarkeit hin, und umgekehrt. Bei homogenen Produkten (z.B. Benzin) ist die Preiselastizität hoch, bei nicht homogenen Produkten oder Dienstleistungen (z.B. ärztliche Pflege) ist sie niedrig. Die Analyse wird oft zusätzlich kompliziert, weil der Verwendungszweck selbst auch vom Preis abhängt. Autos sind immer Transportmittel, aber ein Rolls Royce und ein VW Golf bilden keine Substitute.

164 Die Substituierbarkeit stellt aus diesem Grund *keine* objektive Grösse dar, die ein für alle Mal «festgestellt» werden kann. Sie hängt vielmehr von der Preisinelastizität ab, welche die Wettbewerbsbehörde noch als zumutbar beurteilt. Ausnahmsweise kann jedoch ein definitiv umgrenzter Markt vorliegen, insbesondere bei einem rechtlich definierten relevanten Markt, wie beispielsweise dem *Kaminfegerwesen*, wie es in den kantonalen Feuerschutzgesetzen vorgesehen ist.[186]

165 Die *Kasuistik* der Anwendungsfälle ist relativ reichhaltig (vgl. hinten N 171 ff., 175 ff.), obwohl die Frage selten ausschlaggebend war. Eine Ausnahme bildete der ASCOPA-Fall, bei welchem es wesentlich war, dass der relevante Markt, in welchem der Informationsaustausch stattfand, nur der Luxusmarkt war und nicht auch den Massenmarkt umfasste.[187] Zur Praxis von WEKO und Sekretariat zu den *Abreden*[188] sei auf die Kommentarliteratur verwiesen.[189]

cc) Räumlich relevanter Markt

166 *Im Allgemeinen*: Der räumlich relevante Markt wird bestimmt durch die geografische *Ausdehnung des Raumes*, innerhalb welchem die Austausche für das sachlich relevante Produkt stattfinden können. Der räumlich relevante Markt für Bäckereiprodukte des täglichen Bedarfes ist i.d.R. die Ortschaft der Nachfrager, u.U. sogar das

185 Entscheid der WEKO vom 31. Oktober 2011 (ASCOPA), RPW 2011/4 529 ff. und Urteil des BVerwGer vom 12. Dezember 2022 (noch nicht veröffentlicht und noch nicht rechtskräftig), E. 5.3.5.: Die Marktabgrenzung wurde nicht ausschliesslich aus Sicht der Endkonsumentinnen und -konsumenten, sondern auch aus der Sicht der Retailer vorgenommen. Vgl. zum Fall näher vorne N 75 ff. und hinten N 179, 192, 240, 278.

186 Kontrolle und Reinigung der Feuerungsanlagen und Meldung allfälliger Mängel an die zuständige Behörde: Kaminfegerwesen im Kanton Zug, RPW 1997, 476 Ziff. 18 f.

187 Entscheid WEKO vom 31. Oktober 2011 (ASCOPA), RPW 2011/4 529 ff. und Urteil des BVerwGer vom 12. Dezember 2022 (noch nicht veröffentlicht und noch nicht rechtskräftig), hinten N 179, 192, 240, 294.

188 Zur (eingeschränkten) Bedeutung der Analyse des relevanten Marktes beim Recht der Abreden siehe sogleich N 175 ff.

189 DIKE KG-Zirlick/Bangerter, Art. 5 N 59–86; auch BSK KG-Krauskopf/Schaller Art. 5 N 99 ff und Stoffel, Vorauflage, 85 ff. Zahlreiche weitere Beispiele finden sich selbstredend in der Praxis zu Art. 7.

suivi, en 2014, de la Directive 2014/104/UE[6]. Cette directive a imposé aux Etats membres certaines règles destinées à faciliter l'introduction de demandes civiles visant à obtenir la pleine réparation du dommage causé par une pratique anticoncurrentielle: production de preuves, effet liant des décisions des autorités de la concurrence nationales dans le procès civil, règles sur la prescription, sur la solidarité des entreprises concernées et sur l'évaluation du dommage, possibilité pour le défendeur de faire valoir la répercussion des surcoûts *(passing-on defence)* combinée à la qualité pour agir des clients indirects qui bénéficient d'un allègement de la preuve pour établir le transfert du dommage.

II. Les délimitations

Les règles du droit privé de la concurrence doivent être distinguées de *trois autres types de dispositions.* 6

1. Par rapport aux règles du droit administratif

En soi, l'opposition entre droit privé et droit administratif est évidente. Elle découle déjà de la construction légale qui consacre, après les dispositions générales (art. 1 ss LCart) et de droit matériel (art. 5 ss LCart), un chapitre complet aux procédures administratives (chapitre 4, art. 18 ss LCart), menées principalement par la COMCO et son Secrétariat, et un autre aux procédures civiles (chapitre 3, art. 12 ss LCart). En réalité, la délimitation repose *sur deux critères*: 7

- Le premier est *d'ordre formel*. Les règles administratives régissent la procédure menée devant la COMCO et son Secrétariat. La procédure civile est ouverte nécessairement devant des juridictions civiles (ou arbitrales). Contrairement à l'avis d'une partie des auteurs[7], nous sommes d'avis qu'une décision administrative en force ne lie pas les tribunaux civils[8], même si une telle réglementation pourrait faire sens *de lege ferenda*[9].
- Le second critère est *d'ordre matériel*. En appliquant les règles administratives, la COMCO poursuit avant tout des objectifs d'intérêt général, alors que les particuliers qui saisissent un juge civil entendent en principe défendre uniquement leurs propres intérêts, même si leur action peut avoir indirectement un effet préventif bénéfique pour la collectivité. Cela a pour conséquence que la COMCO se concentre, ne serait-ce qu'en vertu du principe d'opportunité régissant l'activité administrative, sur les affaires présentant une importance socio-économique et pertinente

6 Directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014, relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des Etats membre et de l'Union européenne.

7 Bürgi, 249 ss; Hangartner, PJA 2006, 49 s.; CR Concurrence-Reymond, Rem. art. 12 ss LCart N 45; Rüetschi, sic! 2008, 871.

8 BSK KG-Jacobs/Giger, Vor Art. 12–15 N 21 ss; SHK KG-Hahn, art. 12 N 7; Heinemann, Privatrechtliche Durchsetzung, 109; Lang, 208 s.; Spitz, RSDA 2005, 126.

9 BSK KG-Jacobs/Giger, Vor Art. 12–15 N 21 ss; SHK KG-Hahn, art. 12 N 7; Heinemann, Privatrechtliche Durchsetzung, 109; Lang, 208 s.; Spitz, RSDA 2005, 126. D'un autre avis, Bürgi, 249 ss; Hangartner, PJA 2006, 49 s.; CR Concurrence-Reymond, Rem. art. 12 ss LCart N 45; Rüetschi, sic! 2008, 871.

pour la protection de l'institution de la concurrence, en laissant aux tribunaux civils le soin de résoudre les litiges impliquant la protection d'intérêts individuels[10].

8 Il y a néanmoins *d'étroites relations* entre les deux procédures:
- *En vertu de la loi* déjà, et en application de l'art. 15 LCart (*infra* N 442 ss), les tribunaux civils doivent transmettre les dossiers qui leur sont soumis pour avis à la COMCO. Par là s'établit un lien nécessaire entre les deux procédures: une phase administrative s'insère dans la phase civile.
- *En pratique*, la frontière entre intérêts publics et privés est fluctuante et souvent difficile à établir dans une situation concrète[11]. Dès lors, rien ne s'oppose à ce que les deux autorités introduisent des procédures parallèles à propos des mêmes restrictions, concurremment, simultanément ou subséquemment. La COMCO peut se saisir d'un cas qui fait déjà l'objet d'une procédure civile; inversement, un particulier peut décider d'ouvrir action en dépit du fait qu'une procédure administrative est en cours. En soi, l'autorité judiciaire civile ne peut pas refuser d'entrer en matière, car il ne s'agit pas de la même procédure, ce qui exclut l'exception de litispendance. La solution peut avoir en particulier un intérêt si celui qui agit entend requérir des mesures provisionnelles fondées sur les art. 261 ss CPC (*infra* N 370 ss). Il est vrai que le juge civil peut décider de suspendre la procédure principale jusqu'à droit connu dans la procédure administrative. En dépit du fait qu'une décision administrative en force ne le lie pas[12], cela n'empêche pas qu'elle aura des répercussions pratiques importantes dans une procédure civile portant sur les mêmes faits. Si la COMCO a constaté l'illicéité d'un comportement, rares sont les circonstances qui permettraient au tribunal civil de parvenir à une conclusion différente[13].

2. Par rapport aux règles du droit privé commun

9 Les principes figurant dans le droit privé de la concurrence doivent s'intégrer dans le système général du droit commun. Selon la conception ici défendue, les deux dispositions contenant des normes matérielles, les art. 12 et 13 LCart, ne constituent en principe que des *applications particulières* de principes que l'on pourrait dégager des règles ordinaires du droit civil, qu'elles relèvent du droit des contrats, du droit de la personnalité ou du droit de la responsabilité civile[14]. Il s'agit néanmoins d'applications concrètes, qui explicitent ces principes généraux. Nous reprendrons le débat plus loin (*infra* N 67 ss).

10 Cf. ATF 130 II 521, c. 2.9; ATF 130 II 149, c. 2.4; Commission de recours, décision du 6 novembre 1997, in: DPC 1997/4, 602 ss, 607. Eg. BSK KG-Jacobs/Giger, Vor Art. 12–15 N 17 ss.

11 Hangartner, PJA 2006, 44; Schaub, Jusletter v. 10.9.2007, N 43 ss.

12 BSK KG-Jacobs/Giger, Vor Art. 12–15 N 23; Lang, 208 s.; Spitz, RSDA 2005, 126. *Contra*: Hangartner, AJP 2006, 49 s.; CR Concurrence-Reymond, Rem. art. 12 ss LCart N 44 s.; Rüetschi, sic! 2008, 871.

13 BSK KG-Jacobs/Giger, Vor Art. 12–15 N 24; Spitz, RSDA 2005, 126. Eg. SHK KG-Hahn, art. 12 N 7, qui va même plus loin.

14 Cf. toutefois l'art. 13 let. a LCart qui permet au juge de déclarer certains contrats nuls qui ne le seraient pas forcément sur la base des art. 19 s. CO (*infra* N 237 ss).

3. Par rapport aux règles de procédure civile

La LCart contenait à l'origine un certain nombre de règles de procédure civile (anciens art. 14, 16 et 17 LCart). Le CPC, entré en vigueur au 1er janvier 2011, régit désormais toutes les actions du doit privé, y compris celles découlant de la LCart. Cela a entraîné l'abrogation des dispositions suivantes: 10

- L'ancien *art. 14 LCart*, qui imposait aux cantons un seul degré de juridiction cantonal, a été remplacé par les art. 5 al. 1 let. b et 9 ss CPC. L'adoption du CPC a supprimé, au moins partiellement, le risque de conflit de compétence selon que le demandeur ouvre une action fondée sur le droit commun – droit de la personnalité ou de la responsabilité civile – ou sur le droit spécifique de la concurrence. Nous approfondirons la question de la compétence à raison de la matière plus loin (*infra* N 150 ss).
- L'ancien *art. 16 LCart*, qui concernait la sauvegarde de secrets d'affaires, a disparu au profit de l'art. 156 CPC, qui traite de la question plus large de la sauvegarde d'intérêts dignes de protection des parties ou de tiers, notamment des secrets d'affaires. Nous reprendrons cette question plus loin (*infra* N 522 s.).
- L'ancien *art. 17 LCart*, qui portait sur les mesures provisionnelles, est devenu superflu, vu le régime général prévu par les art. 261 ss CPC, dispositions qui règlent cette question uniformément pour tout le droit privé. Nous approfondirons également ce thème plus loin (*infra* N 370 ss).

III. L'objectif et le plan

L'objectif de cette contribution n'est pas de traiter exhaustivement l'ensemble des questions liées au droit privé de la concurrence; il faudrait pour cela plus de place. Dans sa concision, la loi laisse une série de questions indécises et, même après 25 ans de LCart, on ne peut pas encore compter sur une jurisprudence suffisamment fiable et détaillée. En l'état, il est néanmoins possible de rappeler le système et les choix clairs du législateur, de les éclairer au moyen des contributions scientifiques et des décisions judiciaires publiées, d'expliquer les controverses ayant cours en doctrine et de présenter, pour chacune d'elles, la solution qui nous paraît la plus convaincante. 11

On procédera *en trois temps*: 12

- Il est nécessaire de situer d'abord les règles en décrivant leurs fondements (chapitre 2);
- on pourra ensuite analyser les prétentions civiles prévues par la LCart (chapitre 3);
- on poursuivra en discutant quelques questions spécifiques de droit matériel (chapitre 4) et de droit procédural (chapitre 5), avant de conclure (chapitre 6).

Chapitre 2: Les fondements

13 Puisqu'il s'agit d'un régime spécial, il est indispensable de commencer par en décrire les sources (I.), de déterminer leur champ d'application (II.) ainsi que les principes de base sur lesquels elles reposent (III.).

I. Les sources[15]

1. L'origine des règles

a) Avant 1962 ou la naissance d'un droit matériel

14 Jusqu'en 1962, date de l'adoption de la (première) loi sur les cartels, le droit privé suisse ne luttait pas spécifiquement contre les entraves à la concurrence. Ceux qui se prétendaient lésés par de telles restrictions n'étaient pourtant pas dénués de protection. En l'absence d'une loi formelle propre, les tribunaux avaient en effet développé une abondante jurisprudence en recourant aux règles du droit privé, avant tout à celles destinées à protéger la personnalité.

15 Le fondement d'une telle protection est la *liberté économique*, soit le droit de pouvoir exercer librement une activité professionnelle ou économique. Sous réserve d'une garantie institutionnelle, seule cette liberté permet en effet à chaque individu qui désire accéder à un marché de ne pas être entravé par les restrictions injustifiées que d'autres y apportent. Or, il est traditionnellement admis que la liberté économique fait partie des droits de la personnalité[16]. Et quiconque participe à un marché peut en revendiquer le respect[17].

---

15 Frehner, 74 ss; BSK KG-Jacobs/Giger, Vor Art. 12–15 N 1 ss; DIKE KG-Kley, Vor Art. 1 N 1 ss et 26 ss; Schmidhauser, in: Homburger et al., Intr. N 27; CR Concurrence-Martenet/Tercier, Introduction générale, N 68 ss; Tercier, SAS 1986, 112 s.; Tercier, Personnalité, 71 s.; Walter, in: Homburger et al., Vor Art. 12 à 17 N 1 ss.

16 Bucher, N 478 s.; Frehner, 75; DIKE KG-Kley, Vor Art. 1 N 31 ss; Tercier, Personnalité, 71 s.; CR Concurrence-Martenet/Tercier, Introduction générale, N 71 ss.

17 ATF 104 II 6, c. 2; ATF 102 II 211, c. 6, JdT 1977 I 126, SJ 1977 449; ATF 91 II 25, c. 4c, JdT 1965 I 546, SJ 1965 497; ATF 90 II 501, c. 6, JdT 1965 I 369, SJ 1965 446; ATF 87 II 143, c. 5, JdT 1962 I 242; ATF 86 II 365, c. 4, JdT 1961 I 164, SJ 1961 314; ATF 86 II 201, c. 2, JdT 1961 I 182, SJ 1961 212; ATF 85 II 525, c. 12, JdT 1960 I 538; ATF 85 II 489, c. 3 à 6, JdT 1960 I 265; ATF 82 II 308, c. 2, JdT 1957 I 213; ATF 82 II 292, c. 3, JdT 1957 I 202, SJ 1957 86; ATF 81 II 117, c. 2 à 5, JdT 1955 I 550; ATF 76 II 281, c. 3 à 6, JdT 1951 I 226; ATF 75 II 308, c. 4, JdT 1950 I 162; ATF 74 II 158, c. 3 à 5, JdT 1949 I 301; ATF 73 II 65, c. 4 à 7, JdT 1948 I 11; ATF 69 II 80, c. 4, JdT 1943 I 508; ATF 62 II 276, c. l; ATF 62 II 97 c. 4; ATF 61 II 250, c. 1; ATF 58 II 219, c. 2; ATF 57 II 481, c. 3; ATF 57 II 334, c. 3; ATF 57 II 263, c. 3 à 5; ATF 56 II 43,1 c. 1 et 3; ATF 51 II 525, c. 4 à 6; ATF 48 II 324, c. 1 à 2; ATF 44 II 4, c. 1 à 2; ATF 41 II 443, c. 4; ATF 41 II 506, c. 2; ATF 40 II 617, c. 2; ATF 37 II 380; ATF 36 II 557, c. 4; ATF 34 II 246. c. 4; ATF 33 II 106, c. 6; ATF 32 II 360; ATF 31 II 896, c. 4; ATF 30 II 271, c. 4 à 7; ATF 29 II 114, c. 6; ATF 25 II 875, c. 2; ATF 22 I 175, c. 6. Eg. TF, arrêt du 29 août 2011, 2C_116/2011, c. 7.1; TF, arrêt du 24 juillet 2000, 4C.195/1999, c. 2. Eg. CR Cst.-Martenet, art. 27 N 69 ss; Meier, Droit des personnes, N 651 ss.

La démarche adoptée par les tribunaux était dès lors limitée et volontairement privée, car elle visait exclusivement les individus qui participent au marché: commerçants et entrepreneurs, ce qui n'excluait pas qu'elle puisse avoir indirectement des effets bénéfiques pour des tiers. 16

La protection s'est alors exercée dans *deux directions principales*[18]. 17

aa) La protection externe

Selon cette formule, l'ordre juridique doit d'abord intervenir à l'encontre de *toutes les atteintes qu'un individu peut subir dans l'exercice de son activité du fait de tiers*: mesures d'exclusion, en particulier boycott, interdiction d'entrer dans un cartel, fourniture de services à des conditions particulièrement discriminatoires, etc. 18

Selon la jurisprudence, ce type de protection reposait essentiellement *sur deux dispositions*: 19

- *L'art. 28 al. 1* CC (dans sa version de 1907). Cet article prévoyait que «[c]elui qui subit une atteinte illicite dans ses intérêts personnels peut demander au juge de la faire cesser». Or, cette disposition, aujourd'hui comme alors, garantit à toute personne physique ou morale, au nombre de ses intérêts personnels, le droit d'exercer une activité économique dans des conditions acceptables. C'est sur ce fondement que peut s'appuyer le juge pour intervenir *en prévention* ou *en cessation* de l'atteinte[19].
- *L'art. 41 CO* (dans la version toujours en vigueur). Cette disposition oblige celui qui cause un dommage à autrui par un acte illicite ou un fait contraire aux mœurs à le réparer s'il est établi qu'il a commis une faute. Or, les tribunaux ont toujours tenu l'atteinte au droit d'exercer une activité économique pour la violation d'un droit absolu, partant, pour un acte illicite. Le point de départ de la jurisprudence sur le boycott était ainsi le même que celui qui fondait les interventions fondées sur l'art. 28 CC. En revanche, l'art. 41 CO permettait en plus d'obtenir la réparation du dommage, voire du tort moral (cf. art. 49 CO), qui en résultaient[20].

bb) La protection interne

Selon cette formule, l'ordre juridique doit ensuite protéger l'individu contre les *engagements excessifs qu'il a souscrits, de son plein gré ou sous la pression de ses cocontractants.* Si la loi protégeait l'intégrité du consentement d'une personne par une série de règles d'application générale (vices de forme, art. 11 ss CO, vices de consentement, art. 23 ss CO, voire lésion, art. 21 CO), il n'existait aucune disposition légale permet- 20

18 La *terminologie* de cette distinction fut inaugurée par Tuor; cf. Tuor et al., 90.

19 ATF 86 II 365, c. 4, JdT 1961 I 164; ATF 85 II 489, c. 4, JdT 1960 I 322; ATF 82 II 292, c. 3, JdT 1957 I 202; ATF 76 II 281, c. 3 à 5, JdT 1951 I 226; ATF 22 I 175. On souligne d'emblée que la terminologie de l'art. 12 LCart est ambiguë dans la mesure où l'action en cessation de l'atteinte du droit de la personnalité s'appelle action en suppression de l'atteinte dans la LCart (*infra* N 211 ss) et où l'action en prévention de l'atteinte du droit de la personnalité s'intitule action en cessation de l'atteinte dans la LCart (cf. *infra* N 218 ss).

20 ATF 86 II 365, c. 5, JdT 1961 I 164, SJ 1961 314; ATF 85 II 489, c. 3 à 6, JdT 1960 I 265; ATF 82 II 292, c. 3, JdT 1957 I 202, SJ 1957 86; ATF 76 II 281, c. 7, JdT 1951 I 226.

tant de fonder une intervention directe du juge au nom de l'économie de marché ou de la protection du consommateur. Cela n'interdisait pas aux juges d'intervenir sur le fondement de *deux dispositions générales*:

– *Art. 19 et 20* CO[21]. Le principe de la liberté contractuelle ne vaut que «[...] dans les limites de la loi» (cf. art. 19 al. 1 CO). Corollairement, le CO frappe de nullité les clauses qui ont pour objet une «[...] chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs» (cf. art. 20 al. 1 CO). Il existe en effet certaines normes impératives et certains principes supérieurs qui l'emportent sur l'autonomie privée (cf. art. 19 al. 2 CO). Or, il est possible que des engagements entravant la concurrence puissent précisément violer ces principes.
– *Art. 27 al. 2* CC[22]. Cette disposition concrétise la référence de l'art. 19 al. 2 CO aux droits de la personnalité et interdit à une personne d'aliéner sa liberté ou de «[...] s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois ou aux mœurs». Or, la liberté d'un individu a une composante économique qui se traduit par le pouvoir de conclure avec autrui des actes juridiques créant des droits et obligations. Chaque personne peut également limiter sa liberté économique, mais pour autant seulement que cet engagement ne constitue pas une atteinte excessive (cf. art. 27 al. 2 CC). Dès lors, personne ne doit pouvoir se lier par un contrat (en soi librement conclu) qui le priverait de manière excessive de sa liberté de décision. Il s'agit là d'une application concrète de principes classiques en droit des contrats[23].

21 Formellement, avant 1962, il n'y avait pas de droit privé de la concurrence; il n'empêche que les principes de base étaient posés, avant tout à l'encontre des cartels, qui ont représenté en Suisse la première manifestation tangible des entraves à la concurrence.

b) De 1962 à 1995 ou la naissance d'un droit formel

22 L'étape suivante a précisément consisté à formaliser ces principes dans une loi spéciale. Ce fut l'objet d'abord de la *loi de 1962*, puis de la *modification de 1985*.

aa) La loi de 1962

23 Dès 1947, grâce aux art. 31 ss aCst., la Confédération a bénéficié d'une véritable base constitutionnelle pour les domaines centraux de la politique économique[24]. En relation avec le droit spécifique de la concurrence, le texte le plus important était celui de

21 ATF 39 II 246, c. 3; ATF 37 II 205, c. 3; ATF 32 II 360, c. 3; ATF 31 II 896, c. 5; ATF 24 II 434, c. 3; ATF 22 183; ZR 1951 57; ZR 1936 72; ZR 1927 34; ZR 1903 6; RSJ 1940 288.

22 ATF 63 II 245, c. 2; ATF 62 II 97, c. 4; ATF 62 II 32, c. 5.

23 ATF 90 II 501, c. 6, JdT 1965 1 369, SJ 1965 446; ATF 81 II 117, c. 2 à 5, JdT 1955 I 550; ATF 73 II 73, c. 4 à 7, JdT 1948 I 11; ATF 54 II 160, c. 2; ATF 40 II 617, c. 2. Cf. ég. Zufferey-Werro, 125 ss.

24 RO 63 107; FF 937 II 829, 1942 481, 1944 154, 1945 I 877, 1947 III 179. Le texte de l'art. 31bis al. 3 let. d aCst. a été introduit dans la Constitution du 29 mai 1874 simultanément à la série d'articles dits «économiques». Au sortir de la crise des années trente et surtout de la Seconde Guerre mondiale, il s'agissait de donner les *fondements nouveaux* au régime constitutionnel économique de base et de *régénérer l'économie et la politique de concurrence* en Suisse.

rités administratives pour déterminer les parts de marché, les prix, les chiffres d'affaires, et les données relatives aux concurrents[459]. En principe, il devra produire une expertise privée ou requérir une expertise judiciaire (art. 183 ss CPC), afin de bénéficier des connaissances d'un tiers spécialiste pour établir le dommage[460].

287 Pour un spécialiste, il existe divers moyens de modéliser une situation de marché hypothétique[461], qui font notamment l'objet d'une présentation synthétique dans le guide pratique de 2013, rédigé par les services de la Commission européenne, qui accompagnait la proposition de directive devenue la Directive 2014/104/UE[462]. Un premier groupe d'instruments adaptés rassemble les méthodes dites «comparatives». On peut ainsi comparer un même marché dans le temps en se fondant sur la situation sur le même marché avant que l'infraction ne produise ses effets et/ou après leur disparition[463], ou en s'intéressant à la situation d'autres marchés – géographiques ou de produits voisins – non concernés par l'infraction pendant la période où celle-ci a entravé le demandeur[464]. On considère alors que les données observées constituent une indication de la situation qui aurait prévalu en l'absence d'infraction. Ces méthodes font l'objet d'améliorations, d'une part, au moyen de la méthode des doubles différences qui combine comparaison dans le temps et entre marchés[465] et, d'autre part, au moyen de techniques économétriques, telle que l'analyse de régression qui permet d'identifier si des facteurs observables autres que l'infraction ont contribué à l'écart de valeurs entre la variable d'intérêt observée sur le marché pertinent et sur le marché de comparaison[466].

288 Un second groupe de méthodes, dites non comparatives, permettent d'estimer un scénario contrefactuel hypothétique. Parmi celles-ci, on trouve d'abord l'utilisation de modèles économiques visant à simuler la situation qui aurait pu exister sur le marché touché par l'infraction en l'absence de celle-ci[467]. Les modèles économiques sont plutôt conçus pour rendre compte du comportement des entreprises sur les marchés oligopolistiques ou encore sur des marchés monopolistiques. Il y a également la méthode fondée sur les coûts[468], qui intègre les coûts effectifs de production du bien concerné et y ajoute une marge bénéficiaire raisonnable, ou enfin des méthodes financières qui se fondent sur les résultats financiers des parties au procès pour estimer le dommage[469].

289 On l'a déjà dit (*supra* N 286), la quantification du préjudice est par nature incertaine et imprécise; on doit se contenter d'estimations fondées sur des hypothèses et des approximations[470]. Vu que les litiges se caractérisent souvent par une asymétrie de l'in-

459 SHK KG-Hahn, art. 12 N 36; DIKE KG-Vetter, art. 12 N 50.
460 CR Concurrence-Reymond, art. 12 LCart N 85, qui cite notamment l'ATF 98 II 325, c. 4 et 5 (droit des brevets); DIKE KG-Vetter, art. 12 N 52.
461 Borer, Kommentar KG, art. 12 N 14; DIKE KG-Vetter, art. 12 N 50.
462 Cf. Commission EU, Guide pratique, N 26 ss.
463 Cf. Commission EU, Guide pratique, N 38 ss.
464 Cf. Commission EU, Guide pratique, N 49 ss et 54 ss.
465 Cf. Commission EU, Guide pratique, N 56 ss.
466 Cf. Commission EU, Guide pratique, N 69 ss.
467 Cf. Commission EU, Guide pratique, N 96 ss.
468 Commission EU, Guide pratique, N 106 ss; BSK KG-Jacobs/Giger, art. 12 N 64 s.
469 Commission EU, Guide pratique, N 114 ss.
470 Commission EU, Guide pratique, N 17.

formation entre les parties, le demandeur doit pouvoir avoir accès à des renseignements en main du défendeur, notamment des titres (art. 160 al. 1 let. b CPC), sans avoir à désigner des preuves de manière trop précise[471].

290 Afin de ne pas rendre l'exercice du droit à la réparation pratiquement impossible ni excessivement difficile, on peut appliquer la *règle de preuve de l'art. 42 al. 2 CO*. Elle permet au juge de déterminer équitablement le montant exact du dommage en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie qui a été lésée afin de faciliter l'établissement du dommage pour la personne lésée, dans la mesure où les preuves nécessaires font défaut ou leur administration ne peut être raisonnablement exigée du demandeur[472]. Cet allégement ne le dispense toutefois pas du devoir d'alléguer et de prouver tous les faits permettant de conclure à l'existence d'un dommage ou qui rendent possible ou facilitent son estimation[473].

291 En sus du préjudice lui-même, il convient de ne pas négliger les *intérêts* dus par le défendeur depuis que le demandeur a été privé d'une partie de son patrimoine en raison de comportement illicite. Les intérêts (compensatoires puis moratoires) font partie de la réparation intégrale du préjudice dans la mesure où ils compensent les effets négatifs résultant de l'écoulement du temps depuis la survenance du préjudice jusqu'à sa réparation[474].

bbb) La faute

292 Le demandeur est tenu de prouver l'existence d'une *faute*[475], celle-ci n'étant pas présumée[476]. La faute peut être *intentionnelle* ou relever de la simple *négligence*. Dans la première hypothèse, le dol éventuel suffit: l'auteur connaît les risques de dommage pour la victime, et s'en accommode. Cela ne signifie pas, en revanche, qu'il doive connaître le caractère illicite de son comportement[477]. Dans la seconde, le défendeur doit ne pas avoir examiné avec objectivité et prudence les circonstances qui lui auraient permis de s'abstenir de tout acte propre à entraîner un dommage au demandeur.

293 La référence est *objective*: on se fonde sur le comportement d'un acteur moyen qui se trouverait dans des circonstances semblables et dont on se demande s'il aurait reconnu que son comportement atteignait les intérêts de tiers en violation de la LCart[478]. Une erreur de droit ou de fait subjective du défendeur n'exclut en principe pas la faute. On pourrait à la rigueur admettre l'absence de faute si l'entreprise s'est

471 Sur l'art. 160 CPC, cf. CR CPC-Jeandin, art. 160 N 12 ss. Dans ce sens ég. Directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014 N 15 et art. 5.
472 Pour une décision rappelant le principe, ATF 122 III 219, c. 3a, JdT 1997 I 246.
473 ATF 143 III 297, c. 8.1. Eg. DIKE KG-Vetter, art. 12 N 51.
474 Commission EU, Guide pratique, N 20.
475 HGer AG, décision du 13 février 2003, *Allgemeines Bestattungsinstitut v. Kanton Aargau*, in: DPC 2003/2, 474 c. 9. Eg. SHK KG-Hahn, art. 12 N 42; Heinemann, Privatrechtliche Durchsetzung, 83; Hurni, 371; BSK KG-Jacobs/Giger, art. 12 N 81; CR Concurrence-Reymond, art. 12 LCart N 94 ss; Stöckli, 235 s.; Stoffel, Kartell-Zivilrecht, 113; DIKE KG-Vetter, art. 12 N 57. *Contra*: Frehner, 223, pour qui la réparation du dommage est indépendante de toute faute.
476 Hurni, 371; BSK KG-Jacobs/Giger, art. 12 N 81; CR Concurrence-Reymond, art. 12 LCart N 95.
477 Cf. ATF 91 II 25, c. 7, JdT 1965 I 546; DIKE KG-Vetter, art. 12 N 57.
478 BSK KG-Jacobs/Giger, art. 12 N 83.

fait conseiller par un expert et que la situation juridique est peu claire ou si elle a délimité un marché de manière erronée en dépit d'efforts soutenus[479].

294 Dans les affaires de droit privé de la concurrence, on admettra souvent une *faute intentionnelle*. Ce sera le cas dans les comportements relevant de l'art. 5 al. 3 et 4 LCart mais aussi pour l'abus de position dominante consistant dans un refus d'entretenir des relations commerciales (art. 7 al. 2 let. a LCart)[480]. Notons que la faute fait aussi l'objet de l'examen d'une sanction administrative selon l'art. 49a al. 1 LCart, de telle sorte qu'elle sera en principe admise si le défendeur a fait l'objet d'une amende[481].

295 Les personnes morales doivent se laisser imputer le comportement de leurs *organes* (art. 55 al. 2 CC et les dispositions pertinentes du CO, p.ex. art. 722 CO pour la SA)[482]. En outre, la responsabilité selon les art. 12 LCart et 41 ss CO n'exclut pas, même s'ils forment l'exception, les cas de *responsabilité causale*. On pense avant tout à l'art. 55 al. 1 CO[483] qui, sous réserve de l'existence d'une preuve libératoire[484], fait répondre l'employeur du dommage causé par ses travailleurs ou ses autres auxiliaires dans l'accomplissement de leur travail. Pour ce qui est de l'exigence de preuve, le demandeur sera tenu d'établir que l'auxiliaire s'est fait l'auteur d'un comportement illicite au sens de l'art. 12 al. 1 ou 3 LCart, qui se trouve dans un rapport causal avec le dommage subi (cf. art. 8 CC et art. 42 al. 1 CO). En revanche, on ne saurait se montrer trop sévère quant à la désignation du travailleur ou de l'auxiliaire à l'origine de l'entrave: il suffit au demandeur d'établir que la restriction illicite est imputable à une unité organisationnelle déterminée[485].

296 Si plusieurs personnes *causent ensemble un dommage*, c'est-à-dire avant tout lorsqu'elles agissent sur la base d'un contrat de société simple, elles répondent solidairement en vertu de l'art. 50 al. 1 CO, quel que soit le niveau de leur faute. Le demandeur pourra alors exiger de chaque associé ou de l'un d'eux l'exécution intégrale ou partielle de l'obligation (cf. art. 144 al. 1 CO)[486].

ccc) L'illicéité

297 Il faut ensuite que l'acte soit *illicite*. On peut se reporter à ce qui a été dit plus haut en relation avec l'art. 12 al. 1 et 3 LCart (*supra* N 182 ss et 193 ss). On soulignera deux points. Premièrement, l'illicéité se définit comme la transgression d'une défense de nuire à autrui sans motif justificatif[487]. Deuxièmement, nous considérons que les art. 5 et 7 LCart, au contraire de l'art. 12 LCart, ne constituent pas directement des

479 BSK KG-Jacobs/Giger, art. 12 N 82 s.; DIKE KG-Vetter, art. 12 N 58.
480 SHK KG-Hahn, art. 12 N 42; DIKE KG-Vetter, art. 12 N 60.
481 Spitz, RSDA 2005, 118; DIKE KG-Vetter, art. 12 N 60.
482 DIKE KG-Vetter, art. 12 N 59. Eg. Heinemann, Privatrechtliche Durchsetzung, 84 pour la société en commandite.
483 L'hypothèse visée par l'art. 55 al. 1 CO ne doit évidemment pas être confondue avec celle qu'appréhende l'art. 55 al. 2 CC, même si elles peuvent se recouper. La seconde suppose en effet, d'une part, la faute de l'organe; d'autre part, elle ne permet pas à la personne morale de rapporter des preuves libératoires, la faute de l'organe étant tenue pour le fait de celle-ci.
484 Sur cette *preuve libératoire*, cf. not. ATF 110 II 456, c. 3, JdT 1985 I 378.
485 Cf. Stöckli, 238.
486 CR Concurrence-Reymond, art. 12 LCart N 107; DIKE KG-Vetter, art. 12 N 61.
487 DIKE KG-Vetter, art. 12 N 43 s.

normes protectrices de comportement (*infra* N 338 ss), ce qui a pour conséquence que les consommateurs (qui ne tombent pas dans le champ d'application de l'art. 12 LCart) ne peuvent pas se prévaloir de l'art. 41 al. 1 CO pour obtenir la réparation du dommage qu'ils subissent du fait d'une restriction à la concurrence *infra* N 336 ss).

ddd) Le rapport de causalité

298 Le dommage doit être dans un *rapport de causalité* avec l'acte fondant la responsabilité de la personne recherchée, c'est-à-dire l'entrave découlant d'une restriction illicite à la concurrence. Ce rapport sera d'abord «naturel», en ce sens que le dommage ne se serait pas produit sans cette cause *(conditio sine qua non)*[488]. Ensuite, il sera «adéquat», en ce sens qu'il doit être suffisant, compte tenu des objectifs de politique de concurrence poursuivis par l'art. 12 LCart, pour justifier l'obligation faite au défendeur de réparer le dommage[489].

299 En pratique, la causalité n'est pas facile à établir dans une relation économique, dans la mesure où un préjudice peut dépendre de nombreux facteurs sur un marché qui ne tiennent pas tous à une entrave à la concurrence[490]. Par conséquent, il convient d'admettre que le degré de preuve pour la causalité naturelle est celui de la vraisemblance prépondérante[491].

bb) Les conséquences de l'action

300 Si ces conditions sont remplies, le demandeur dispose d'une créance en réparation du dommage. Or, le mode et l'étendue de celle-ci doivent être déterminés par le tribunal, en fonction des circonstances et de la gravité de la faute (cf. art. 43 al. 1 CO).

301 Pour ce qui est de *l'étendue* de la réparation, le tribunal appliquera les critères généraux qui ont cours en la matière. D'abord, il pourra tenir compte d'une éventuelle faute concomitante du demandeur. Ce sera notamment le cas si le demandeur est lui aussi partie à l'accord illicite selon l'art. 5 LCart. Ensuite, on aura soin d'imputer sur le dommage invoqué les éventuels avantages que le demandeur a pu retirer de l'entrave illicite à la concurrence, voire les impenses qu'il a pu épargner. Enfin, il faut rappeler que, conformément à l'art. 44 al. 1 CO, le demandeur a l'incombance de diminuer l'étendue de son préjudice[492]. C'est dire qu'en cas de refus d'entretenir des relations commerciales, il aura dû préalablement au moins avoir entrepris de s'approvisionner auprès de fournisseurs concurrents[493]. L'exigence n'est pas trop sévère, d'autant moins que le demandeur pourra «répercuter» sur son propre dommage une éventuelle perte

488 TF, arrêt du 23 mai 2013, 4A_449/2012, c. 10, in: DPC 2015/4, 896 ss, qui nie l'existence d'une causalité naturelle pour une partie du dommage. Eg. ATF 143 III 242, c. 3.7; ATF 133 III 462, c. 4.4.2. Müller, N 210; CR CO I-Werro/Perritaz, art. 41 N 37.

489 Sur la détermination du *rapport de causalité*, cf. not. ATF 143 III 242, c. 3.7; ATF 123 III 110, c. 2 et 3, JdT 1997 I 791.

490 Heinemann, Privatrechtliche Durchsetzung, 82.

491 ATF 133 III 153, c. 3.3; ATF 107 II 269, c. 1b, JdT 1981 I 446. Cf. ég. BSK KG-Jacobs/Giger, art. 12 N 80; DIKE KG-Vetter, art. 12 N 56.

492 SHK KG-Hahn, art. 12 N 41; DIKE KG-Vetter, art. 12 N 49.

493 Dans ce sens, CR Concurrence-Reymond, art. 13 LCart N 83; DIKE KG-Vetter, art. 12 N 49; Walter, in: Homburger et al., art. 12 N 77.

d'un bénéfice de revente si les prix du nouveau fournisseur sont plus élevés. En revanche, on ne peut pas exiger du demandeur qu'il se fournisse sur le marché gris ou qu'il tente par tous les moyens de répercuter l'augmentation de prix sur ses clients[494]. Si le demandeur ne respecte pas ses incombances, le tribunal peut réduire son indemnité dans la mesure équivalente[495].

302 Quant aux *modes* de réparation, on peut en distinguer deux:

– *La réparation pécuniaire*[496]. Ce mode de réparation est la règle, en droit privé en général, comme dans le domaine particulier du droit de la concurrence[497]. Il suppose également que le demandeur ait préalablement pris des conclusions chiffrées précises sur le montant des intérêts réclamés (y compris ceux dits «compensatoires», qui courent dès le moment où le dommage est intervenu jusqu'au jour du jugement)[498]. Le demandeur peut parfois avoir intérêt, voire être contraint (notamment lorsqu'il y va de la sauvegarde du délai de prescription), à ne pas immédiatement chiffrer son dommage et à attendre le terme de l'administration des preuves pour le faire[499]. Il agira alors par la voie d'une *action échelonnée*, qui réunira sa demande principale en réparation du dommage et celle – auxiliaire – en reddition des comptes[500].
– *La réparation en nature*[501]. La réparation en nature cherche à replacer la victime dans la situation qui aurait été la sienne sans l'entrave à la concurrence. Elle intervient principalement dans les situations où l'une des parties à un contrat refuse d'en poursuivre l'exécution; les résultats sont proches alors des actions en prévention ou en cessation du trouble. Du reste, il faut distinguer selon la qualité du défendeur. S'il est un *fournisseur* du créancier-demandeur, le juge peut le condamner à livrer ses produits. L'exécution en nature se fera selon les règles de procédure applicable (y compris l'art. 343 CPC), voire, s'il s'agit d'une obligation de faire, selon l'art. 98 al. 1 CO (exécution par substitution). S'il est en revanche un *preneur*, le juge peut le condamner à s'approvisionner auprès du demandeur. Il s'agit non d'une obligation, mais d'une incombance. C'est dire qu'en soi elle ne peut être exécutée de manière forcée, mais que son irrespect entraîne les conséquences de la demeure du créancier (cf. art. 91 ss CO). On peut aussi envisager une publication du jugement (*supra* N 233), dans un but de compensation du dommage[502].
  A noter qu'il ne faut pas confondre ce mode de réparation avec les cas dans lesquels le juge, en application notamment de l'art. 13 LCart, oblige le demandeur à un comportement déterminé (par exemple à conclure des contrats; *supra* N 253 ss). L'objectif qui est alors visé n'est pas réparateur, mais bien *préventif*, car il empêche la survenance d'un dommage futur éventuel.

494 DIKE KG-Vetter, art. 12 N 49; Walter, in: Homburger et al., art. 12 N 77.
495 DIKE KG-Vetter, art. 12 N 49 et réf.
496 Sur la réparation en *espèces*, cf. Stöckli, 246 ss; DIKE KG-Vetter, art. 12 N 53.
497 Cf. not. BK OR-Brehm, art. 43 N 5 s.
498 Sur *l'imputation* de ces intérêts sur le dommage et les éventuelles indemnités pour retard dans l'exécution de la prestation, cf. not. ATF 122 III 53, c. 4b et c, JdT 1996 I 590. Sur ces *intérêts indemnitaires* en général, cf., parmi d'autres auteurs, BK OR-Brehm, art. 41 N 97 ss.
499 Sur *l'absence de conclusions chiffrées* dans une action en dommages-intérêts selon l'art. 12 LCart, cf. not. Stöckli, 249 ss.
500 Sur *l'action échelonnée*, cf. not. ATF 123 III 140, c. 2, JdT 1998 I 22.
501 Sur la réparation en *nature*, cf. Stöckli, 247 s.; DIKE KG-Vetter, art. 12 N 53.
502 BSK KG-Jacobs/Giger, art. 12 N 87; DIKE KG-Vetter, art. 12 N 53.

Chapitre 6: La protection juridique

I. Le recours au Tribunal administratif fédéral

1. Introduction et droit applicable

a) Historique

210 Sous l'angle du droit de procédure, la révision de la LCart en 1995 avait pour ambition d'améliorer et d'optimiser les procédures[238]. Le législateur avait constaté dans le passé des difficultés dans l'application de la réglementation spéciale du droit des cartels en lien avec la loi sur la procédure administrative. Une des grandes lignes du projet présenté consistait non seulement en un renforcement institutionnel, par la création d'une Commission de la concurrence responsable de la procédure, mais aussi en une amélioration des procédures, en ce sens que la procédure d'enquête des autorités en matière de concurrence ne devait plus obéir à une réglementation spéciale (LCart) mais être déterminée par les règles générales de la procédure administrative, dans un but de renforcer la sécurité juridique[239].

211 Une des grandes nouveautés de la révision a été de conférer à la Commission de la concurrence un pouvoir décisionnel. Dans cette mesure, il convenait que les règles générales de la loi fédérale sur la procédure administrative s'appliquent à la procédure d'enquête. Ces modifications devaient permettre de garantir la transparence et l'efficacité du travail des autorités, tout en renforçant le droit des intéressés[240]. Dès l'origine, le projet de loi prévoyait que la PA serait applicable à la procédure devant les autorités en matière de concurrence, à l'exception de quelques aspects réglés plus spécifiquement dans la LCart et qui dérogeraient au système général de la PA.

212 Dès lors que les procédures en matière de droit des cartels, en particulier l'enquête, se soldent par des décisions administratives et sont soumises au champ d'application de la PA, il allait de soi qu'une protection juridique devait être assurée aux administrés. Le projet prévoyait que les décisions de la COMCO pouvaient faire l'objet d'un recours auprès d'une nouvelle Commission de recours pour les questions de concurrence. Il s'agissait d'une Commission fédérale de recours indépendante au sens des art. 71a à 71c PA. Elle disposait d'un plein pouvoir de cognition (art. 49 PA). Les décisions de cette Commission de recours pouvaient faire l'objet d'un recours de droit administratif au Tribunal fédéral en vertu de l'art. 98 let. e OJ[241]. Les règles générales de recours prévues par la PA s'appliquaient aux recours devant la Commission de re-

238 Message LCart, 490 s.
239 Message LCart, 495 ss.
240 Message LCart, 527.
241 Zurkinden/Trüeb, art. 44 N 2; Richli, in: SIWR V/2, 514.

cours, ainsi concernant les actes attaquables, la qualité pour recourir, les motifs de recours et toutes les règles dictant la procédure elle-même.

b) Le droit actuel

La réforme de l'organisation judiciaire fédérale entrée en vigueur le 1er janvier 2007 a entraîné la suppression des Commissions fédérales de recours, à la faveur de la création du Tribunal administratif fédéral. Dans le contexte de la réforme, l'art. 44 LCart a été abrogé[242]. 213

Depuis lors, la LCart ne prévoit aucune disposition spécifique relative aux recours. En vertu de l'art. 39 LCart, ce sont donc les règles générales de la PA qui ont vocation à s'appliquer. En vertu des art. 31 et 33 LTAF, le Tribunal administratif est compétent pour connaître des recours contre les décisions rendues par la COMCO et le Secrétariat de la Commission[243]. Les procédures de recours contre les décisions prises par la COMCO et le Secrétariat sont donc régies par LTAF et la PA (art. 37 LTAF). 214

2. Les actes attaquables

a) En général

L'art. 44 LCart précisait que les *décisions* de la COMCO ou de son Secrétariat pouvaient faire l'objet d'un recours. L'abrogation de cette disposition ne change rien: la protection juridique en droit public est fondée principalement sur le système du recours contre les décisions administratives. En vertu de l'art. 44 PA, les décisions sont sujettes à recours. 215

Cependant, tous les actes émis par la COMCO ou le Secrétariat ne constituent pas nécessairement des décisions administratives. Il convient donc d'examiner chaque acte à la lumière de la définition énoncée à l'art. 5 PA. La pratique et la jurisprudence ont eu l'occasion de préciser la qualification des différents actes de la COMCO et du Secrétariat. 216

b) Les décisions finales

Dans le contexte des enquêtes concernant des restrictions à la concurrence, la COMCO est amenée à rendre plusieurs types de décisions. Comme exposé plus haut (cf. ci-dessus chap. 2/II/6), la décision prise en vertu de l'art. 30 al. 1 LCart est une décision administrative au sens de l'art. 5 PA, tout comme la décision par laquelle la COMCO inflige une sanction en cas de restriction illicite à la concurrence au sens de l'art. 49a LCart. Quant à l'approbation d'un accord amiable passé entre le Secrétariat et les entreprises concernées (art. 29 al. 2 LCart), elle constitue une décision administrative au sens de l'art. 5 PA[244], tandis que l'accord lui-même est considéré comme un contrat de droit administratif, soumis à la condition suspensive de son approbation par la COMCO. 217

242 RO 2006 2197, 2238.
243 Art. 33 let. f LTAF; BSK KG-Hänni, Nach art. 43 N 5.
244 BSK KG-Hänni, Nach art. 43 N 8; cf. ci-dessus chap. 2/II/6.

218 Dans le cadre de l'examen des concentrations d'entreprises, l'interdiction pure et simple de la concentration d'entreprises constitue une décision administrative. De même, la décision par laquelle une telle concentration est autorisée avec des conditions ou des charges doit également être qualifiée de décision administrative (art. 10 al. 2 LCart)[245]. En revanche, l'autorisation d'une concentration d'entreprises, conçue comme une absence d'interdiction, ne prend pas la forme d'une décision administrative susceptible de recours[246]. Les actes que la COMCO peut entreprendre sur la base de l'art. 37 al. 3 et 4 LCart, qui visent au rétablissement d'une concurrence efficace dans le cas d'une concentration interdite mais tout de même réalisée, ou interdite après sa réalisation, sont des décisions administratives[247]. De même, la décision de la COMCO ou du Conseil fédéral de révoquer une autorisation est une décision administrative susceptible de recours (art. 38 LCart).

219 La liste n'est pas exhaustive. Tout acte de la COMCO ou du Secrétariat pris dans un cas d'espèce et ayant pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations est susceptible d'être qualifié de décision administrative selon l'art. 5 PA.

c) Les décisions incidentes

220 Les lois de procédure distinguent les décisions finales, qui mettent fin à la procédure et les décisions incidentes, qui portent sur des points de procédure et ne mettent pas fin à la procédure au fond. Elles prévoient en général la possibilité d'un recours séparé contre les décisions incidentes lorsque certaines conditions sont réunies. A défaut, les décisions incidentes doivent être attaquées avec la décision finale.

221 En vertu de l'art. 45 PA, les décisions incidentes qui sont notifiées séparément et qui portent sur la compétence ou sur une demande de récusation peuvent faire l'objet d'un recours séparé. Elles ne peuvent alors plus être attaquées ultérieurement. Les décisions de la COMCO ou d'une chambre de celle-ci portant sur des questions de récusation (art. 22 LCart) sont donc susceptibles d'un recours direct au sens de l'art. 45 PA[248].

222 D'autres décisions incidentes peuvent faire l'objet d'un recours, mais uniquement aux conditions prévues à l'art. 46 PA, c'est-à-dire si elles peuvent causer un préjudice irréparable ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse. La pratique et la jurisprudence relatives à l'interprétation de ces notions, en particulier celle du préjudice irréparable, sont largement harmonisées, en raison de l'unité de la procédure qu'impose la LTF. Le préjudice irréparable n'a pas à être de nature juridique; il peut être purement économique[249].

---

245 DIKE KG-Prümmer, art. 10 N 176.
246 ATF 131 II 497; ATAF B-1471/2016; DIKE KG-Prümmer, art. 10 N 171; DIKE KG-Ritschard/Spühler, art. 32 N 87; voir Jacobs/Giger, contribution E, N 379.
247 CR Concurrence-Bovet/Merkt, art. 37 LCart N 6 ss; DIKE KG-Ritschard/Spühler, art. 37 N 10 s.
248 Cf. p.ex. TAF, arrêt du 12 février 2016, B-6830/2015, c. 1.
249 Komm VwVG-Kayser/Papadopoulos/Altmann, art. 46 N 10; Uhlmann/Wälle-Bär, in: Waldmann/Weissenberger, art. 46 VwVG N 6 s.

einer Gesamtabrede erfüllt waren, der wirksame Wettbewerb aber nicht beseitig wurde, wendete die WEKO einen Basisprozentsatz von 7 % an[58].

bb) Dauer

Dem ermittelten Basisbetrag ist sodann ein Dauerzuschlag hinzuzurechnen. Dauerte der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren, so wird der Basisbetrag um bis zu 50 Prozent erhöht. Dauerte der Wettbewerbsverstoss mehr als fünf Jahre, so wird der Basisbetrag für jedes zusätzliche Jahr mit einem Zuschlag von je bis zu 10 Prozent erhöht (SVKG 4). 37

Aus dem Wortlaut der Bestimmung ergibt sich, dass bei einer Verstossdauer von weniger als einem Jahr kein Dauerzuschlag erfolgt[59]. Dies ist etwa der Fall bei Submissionsabreden, selbst wenn diese über mehrere Jahre andauern, wenn jedes von der Abrede betroffene Projekt einzeln beurteilt wird, da diesfalls der Wettbewerbsverstoss auf die konkrete Submission beschränkt ist[60]. 38

Aber auch bei einer Dauer des Wettbewerbsverstosses von mehr als einem Jahr geht die Praxis trotz dem an sich klaren Wortlaut von SVKG 4 (… so wird … erhöht.) nicht zwingend von einem Dauerzuschlag aus. Im Entscheid Nikon verzichtete die WEKO bei einer Verstossdauer von rund anderthalb Jahren auf einen Dauerzuschlag[61], was vom BVGer, ohne dazu in der Sache konkret Stellung zu nehmen, nicht beanstandet wurde[62]. Im Fall Gaba wendete die WEKO für eine Verstossdauer von zweieinhalb Jahren schematisch eine Erhöhung von 20 % an[63] (d.h. 10 % für jedes vollendete Jahr des Wettbewerbsverstosses[64]). Im Entscheid Luftfracht stellte die WEKO fest, dass bei einer Verstossdauer von ein bis fünf Jahren der Basisbetrag grundsätzlich nicht schematisch zu erhöhen sei, sondern die rechtsanwendenden Behörden den Basisbetrag im pflichtgemässen Ermessen um bis zu 50 % zu erhöhen habe. Demgegenüber steht aber ihr Entscheid: *«Nachdem sich rein rechnerisch eine stufenweise Erhöhung von 12.5 % pro Jahr ergeben würde, geht die Praxis der WEKO von einem groben Richtwert von 10 % pro Jahr aus. Unter den gegebenen Umständen erscheint es daher als angemessen, den Basisbetrag bei einer Verstossdauer von 18 bis 23 Monaten (bzw. 6 bis 11 Monate mehr als ein Jahr) um 10 % zu erhöhen.»*[65] Im Ergebnis also das gleiche Vorgehen wie im Fall Gaba. Wiederum anders handhabte es das BVGer im Fall Swisscom ADSL, wo für eine Verfahrensdauer von 45 Monaten 39

58 RPW 2020/1, 78 ff. – KTB-Werke.

59 Swisscom ADSL II, B-7633/2009, E. 754 m.Hw.; siehe auch RPW 2021/1, 210 ff., Rz 93 – optische Netzwerke («Der vorliegende Sachverhalt spielte sich zwischen Mai und Juni 2019 ab, Art. 4 SVKG gelangt daher nicht zur Anwendung.»); RPW 2010/4, 717 ff., Rz 404 – Baubeschläge, RPW 2019/4, 1155 ff., Rz 106 – Bucher Landtechnik.

60 RPW 2020/4a, 1661 ff.

61 RPW 2016/2, 446 ff., Rz 568 – Nikon. Konkret erwog die WEKO: «Im vorliegenden Fall bestand die unzulässige Abrede über einen absoluten Gebietsschutz zwischen Frühjahr 2008 und Herbst 2009 (vgl. Rz 344). Folglich hat der Wettbewerbsverstoss etwas mehr als ein Jahr gedauert. Von einem Zuschlag im Sinne von Art. 4 SVKG ist somit abzusehen.»

62 BVGer v. 16. September 2016, B-581/2012, E. 9.2 – Nikon.

63 RPW 2010/1, 65 ff., Rz 366 – Gaba.

64 BVGer v. 14. September 2015, B-7633/2009, E. 754 m.Hw. – Swisscom ADSL II; siehe auch RPW 2018/2, 363 ff., Rz 75 – Rimowa; RPW 2015/2, 193 ff., Rz 298 – Tunnelreinigung.

65 RPW 2022/1, 84 ff., Rz 1724 – Abreden im Bereich Luftfracht.

eine Erhöhung um 37,5 % vorgenommen wurde,[66] d.h. der Dauerzuschlag auf Monatsbasis und nicht auf vollendeten Jahren berechnet wurde.

40 Dauerte der Wettbewerbsverstoss mehr als fünf Jahre, so ändert der Zuschlagsmechanismus. Entsprechend den Vorgaben in der SVKG ist die Sanktion für die ersten fünf Jahre des Verstosses um einen Zuschlag von bis zu 50 % und ab dem sechsten Jahr für jedes zusätzliche Jahr mit einem Zuschlag von bis zu 10 % (auf den Basisbetrag nach SVKG 3[67]) zu erhöhen. Sachlich nachvollziehbar ist die unterschiedliche Behandlung der ersten fünf und der darauffolgenden Verstossjahre nicht, zumal diese Regelung, anders als in den Erläuterungen zur SVKG behauptet, gar nicht jener damals in der EU geltenden Regelung entsprach[68]. In der Praxis wird allerdings unabhängig von der Verstossdauer vielfach schematisch von einer Erhöhung von bis zu 10 % pro Verstossjahr ausgegangen, wobei dieser Schematismus insofern Kritik verdient, als die Intensität der Zusammenarbeit und die Schwere des Wettbewerbsverstosses sich über die Dauer verändern kann. Dieser Kritik trug die WEKO insofern Rechnung, als sie bspw. in den Fällen Verzinkung[69] oder KTB-Werke[70] den Dauerzuschlag je nach Intensität der Zusammenarbeit der Schwere des Wettbewerbsverstosses variierte. Im Fall KTB-Werke berücksichtige die WEKO, dass bestimmte Aspekte der Gesamtabrede nur bis Ende 2011 bestanden, andere jedoch bis Ende 2013 andauerten. So berechnete die WEKO im Fall KTB-Werke den Dauerzuschlag nach dem Wortlaut von SVKG 4, d.h. 50 % für die ersten fünf Jahre, danach 10 % für die weiteren Jahre, wo die Gesamtabrede mit allen Aspekten andauerte und schliesslich 8 % für die verbleibenden zwei Jahre, also insgesamt 93.5 %[71].

41 Die Praxis zeigt demnach insgesamt eine uneinheitliche Anwendung des Dauerzuschlags.

cc) Erschwerende und mildernde Umstände

42 In einem weiteren Schritt werden erschwerende und mildernde Umstände nach SVKG 5 und 6 berücksichtigt. Zu beurteilen ist im Rahmen von SVKG 5 und 6, ob das über die Schwere des Verstosses (SVKG 3) hinausgehende individuelle Verhalten des Unternehmens eine Erhöhung oder eine Reduktion der Sanktion rechtfertigt.

43 Bei den Erhöhungsgründen in SVKG 5 I handelt es sich nicht um eine abschliessende Aufzählung, sondern um Regelbeispiele, was durch die Verwendung des Worts «ins-

66 BVGer v. 14. September 2015, B-7633/2009, E. 758 m.Hw. – Swisscom ADSL.
67 Picht, in: Oesch/Weber/Zäch, Art. 4 SVKG N 4.
68 Vgl. Mitteilung der Kommission – Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen, die gemäss Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 und gemäss Artikel 65 Absatz 5 EGKS-Vertrag festgesetzt werden, ABl. Nr. C 009 vom 14. Januar 1998, S. 3: «Bei der Berücksichtigung der Dauer eines Verstosses ist wie folgt zu unterscheiden: – Verstoss von kurzer Dauer (in der Regel weniger als ein Jahr): kein Aufschlag; – Verstoss von mittlerer Dauer (in der Regel zwischen einem und fünf Jahren): bis zu 50 % des für die Schwere des Verstosses ermittelten Betrags und – Verstoss von langer Dauer (in der Regel mehr als fünf Jahre): für jedes Jahr des Verstosses bis zu 10 % des für die Schwere des Verstosses ermittelten Betrags.»
69 WEKO, RPW 2018/1, 78 ff., Rz 215.
70 WEKO, RPW 2020/1, 78 ff., Rz 953.
71 WEKO, RPW 2020/1, 78 ff., Rz 953.

besondere» impliziert wird[72]. Diese Regelung erscheint aufgrund des damit den rechtsanwendenden Behörden eingeräumten Ermessens nicht unproblematisch. Nicht in SVKG 5 I erwähnte besondere Erhöhungstatbestände sollten daher nur zurückhaltend angenommen werden. Die objektive Schwere des Verstosses wird bereits im Basisbetrag abgebildet. Entsprechend kann es bei erschwerenden Umständen nur um besondere, zur allgemeinen Schwere des konkreten Verstosses hinzutretende, individuelle Attribute gehen. Während SVKG 5 I erschwerende Umstände nennt, die sowohl bei Abredesachverhalten als auch beim Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gelten, sollen die in SVKG 5 II genannten Erhöhungsgründe nur bei Wettbewerbsbeschränkungen nach KG 5 III und KG 5 IV zur Anwendung gelangen. Es handelt sich nach hier vertretener Auffassung um eine abschliessende Liste von Erhöhungsgründen, die in der Regel nur bei Abredesachverhalten vorkommen und folgerichtig auch nur dort gelten sollen. Zur Erhöhung des Basisbetrags aufgrund eins wiederholten Verstosses äusserte sich das BVGer ausführlich in seinem Urteil «Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen»[73]. Das BVGer stellte zunächst fest, dass hierzu in der Schweiz wenig Praxis vorhanden sei und setzte sich mit der EU-Bussenleitlinien 2006 auseinander, welche aber, so das BVGer, aufgrund des unterschiedlichen Wortlauts von SVKG 5 I nicht ohne weiteres auf die Schweiz übertragen, aber immerhin zu Hilfe genommen werden könne. Das BVGer erwog, dass ein wiederholter Verstoss nicht voraussetze, «dass die Marktsituationen vergleichbar sein müssen bzw. dass die Verhaltensweisen auf dem gleichen sachlich relevanten Markt begangen wurden»[74]. Ebenso sei nicht vorausgesetzt, «dass es sich ausschliesslich um gleiche bzw. gleichartige Zuwiderhandlungen handeln soll.» Es wiederspräche «dem Sinn und Zweck, da der Erhöhung aufgrund eines Wiederholungsfalles insbesondere der Gedanke zugrunde liegt, dass die zuvor verhängte Sanktion nicht abschreckend genug war, um eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht zu verhindern.» Das BVGer liess es genügen, dass ein ähnlicher Verstoss vorlag: «Vorliegend wurde 2008 betreffend Documed eine unzulässige Verhaltensweise i.S.v. Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. b KG, mithin eine Diskriminierung von Handelspartnern rechtskräftig festgestellt. Im vorliegenden Verfahren wurden unzulässige Verhaltensweisen i.S.v. Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. e und f KG, mithin eine Einschränkung des Absatzes und eine Koppelung, festgestellt. Es handelt sich damit um einen wiederholten Missbrauch der Marktmacht. Darüber hinaus handelt es sich bei der Diskriminierung von Handelspartnern gleich wie bei der Einschränkung des Absatzes um einen typischen Behinderungstatbestand [...]. Somit kann eine Ähnlichkeit der Zuwiderhandlungen nicht abgesprochen werden. Es liegt daher ein Wiederholungsfall vor, der bei der Sanktionsbemessung erschwerend zu berücksichtigen ist.»[75] Weiter stellte das BVGer in diesem Entscheid unter Verweisung auf das Urteil i.S. Swisscom WAN-Anbindung[76] erneut klar, dass die Verwirklichung von

72 So auch BSK KG-Zirlick/Tagmann, Art. 49a N 66.
73 BVGer v. 19. Januar 2022, B-2597/2017, E. 15.2.6 – Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen.
74 BVGer v. 19. Januar 2022, B-2597/2017, E. 15.2.6.16 – Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen.
75 BVGer v. 19. Januar 2022, B-2597/2017, E. 15.2.6.17 – Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen.
76 BVGer v. 24. Juni 2021, B-8386/2015.

zwei unterschiedlichen wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen, anders als die Verletzung zweier Tatbestände durch ein und dieselbe Handlung, zu einer verschärften Sanktion gemäss SVKG 5 I führen müsse und nicht beim Basisbetrag zu berücksichtigen sei[77].

44 Bei den Milderungsgründen in SVKG 6 I handelt es sich ebenfalls nicht um eine abschliessende Aufzählung. Die rechtsanwendenden Behörden haben demnach in pflichtgemässem Ermessen zu entscheiden, ob das individuelle Verhalten des Unternehmens eine Sanktionsmilderung rechtfertigt.

45 Nicht in SVKG 6 I genannte Reduktionsgründe sind namentlich der Abschluss einer einvernehmlichen Regelung[78] oder die freiwillige Kompensationsleistung an geschädigte Parteien. Beim Abschluss einer einvernehmlichen Regelung hängt die Höhe der Sanktionsreduktion insbesondere davon ab, wie früh im Verfahren die einvernehmliche Regelung zustande kommt, ob durch den Abschluss der einvernehmlichen Regelung die Dauer des Verfahrens wesentlich verkürzt und der Verfahrensaufwand der Wettbewerbsbehörden massgeblich reduziert werden kann[79]. Sanktionsmindernd kann ebenfalls die über die Wahrnehmung des eigenen Verteidigungsrechts bzw. der Erfüllung der Mitwirkungspflichten gemäss KG 40 hinausgehende Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden ausserhalb einer Selbstanzeige sein, so etwa das freiwillige Einreichen von Beweismitteln oder die Anerkennung des Sachverhalts. Eine solche «besonders gute Kooperation» wird mit bis zu 20 % Sanktionsreduktion belohnt[80].

46 Die einvernehmliche Regelung stellt den wohl wichtigsten Anwendungsfall bei der Sanktionsmilderung dar und wird je nach Verfahrensstadium mit bis zu 20 % Sanktionsreduktion belohnt. Eine «besonders gute Kooperation» kombiniert mit einer einvernehmlichen Regelung kann demnach praxisgemäss zu einer Sanktionsreduktion von bis zu 40 % führen[81].

47 Freiwillige Kompensationsleistungen an geschädigte Parteien werden nach neuerer Praxis dann sanktionsmindernd berücksichtigt, wenn sie zeitlich vor einem Entscheid der WEKO ausgerichtet werden. Der Umfang der konkreten Sanktionsreduktion ist abhängig vom Ausmass der Entschädigung der Geschädigten, wobei hier die Anzahl der entschädigten Geschädigten und die die Höhe der effektiven Kompensationszahlungen von Bedeutung ist. Es wird nicht die gesamte Kompensationsleistung von der Sanktion abgezogen, sondern die Kompensationsleistung wird im Rahmen des Sanktionsermessens anteilsmässig berücksichtigt, so dass ein pönales Element verbleibt. Zudem kommt eine Sanktionsreduktion aufgrund der Kompensationsleistung mit Blick auf den Schutz des Instituts der Selbstanzeige die Kompensationszahlung nur soweit in Frage, dass der Anreiz, Selbstanzeige einzureichen, hinreichend gross bleibt.

77 BVGer v. 19. Januar 2022, B-2597/2017, E. 15.2.6.20 – Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen.
78 Vgl. hierzu eine Übersicht in BVGer v. 19. Januar 2022, B-2597/2017, E. 15.2.7.8 – Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen, m.Hw. auf die Praxis.
79 BVGer v. 19. Januar 2022, B-2597/2017, E. 15.2.7.8 – Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen, m.Hw.
80 Merkblatt des Sekretariats der WEKO: Einvernehmliche Regelungen vom 28. Februar 2018, Rz 11 f.
81 Merkblatt des Sekretariats der WEKO: Einvernehmliche Regelungen vom 28. Februar 2018, Rz 12.

f) Umsatzlose Sanktion

48 Sanktionen sind nach der gesetzlichen Ordnung auch dann zu verhängen, wenn das betroffene Unternehmen auf dem relevanten Markt keine Umsätze erzielte. Typischer Anwendungsfall für «umsatzlose Sanktionen» sind Submissionsabreden. Die konkrete Sanktionsbemessung hat den allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätzen sowie den im KG 49a I statuierten Grundsätzen standzuhalten. Erzielte das fehlbare Unternehmen auf den relevanten Märkten keinen Umsatz, stellt sich die Frage nach einer dem Einzelfall gerecht werdenden Berechnungsmethode. Insbesondere hat eine solche Berechnungsmethode nach hier vertretener Auffassung so ausgestaltet zu sein, dass sie die Sanktion nach einem der SVKG vergleichbaren Massstab bemisst.

49 In den Fällen Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau und Kanton Zürich richtete die WEKO die konkrete Sanktionsbemessung der nicht umsatzgenerierenden Stützofferten und erfolglosen Schutznahmen an deren Häufigkeit aus. Dazu erhöhte sie unter Berufung auf SVKG 5 I den zuvor für die umsatzgenerierenden Verstösse berechneten Basisbetrag um prozentuale Zuschläge in Abhängigkeit der Anzahl der im Basisbetrag nicht berücksichtigten nicht umsatzgenerierenden Stützofferten und erfolglosen Schutznahmen. Diese Zuschläge legte die WEKO für alle Verfügungsadressaten einheitlich fest[82]. Der WEKO wurde diesbezüglich vorgeworfen, sie habe damit einen eigenen, in SVKG 5 I nicht vorgesehenen Erhöhungsgrund geschaffen[83]. Ob dies zutrifft, wurde weder durch die WEKO selbst noch durch das BVGer explizit beurteilt. Dem Vorwurf ist jedoch entgegenzuhalten, dass bei der Beurteilung mehrerer (Einzel-)Submissionsabsprachen in einem einzigen Verfahren durchaus von einem Anwendungsfall von SVKG 5 I a ausgegangen werden kann.

50 In den Fällen Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V und II wurde ersatzweise der Umsatz herangezogen, den das geschützte Unternehmen gemäss Offerte erzielen sollte, unabhängig davon, ob die Schutzmassnahme erfolgreich war oder nicht. Dieser Umsatz, so die WEKO, reflektiere die wirtschaftliche Bedeutung der fraglichen Submission und damit des entsprechenden Marktes und gebe dadurch Aufschluss über die Tragweite und das Schädigungspotenzial des Kartellrechtsverstosses. Dies überzeugt nicht, das schutzgebende Unternehmen bei jenen Submissionen, wo es – aus welchen Motiven auch immer – Schutz gewährt, gerade nicht obsiegen will. Noch weniger überzeugt, dass der Wettbewerbsverstoss des Schutznehmers schwerwiegender beurteilt wird als jener des Schutzgebers, da der Tatbeitrag des Schutzgebers insbesondere bei einer erfolgreichen Submissionsabrede schon nach der Darstellung der WEKO keineswegs von untergeordneter Bedeutung ist, sondern in der Regel notwendige Voraussetzung ist.

51 Auch im Fall «Eflare», wo es um eine Gebietsschutzsabrede ging, die beteiligten Unternehmen im Ergebnis aber keinen Umsatz erzielten, stellte die WEKO mit derselben Begründung, diese reflektierten die wirtschaftliche Bedeutung des Beschaffungs-

82 WEKO, RPW 2012/2, 270 ff., Rz 1108 ff. – Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau; WEKO, RPW 2013/4, 524 ff., Rz 975 ff. – Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich.

83 So BVGer v. 25. Juni 2018, B-829/2012, E. 10.5.3 – Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau.

dessen hält es etwa PICHT für denkbar, dass eine Untersuchung zwar dank Informationen aus einer Eröffnungskooperation eröffnet wurde, der untersuchte Verstoss dann aber nur dank Beweismitteln einer späteren Feststellungskooperation eines anderen Unternehmens bewiesen werden kann. Diesfalls könne es angebracht sein, auch für die spätere Feststellungskooperation einen Sanktionserlass zu erwägen, obwohl dies dem Wortlaut von Art. 8 Abs. 1 SVKG («als Erstes») widerspreche[150]. KRAUSKOPF will einen weiteren Sanktionserlass gestatten, wenn es eine spätere Kooperation ermöglicht, eine hängige Untersuchung auf weitere Sachverhalte und Unternehmen auszudehnen[151].

92 Solche «Aufweichungen» von Art. 8 Abs. 1 SVKG mögen unter Umständen die Kooperationsbereitschaft erhöhen, doch ist bei solcher «Kreativität» Zurückhaltung geboten. Sonst droht der Wettlauf um den «Bonus» zu erlahmen – einer der wichtigsten Effekte der Bonusregelung – und könnte unter Umständen durch eine abwartende Haltung ersetzt werden. Eine strikte zeitliche Priorität und eine Abstufung des «Bonus» nach freiwillig geleistetem Vollzugsmehrwert sind essenziell, um die Attraktivität der Bonusregelung zu erhalten. Pragmatische Anpassungen zu Gunsten der Vollzugseffizienz sind zwar nicht ausgeschlossen, müssen sich aber an das vollzugsrechtliche Konzep halten, das der Bonusregelung zugrunde liegt.

b) Eröffnungskooperation

93 Die WEKO erlässt einem Unternehmen die Sanktion vollständig, wenn es seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG anzeigt und *als Erstes* Informationen liefert, die es der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, ein kartellrechtliches Verfahren gemäss Art. 27 KG (also eine Untersuchung) zu eröffnen (Art. 8 Abs. 1 lit. a SVKG). Für eine Eröffnungskooperation wird die Sanktion nur dann erlassen, wenn die Wettbewerbsbehörde nicht bereits über ausreichende Informationen verfügt, um eine Vorabklärung oder Untersuchung zur angezeigten Wettbewerbsbeschränkung zu eröffnen (Art. 8 Abs. 3 SVKG)[152]. Der Selbstanzeiger muss also einen Mehrwert im Verfahren schaffen, den es vor der Kooperation noch nicht gab. Die Informationen müssen für die WEKO mithin neu sein.

94 Die Selbstanzeigeinformationen müssen einen *hinreichenden Tat- bzw. Anfangsverdacht* erwecken, so dass eine Untersuchung (Art. 27 KG) eröffnet und gegebenenfalls eine Hausdurchsuchung durchgeführt werden kann[153]. Ermöglichen sie nur die Eröffnung einer Vorabklärung (Art. 26 KG), sind sie ungenügend. Die Informationen müssen mit anderen Worten «Anhaltspunkte» für einen Wettbewerbsverstoss liefern, wie sie sich aus der Praxis zu Art. 27 Abs. 1 KG ergeben. Bloss generelle Behauptungen

150 Vgl. PICHT, in: Oesch/Weber/Zäch, Art. 49a N 11, und die Kritik daran von BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, Art. 49a N 131 FN 325.
151 DIKE KG-KRAUSKOPF, Art. 49a N 74.
152 Vgl. auch SVKG-Erläuterungen, S. 6.
153 Selbst wenn das Sekretariat bereits Kenntnis von einem möglichen Wettbewerbsverstoss hat, eine Selbstanzeige aber die Eröffnung einer Untersuchung ermöglicht, genügt dies für eine Eröffnungskooperation im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. a SVKG (vgl. etwa RPW 2021/1, 223, Rz 100, *Optische Netzwerke*).

oder Andeutungen genügen nicht[154]. Es gibt darüber hinaus aber keinen klaren Massstab, welche Qualität solche Informationen aufweisen müssen. Die Wettbewerbsbehörden haben einen beträchtlichen Ermessensspielraum, wenn sie solche Informationen qualifizieren.

95 Ein Vergleich des Wortlauts von Art. 8 Abs. 1 lit. a und b SVKG legt nahe, dass «Informationen» (für die Eröffnungskooperation) vager sein können als «Beweise» (für die Feststellungskooperation). Dies mit Grund: Gerade für die Eröffnungskooperation wird ein Unternehmen möglichst schnell kooperieren wollen. Dies dürfte oft bedeuten, dass es intern nicht sofort, sondern erst im Laufe der weiteren Kooperation und aufgrund interner Untersuchungen gesicherte Informationen mit klarem Beweischarakter (Dokumente, E-Mails, etc.) sicherstellen kann[155]. Jedenfalls sollten sich Selbstanzeiger hinsichtlich der vorzulegenden Informationen am Merkblatt Bonusregelung orientieren (Rz 4 f., Inhalt der Bonusregelung; Formular A – Marker für Selbstanzeige; insbesondere Formular B – Selbstanzeige mit einem Katalog von Informationen und Beweismitteln, die zu präsentieren sind).

96 Verfügen die Wettbewerbsbehörden bereits über die vorgelegten Informationen oder über Informationen, mit denen sie eine Untersuchung oder auch nur eine Vorabklärung eröffnen könnten, kommt kein Erlass, sondern nur eine Reduktion der Sanktion in Frage (Art. 12 SVKG; vgl. auch Art. 8 Abs. 3 SVKG), *soweit* die Kooperation einen Mehrwert für das Verfahren schafft. Ist bereits eine Hausdurchsuchung im Gange (was die Eröffnung einer Untersuchung voraussetzt), ist grundsätzlich keine Eröffnungskooperation mehr möglich, sondern nur noch eine Feststellungskooperation. Oft erklären Unternehmen ihre Kooperationsbereitschaft im Sinne der Bonusregelung, kurz nachdem eine Hausdurchsuchung begonnen hat[156].

c) Feststellungskooperation

97 Legt der Selbstanzeiger Beweise vor – nicht bloss «Informationen» –, die der WEKO die «Feststellung» (also den rechtsgenüglichen Nachweis) einer Wettbewerbsbeschränkung gestatten, kann die Sanktion ebenfalls erlassen werden (Art. 8 Abs. 1 lit. b SVKG). Dies jedoch nur, wenn nicht bereits einem Unternehmen ein Sanktionserlass aufgrund einer Feststellungskooperation (Art. 8 Abs. 1 lit. a SVKG) gewährt worden ist und die WEKO nicht bereits über ausreichende Beweismittel verfügt, um den untersuchten Wettbewerbsverstoss zu beweisen (Art. 8 Abs. 3 und 4 SVKG). Die WEKO kennt in dieser Konstellation die untersuchte Wettbewerbsbeschränkung also (offensichtlich) bereits. Die im Rahmen der Feststellungskooperation freiwillig beigebrachten Beweismittel gestatten jedoch den Beweis des Untersuchungsgegenstands. Mit anderen Worten würde die Untersuchung ohne diese Beweismittel unter

154 Vgl. SVKG-Erläuterungen, S. 6; Merkblatt Bonusregelung, Rz 9; aus der Praxis vgl. etwa RPW 2020/3a, 439 ff., Rz 1405 ff., *Bauleistungen See Gaster*; RPW 2018/1, 114 ff., Rz 233 ff., *Verzinkung*; ferner BSK KG-Tagmann/Zirlick, Art. 49a N 132.

155 Hierzu etwa Tagmann/Zirlick, Jusletter v. 10.8.2009, Rz 26 ff., die indessen recht weit gehen und damit die Attraktivität der Bonusregelung m.E. eher gefährden.

156 Vgl. BSK KG-Tagmann/Zirlick, Art. 49a N 133 ff., mit zahlreichen Hinweisen.

Umständen in einer «Sackgasse» enden, oder die Beweisführung würde wesentlich aufwendiger und langwieriger.

98 Eine Feststellungskooperation ist nach der Praxis auch dann noch honorierungswürdig, wenn gewisse Informationen zwar bereits im Datenbestand der WEKO vorhanden sind (etwa während oder nach einer Hausdurchsuchung), dies der WEKO aber noch nicht bewusst ist, weil sie die sichergestellten Informationen noch nicht oder noch nicht vollständig gesichtet hat und deshalb noch nicht überblickt. Deshalb ist eine Feststellungskooperation auch noch während einer laufenden Hausdurchsuchung möglich (vgl. bereits vorne Rz 96). Die freiwillige Kooperation eines Selbstanzeigers erlaubt es der WEKO diesfalls, die wesentlichen Informationen effizienter zu identifizieren und zu verstehen[157]. Auch hier übt die WEKO ihr Ermessen pragmatisch aus. Je länger mit der Feststellungskooperation zugewartet wird, desto wahrscheinlicher ist es allerdings, dass sich die WEKO bereits selber einen Überblick über den Daten- und Informationsbestand verschafft hat; diesfalls kommt – je nach vorgelegter Information – nur noch eine Sanktionsreduktion (Art. 12 SVKG) in Frage[158].

d) Weitere Voraussetzungen für den Sanktionserlass

99 Um sich für einen vollständigen Sanktionserlass nach Art. 8 Abs. 1 SVKG zu qualifizieren, muss ein Selbstanzeiger die Voraussetzungen von Art. 8 Abs. 2 SVKG erfüllen.

aa) Kein Zwang, keine Anstiftung, kein «Ringleader»

100 Der Selbstanzeiger darf kein anderes Unternehmen zur Teilnahme am Wettbewerbsverstoss gezwungen und darf nicht die anstiftende oder die führende Rolle im betreffenden Wettbewerbsverstoss gespielt haben (Art. 8 Abs. 2 lit. a SVKG). Die SVKG definiert indessen nicht, was unter einer «anstiftenden oder führenden Rolle» zu verstehen ist.

101 Dieser Verweigerungsgrund ist im internationalen Vergleich unüblich und kann die Attraktivität der Bonusregelung reduzieren, was unwillkommen wäre[159]. Er wird in der Schweiz v.a. bei der Untersuchung horizontaler Abreden (Art. 5 Abs. 3 KG) nur zurückhaltend angewendet, bei Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG aber durchaus berücksichtigt (vgl. sogleich hinten Rz 102). «Anstifter» ist, wer bei anderen Unternehmen den Entschluss geweckt hat, eine Wettbewerbsbeschränkung zu begehen bzw. sich daran zu beteiligen[160]. Je nach Sachverhalt lässt sich auch der «Hauptprofiteur» oder der «administrative Anführer» (oft auch *«Ringleader»* genannt) von Abreden identifizieren (ganz allgemein, oder etwa bei Einzelsubmissionsabreden bzw. von Submissions-Abredesystemen [«Gesamtabreden»]). Durchgeführte oder angedrohte Boy-

157 Vgl. Merkblatt Bonusregelung, Rz 13 f.; RPW 2009/3, 198 (Tabelle1), 219, Rz 157 und 220, Rz 162, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

158 Hierzu BSK KG-Tagmann/Zirlick, Art. 49a N 136; ähnlich Picht, in: Oesch/Weber/Zäch, Art. 8 SVKG N 8; aus der Praxis vgl. etwa RPW 2015/2, 241, Rz 315 ff., *Tunnelreinigung*; RPW 2012/2, 415 ff., Rz 1146 ff., *Strassen- und Tiefbau Kanton AG*; RPW 20210/1, 220 ff., Rz 961 ff., *KTB*.

159 Vgl. Etwa BSK KG-Tagmann/Zirlick, Art. 49a N 137; etwa die EU-Kronzeugenmitteilung 2006 kennt diesen Ausschlussgrund nicht.

160 Vgl. etwa RPW 2016/3, 751 Rz 224, *Saiteninstrumente*; neuerdings auch BVGer v. 16. August 2022, B-7756/2015 und B-7834/2015, E. 8.4.3.1.

kotte, Rufschädigungen oder andere Massregelungen können einen «Zwang» darstellen. Jedenfalls ist über Zwang, Anstiftung und Führungsrolle Beweis zu führen[161]. Es muss unter Opportunitätsgesichtspunkten abgewogen werden, ob die Attraktivität der Bonusregelung oder die Anwendung des Ausschlussgrundes von Art. 8 Abs. 2 lit. a SVKG wichtiger sind. Gerade etwa der «Hauptakteur» oder «Anstifter» einer Wettbewerbsabrede wird der WEKO oft die nützlichsten Insiderinformationen vorlegen können. Schliesslich ist auch nicht klar, ob «die» oder nur «eine» führende Rolle schädlich für den «Bonus» ist. Gleiches fragt sich für «den» oder «die» Anstifter.

102 Eine Rolle spielen diese Kriterien in Fällen von Marktmachtmissbrauch (Art. 7 KG) und bei Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG (Preisbindung zweiter Hand und absoluter Gebietsschutz). Ein marktbeherrschendes Unternehmen wird typischerweise eine führende Rolle einnehmen und die ausgebeutete Marktgegenseite oder die benachteiligten Konkurrenten zu einem gewissen Verhalten gezwungen haben. Diesfalls kommt für dieses Unternehmen kein Sanktionserlass in Frage. Auch bei Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG kann dem Hersteller, der seinen Vertriebshändlern Restriktionen auferlegt, der Sanktionserlass wegen Art. 8 Abs. 2 lit. a SVKG verweigert werden, auch wenn der Hersteller an sich Erstanzeiger im Sinne von Art. 8 Abs. 1 SVKG wäre[162].

103 In der Praxis muss darauf geachtet werden, Anstiftungs- und Anführer-Situationen nicht doppelt zu verwerten: Anstiftung und führende Rolle dürfen nicht gleichzeitig als erschwerende Umstände (Art. 5 Abs. 2 SVKG) und als Grund für eine Bonus-Reduktion gewürdigt werden[163].

bb) Unaufgeforderte und umfassende Kooperation

104 Der Selbstanzeiger muss der Wettbewerbsbehörde sämtliche in seinem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel betreffend den Wettbewerbsverstoss vorlegen (Art. 8 Abs. 2 lit. b SVKG). Dies bedeutet, dass der Selbstanzeiger nicht nur Informationen und Beweismittel präsentieren muss, die gerade genügen, um die Anforderungen von Art. 8 Abs. 1 SVKG zu erfüllen. Vielmehr muss er alle verfügbaren Beweismittel zugänglich machen (Urkunden, weitere Dokumente und elektronische Kommunikation; Organe, die einvernommen werden können, müssen benannt gegeben und zur Verfügung gehalten werden; etc.). Eine «Salamitaktik» bzw. ein *«wait and see»*-Ansatz je nach Fortgang des Verfahrens ist unzulässig. Es ge-

161 RPW 2021/4, 850, Rz 104, *Pöschl*: «Schliesslich entspricht es der Praxis der WEKO, einem Unternehmen eine führende Rolle zuzuschreiben, das die Wettbewerbsabrede steuert, d.h. wenn es die eigentliche Initiative sowohl bei der Vorbereitung als auch der Durchführung der Wettbewerbsbeschränkung ergreift. Indizien hierfür können beispielsweise die Organisation von Zusammenkünften und Austauschen im Zusammenhang mit der Wettbewerbsbeschränkung sein, die Initiierung von Korrespondenz, eine Vorreiterrolle bei der Umsetzung oder die Interessenlage des Unternehmens.»; ferner etwa RPW 2016/3, 75 f., Rz 224 f., *Saiteninstrumente*; BVGer v. 16. August 2022, B-7756/2015, E. 8.4.3.3, 8.4.4 sowie BVGer v. 16. August 2022, B-7920/2015 und B-7834/2015, E. 8.4.3; für weitere Hinweise vgl. BSK KG-Tagmann/Zirlick, Art. 49a N 137; eingehend zu Anstiftung, führender Rolle etc. vgl. Picht, in: Oesch/Weber/Zäch, Art. 5 SVKG N 13 ff.

162 So etwa geschehen in RPW 2021/4, 850, Rz 101 ff., *Pöschl*; RPW 2019/4, 1171 f., Rz 115 ff., *Bucher Landtechnik*; RPW 2017/2, 294 f., Rz 109 ff., *Husqvarna* (nur 80 % «Bonus»); RPW 2016/3, 711, Rz 401 f., *Flügel und Klaviere*; RPW 2009/2, 155 f., Rz 90 f., *Sécateurs et cisailles*; zum Ganzen BSK KG-Tagmann/Zirlick, Art. 49a N 137; Picht, in: Oesch/Weber/Zäch, Art. 8 SVKG N 14.

163 Gl.A. Picht, in: Oesch/Weber/Zäch, Art. 8 SVKG N 13 und Art. 5 N 13 ff.

Kartellrecht mittlerweile grundsätzlich jeden Sachverhalt für sanktionierbar, der *irgendwie* mit Art. 5 Abs. 3 und 4 sowie Art. 7 KG in Verbindung gebracht werden *könnte* und der den Eindruck vermittelt, er *könnte* den wirksamen Wettbewerb negativ beeinflussen. Man denke in diesem Kontext nur an die mittlerweile praktisch schrankenlose «Generalklausel» von Art. 7 Abs. 1 KG: Diese erfasst jede Art von Marktmachtmissbrauch und macht ihn sanktionierbar. Die Konkretisierung der Generalklausel im Beispielkatalog von Art. 7 Abs. 2 KG sei für die Sanktionierbarkeit einer Verhaltensweise entbehrlich[253]. Dies, obwohl Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen anerkanntermassen «doppelgesichtig» sind[254] und sich rechtlich sowie ökonomisch entsprechend *ex ante* oft nur schwer einordnen lassen, v.a. in dynamischen Technologiemärkten. Im Rechtsvollzug sind solche Überlegungen aber derzeit nicht gefragt[255].

171 Es interessiert die Wettbewerbsbehörden und die Gerichte unter Sanktionsgesichtspunkten kaum, ob eine Geschäftspraktik neu und innovativ ist und ob es objektiv oder subjektiv für das Unternehmen heikel ist, sie *ex ante* kartellrechtlich zu qualifizieren. Kommen sie nach umfangreichen, zeitintensiven Untersuchungen und Rechtsmittelverfahren zum Schluss, eine (beim Urteilszeitpunkt mitunter lange zurückliegende und nicht mehr praktizierte) Verhaltensweise verletze das Kartellrecht, wird dem fehlbaren Unternehmen ohne weiteres schematisch und abstrakt vorgeworfen, es hätte im «Tatzeitpunkt» wissen müssen, was den Wettbewerbsbehörden erst am Ende einer umfangreichen Untersuchung bekannt wurde. Das «Organisationsverschulden» in der Auslegung der WEKO und der Gerichte schliesst zirkulär von der Erfüllung des objektiven Tatbestands auf ein «Verschulden» im Sinne eines objektiven Sorgfaltsmangels[256]. So löst selbst der «erste Fall» eines kartellrechtswidrigen Sachverhalts eine Busse aus[257]. Dies ist nichts anderes als Erfolgsstrafrecht, das unter

253 Vgl. nur BGE 143 II 217 E. 4.2, 8.3.2 ff.

254 Vgl. hierzu grundlegend Botschaft KG 1994, 569; Ruffner, AJP 1998, 834 ff., insb. 845 («Das wohl grundlegendste Problem der Missbrauchsaufsicht ist die Doppelgesichtigkeit der meisten Verhaltensweisen.»). Das Bundesgericht nimmt diesen Gedanken zwar auf, zieht die rechtsstaatlich gebotenen Schlüsse daraus aber nicht (vgl. BGE 143 II 217 E. 8.3.4).

255 Vgl. hierzu statt vieler Jacobs, Sanktionen, Rz 3, der die missliche Lage von Unternehmen trefflich zusammenfasst anhand des Beispiels missbräuchlicher Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen. Besonders bedenklich ist in diesem Zusammengang BGE 146 II 217 *(passim)*, der im Kartellrecht alle vernünftigen Erwartungen an das Legalitätsprinzip und an betriebswirtschaftliche Grundsätze über den Haufen wirft – *«anything goes»* für die Wettbewerbsbehörden und die Gerichte, könnte man etwas resigniert zusammenfassen.

256 Vgl. hierzu nur Borer, Kommentar KG, Art. 49a N 10 ff.; aus der Praxis die erschreckend simplistischen, schuldstrafrechtlich und rechtsstaatlich inakzeptablen Ausführungen des Bundesgerichts in BGE 146 II 217 E. 8.5.2, 9.6.2; BGer v. 4. Februar 2021, 2C_149/2018, E. 8.4.2 (m.w.H.); neuerdings – und ebenso abstrus, dafür mit einem Hinweis auf die neueste, deplorable Rechtsprechung – BVGer v. 19. Januar 2022, B-2597/2017, E. 15.1, BGE 147 II 72 E. 8.4.2 und BVGer v. 16. August 2022, B-7756/2015, B-7920/2015 und B-7834/2015, E. 11.1. Ferner BSK KG-Tagmann/Zirlick, Art. 49a N 10 f. (mit zahlreichen Hinweisen). Eingehend zu einer *korrekt* verstandenen Geltung des Schuldprinzips im Kartellrecht mit direkten Sanktionen – und kritisch zur aktuellen Praxis – vgl. statt vieler BSK KG-Niggli/Riedo, Vor Art. 49a–53 S. 105 f.

257 Verfehlt ist der Einwand des Bundesgerichts, bei einer zurückhaltenden Sanktionspraxis könne «bei einer Einführung eines neuen Straftatbestands nie eine Verurteilung erwirkt werden» (BGE 143 II 217 E. 8.3.6). Entscheidend ist vielmehr, ob die Norm (ob neu oder nicht) für den Rechtsadressaten so bestimmt und berechenbar ist, dass er sein Verhalten danach ausrichten kann. Es ist zu fragen: War es dem Rechtsadressaten möglich und zumutbar zu erkennen, dass ein *bestimmter* – im Kartellrechtskontext oft neuer, innovativer – Sachverhalt tatbestandsmässig sein könnte? Dabei

normalerweise geltenden rechtsstaatlichen Grundsätzen verpönt ist. Die WEKO und die Gerichte reproduzieren in ihren Verfügungen und Urteilen zwar regelmässig ihre Textbausteine zu Art. 7 EMRK bzw. zum Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV). Der blosse Hinweis, die Normbestimmtheit sei immer im Einzelfall zu beurteilen und auch Art. 5 und 7 KG könnten ohne weiteres «schrittweise» geklärt werden[258], scheint indessen auch dem Bundesgericht zu genügen, um *ex post* praktisch jedes Verhalten als nach Art. 49a Abs. 1 KG sanktionierbar zu erklären. So wird das Legalitätsprinzip im KG aber durch die ebenso berüchtigte wie inakzeptable Haltung *«I know it when I see it»* ersetzt. Es bietet keinen Schutz mehr[259] und degeneriert zur Leerformel.

172 Umso wichtiger ist resp. *wäre* es (vgl. hinten Rz 201 ff.) deshalb, dass Unternehmen in Zweifelsfällen dank einer Meldung das Sanktionsrisiko *effektiv* reduzieren könnten. Entsprechend sah der E-KG kurz und bündig folgenden Wortlaut für Art. 49a Abs. 3 lit. a KG vor: *«Die Belastung entfällt, wenn: (a) das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung meldet, bevor diese Wirkung entfaltet;»*[260]. In den parlamentarischen Beratungen führte der Ständerat jedoch das «Widerspruchsverfahren» sowie den heute geltenden Wortlaut von Art. 49a Abs. 3 lit. a KG ein. Es wurde in der Differenzbereinigung beibehalten, allerdings ohne detaillierte Diskussion. Ein gemeldetes Verhalten soll demnach sanktionierbar bleiben, wenn die WEKO als Reaktion auf die Meldung eine Untersuchung (Art. 27 KG) *oder bereits eine Vorabklärung* (Art. 26 KG) einleitet[261].

173 Das Widerspruchsverfahren und die Rechtsprechung dazu haben Attraktivität und Wirksamkeit der Meldemöglichkeit empfindlich reduziert[262]. Dies verwundert nicht weiter, zumal zum geltenden Art. 49a Abs. 3 lit. a KG namentlich keine Regulierungsfolgenabschätzung durchgeführt worden war[263]. Mittlerweile geht beim Sekretariat der WEKO pro Jahr im Durchschnitt nur noch eine einzige Meldung ein[264]. Das Widerspruchverfahren erfüllt seinen Zweck heute nicht. Es macht die Meldemöglichkeit

---

ist zu beachten, dass (i) das KG in erster Linie den Wettbewerb und die Innovation (und *nicht* Strafen) fördert, dass (ii) freies Wirtschaften nach Art. 27/94 BV die Regel und nicht die Ausnahme ist und dass (iii) damit zwanglos unternehmerisches Handeln nach dem Prinzip *«trial and error»* einhergeht, ohne dass im Kartellrechtvollzug gleich die «Bussenkeule» droht. Das Bundesgericht ist aber offenbar der Ansicht, primäres Ziel des KG sei, unternehmerisches Verhalten, das nachträglich als nicht «lupenrein» beurteilt wurde, wenn immer möglich zu bestrafen. Dieses Rechtsanwendungsverständnis ist gerade im Wettbewerbskontext bedenklich. Es geht weit am Sinn von Art. 1 und 49a Abs. 1 KG und auch von Art. 27/94 und 96 BV vorbei.

258 Ein besonders abschreckendes Beispiel hierfür ist BGE 146 II 217 E. 8.2 f., insb. E. 8.3.6: In diesem Entscheid warf das Bundesgericht u.a. zentrale betriebswirtschaftliche Prinzipien über Bord, etwa zur Frage, ob und wie lange Investitionskosten eines neu eingeführten Produkts amortisiert werden dürfen. Unter dem Aspekt des Legalitätsprinzips und der Rechtssicherheit vollends unverständlich, v.a. angesichts des technisch hochkomplexen Sachverhalts und der betroffenen, dynamischen Technologiemärkte, ist sodann BVGer v. 18. Dezember 2018, B-831/2011, Rz 1448 ff. (vgl. dazu die Kritik von Giger/Zimmerli, Rz 33 ff.); vgl. ferner BGE 139 I 72 E. 8.2.1 und 8.3.2 mit den Erörterungen dazu von Brei, PubliGroupe SJZ 2014, 191 f., und Zimmerli, Publigroupe, Rz 8; ferner etwa BGE 143 II 297 E. 9.3.

259 Vgl. hierzu die prägnanten Ausführungen von Wildhaber, Jusletter v. 4.7.2011, Rz 93 f.

260 Vgl. BBl 2002 2058, 2059 f.

261 Zur Entwicklung von Art. 49a Abs. 3 lit. a KG vgl. Ducrey, in: Stoffel/Zäch, 153–157.

262 Vgl. etwa Marbach/Ducrey/Wild, Rz 1955 f.

263 Hierzu Ducrey, in: Stoffel/Zäch, 167 f.

264 Vgl. BSK KG-Tagmann/Zirlick, Art. 49a N 181.

weitgehend nutzlos, obwohl die verfassungsrechtlichen Erörterungen in der Revision des KG von 2003 *gerade* die Meldemöglichkeit (ohne ein Widerspruchverfahren) ins Zentrum stellten. Deshalb soll das Widerspruchsverfahren revidiert werden (vgl. hinten Rz 205 ff.).

2. Meldung

a) Was kann gemeldet werden?

174 Meldefähig sind nur Verhaltensweisen, die unter Art. 5 Abs. 3 und 4 sowie Art. 7 KG fallen, die also sanktionierbar sind und entsprechend in Art. 49a Abs. 1 KG erwähnt werden. Verhaltensweisen, die von vornherein nicht sanktionsbewehrt sind, sind nicht meldefähig. Sie können aber Gegenstand einer Beratungsanfrage an das Sekretariat sein (Art. 23 Abs. 2 KG). Ist unsicher, ob ein Sachverhalt sanktionsbedroht sein könnte, steht die Meldung jedoch zur Verfügung[265].

175 Meldefähig sind solche Verhaltensweisen allerdings nur, wenn sie noch keine Wirkungen im Wettbewerb entfalten. Sind sie zwar geplant, werden sie aber noch nicht umgesetzt, so sind sie «neu». Es schadet nicht, wenn der WEKO geplante Wettbewerbsbeschränkungen oder Elemente daraus bereits bekannt sind, solange sie noch nicht wirken. Dies bedeutet, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen etwa auch die Anpassung bestehender Verträge melden kann (z.B. Anpassung der Preis- und Rabattpolitik), selbst wenn die WEKO die ursprünglichen Verträge bereits kennt. Nur umgesetzt darf die Anpassung noch nicht sein. Dasselbe gilt für Kooperationsverträge etc., die mit der Zeit modifiziert werden[266].

176 Sollen Standardverträge gemeldet werden, die alle gleich ausgestaltet sind und mit vielen Beteiligten abgeschlossen werden sollen, so reicht es aus, einen Mustervertrag einzureichen. Die Meldung und eine allfällige Sanktionsbefreiung erfassen dann alle anderen Verträge, die diesem Mustervertrag entsprechen[267].

177 Wegen der «Gaba»-Rechtsprechung[268] kann allerdings z.B. eine Wettbewerbsabrede schon «Wirkungen entfalten» – mindestens *potenziell*, was nach dem BGE «Gaba» genügt[269] –, bevor sie effektiv umgesetzt wird. Unter Umständen liegen nach dieser strengen Rechtsprechung «Wirkungen» bereits vor, wenn die Parteien eine Vereinbarung bloss unterschrieben haben (Verpflichtungsgeschäft), auch wenn sie sie noch nicht vollziehen (Verfügungsgeschäft). Diese Auffassung ist vertragsrechtlich zwar nur schwer nachvollziehbar, muss kartellrechtlich mittlerweile aber berücksichtigt werden. Vorsichtshalber sollte deshalb sogar mit dem Verpflichtungsgeschäft zugewartet werden, bis die Meldung dem Sekretariat vorgelegt wurde. Denn es ist auch nicht sicher, ob es nach «Gaba» genügt, für das Inkrafttreten oder die Umsetzung des Vertrags eine «Wartefrist» zu vereinbaren, bis eine Vereinbarung dem Sekretariat for-

265 Vgl. BSK KG-Tagmann/Zirlick, Art. 49a N 182; DIKE KG-Uhlmann, Art. 49a N 4 (je m.Nw.).
266 Vgl. Hierzu David/Jacobs, Rz 801; Jacobs, Sanktionen, Rz 9.
267 Vgl. Jacobs, Sanktionen, Rz 28; BSK KG-Tagmann/Zirlick, Art. 49a N 215.
268 BGE 143 II 297.
269 Vgl. BGE 143 II 297 E. 3.3, 5.4.

K.

Wettbewerbsbehörden: Ihre Aufgaben und Kompetenzen

PATRIK DUCREY*

* Der Autor gibt nachstehend seine eigene Meinung wieder. Das Kapitel zu den Wettbewerbsbehörden wurde in der 1. Auflage von lic.iur. und lic.oec. ROLF DÄHLER, ehemaliger Direktor des Sekretariats der WEKO, bearbeitet. Der Autor der vorliegenden 2. Auflage orientiert sich am Text der ersten Auflage und aktualisiert ihn auf den neusten Stand. Er dankt ROLF DÄHLER für das Einverständnis, seinen Text zu aktualisieren, sowie Dr. iur. Simon Bangerter, Leiter Ermittlungen im Sekretariat der WEKO, für die kritische Durchsicht des Manuskripts und die vielen wertvollen Hinweise.

1. Kapitel: Wettbewerbsbehörden

I. Rückblick

1. Das erste Kartellgesetz von 1962

Im Jahre 1947 wurden die Wirtschaftsartikel der BV durch aArt 31bis Abs. 3 lit. d BV ergänzt, welcher dem Gesetzgeber den Auftrag erteilte, «wenn das Gesamtinteresse es rechtfertigt, nötigenfalls in Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit Vorschriften zu erlassen gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen oder ähnlichen Organisationen». 1

In der Folge tat man sich schwer mit der Umsetzung dieses Gesetzgebungsauftrages. Es brauchte vorerst einer Kartellverbotsinitiative[1] und anschliessend eines umfassenden Berichts der Preisbildungskommission[2] über die Wettbewerbsverhältnisse in der schweizerischen Wirtschaft, bis das EVD 1957 eine Expertenkommission zur Schaffung einer Kartellgesetzgebung einsetzte. 1962 wurde das erste Kartellgesetz[3] verabschiedet. Seiner Konzeption entsprechend sollten den Wettbewerbswilligen primär zivilrechtliche Mittel in die Hand gegeben werden, um sich gegen Wettbewerbsbehinderungen zur Wehr zu setzen. Verwaltungsrechtliche Massnahmen sollten nur in Betracht kommen, wenn «die Interessen der Allgemeinheit gewichtig genug sind, um ein öffentliches Einschreiten zu rechtfertigen»[4]. 2

Für den Vollzug der verwaltungsrechtlichen Bestimmungen wurde die Kartellkommission[5] geschaffen. Es handelte sich dabei um eine verwaltungsunabhängige Milizbehörde von 11–15 Mitgliedern, in der die Wissenschaft, die Wirtschaft und die Konsumenten vertreten waren. Die Kartellkommission hatte die Aufgabe, die Wettbewerbssituation zu beobachten, Branchenerhebungen durchzuführen[6], die Behörden in Wettbewerbsfragen zu beraten[7] und – mit Bewilligung des damaligen EVD – Sonderuntersuchungen[8] durchzuführen. Sie besass keine selbstständige Verfügungsgewalt[9]. 3

1 Volksbegehren gegen den Missbrauch wirtschaftlicher Macht, BBl 1955 I 347 ff. Die Initiative wurde am 8. Februar 1957 von Volk und Ständen massiv verworfen.
2 Preisbildungskommission, Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, Bern 1957.
3 Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 20. Dezember 1962 (KG 62).
4 Botschaft 1961, 599.
5 Art. 17 KG 62. Siehe zur Entstehungsgeschichte BSK KG-Bangerter, Art. 18 N 3 ff.
6 Art. 18 KG 62.
7 Art. 19 KG 62.
8 Art. 19 KG 62.
9 Gemäss Art. 20 KG 62 hatte die Kartellkommission die Möglichkeit, dem EVD den Antrag zu stellen, eine von den Beteiligten nicht befolgte Empfehlung mittels verwaltungsrechtlicher Klage durchzusetzen (Art. 22 KG 62). Die Kartellkommission hat davon nie Gebrauch gemacht, weil die Beteiligten die (bisweilen) ausgehandelten Empfehlungen ausnahmslos akzeptierten.

4 Gemäss KG 62 kam der Kartellkommission die Aufgabe zu, die Verfassungsbestimmung «volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen oder ähnlichen Organisationen» zu instrumentalisieren, d.h. wettbewerbliche und andere Elemente des Gesamtinteresses wie Kultur, Sicherheit, Landesversorgung gegeneinander abzuwägen[10]. Dies war eine eminent politische Aufgabe und entsprechend zeitraubend[11] gestaltete sich das Seilziehen um die Plätze in dieser Kommission.

5 In der Startaufstellung standen 1964 sieben unabhängige Sachverständige acht Interessenvertretern[12] gegenüber[13]. Dies war bezüglich des Unabhängigkeitserfordernisses eine fragwürdige Situation. Unabhängigkeit sollte ja gerade im Wettbewerbsrecht nicht nur Unabhängigkeit vom Staat, sondern ebenso sehr Unabhängigkeit von Partikularinteressen bedeuten.

6 Die Kartellkommission war zugleich Untersuchungs- und Entscheidorgan. Sie führte die Untersuchungen mit Ausschüssen und entschied im Plenum. Zur Unterstützung wurde der Milizbehörde ein Sekretariat beigegeben.

7 Das Sekretariat hatte keine Kompetenzen, war administrativ ins Generalsekretariat des damaligen EVD eingegliedert und erreichte bis zur ersten Revision einen Bestand von sechs wissenschaftlichen Mitarbeitenden.

2. Revision von 1985

8 Bereits im Jahre 1971 wurden die Mängel des KG 62 offensichtlich und veranlassten den damaligen Präsidenten der Kartellkommission und Nationalrat, Leo Schürmann, in einer Motion[14] die Revision des Gesetzes zu verlangen. Die Kartellkommission wurde hierauf vom Bundesrat mit den Revisionsarbeiten betraut und es dauerte 14 Jahre, bis diese Revision abgeschlossen war.

---

10 Dies geschah in der Folge durch die Entwicklung der sog. «Saldomethode», welche anlässlich der ersten Revision explizit im Art. 29 KG 85 verankert wurde.

11 Das KG wurde am 20. Dezember 1962 verabschiedet, das Referendum lief am 10. April 1963 unbenützt ab und die Inkraftsetzung erfolgte aufgrund der Verzögerungen bei der Wahl der Kommission erst am 15. Februar 1964.

12 Folgende Interessengruppen waren vertreten: Vorort des Schweizerischen Handels- und Industrievereins, Schweizerischer Gewerbeverband, Verband Ostschweizerischer Landwirtschaftlicher Genossenschaften, Schweizerischer Gewerkschaftsbund, Alliance de sociétés feminines suisses, Migros-Genossenschafts-Bund, Verband Schweizerischer Konsumverein, Geigy.

13 Unter Bezugnahme auf die Botschaft schreibt Schürmann in seinem Kommentar, dass die Kommission die bisherigen Aufgaben der Eidgenössischen Preisbildungskommission auf kartellpolitischem Gebiet fortführen wird, dass sie aber mit den Untersuchungsmassnahmen im Art. 20 f. KG 62 über ungleich grössere Kompetenzen verfüge (Schürmann 146). Vor diesem Hintergrund ist es erstaunlich, dass der Bundesrat in der Kartellkommission anteilsmässig wesentlich mehr Interessenvertreter zuliess als vormals in der Preisbildungskommission. Dort waren es drei Interessenvertreter auf acht Mitglieder, Preisbildungskommission, Kartell und Wettbewerb, 4.

14 Schürmann verlangte in seiner Motion vom 13. Dezember 1971 eine Verbesserung des kartellgesetzlichen Instrumentariums, so insbesondere die Verankerung der Vorabklärungen, die Beschleunigung des Verfahrens durch die Einführung einer Meldepflicht für Kartellabsprachen und Unternehmenszusammenschlüsse, ein Verfahren bei Nichtbefolgung von Empfehlungen sowie die verbesserte Erfassung marktmächtiger Unternehmen.