

Teil 6: Zusammenfassung / Part 6: Summary / Partie 6: Conclusion

Im nachfolgenden und abschließenden Teil 6 werden die Erkenntnisse der vorherigen fünf Teile der vorliegenden Untersuchung in Form von Thesen und tabellarischen Übersichten zusammengefasst. 743

In the following and concluding part 6, the findings of the five previous parts of this study will be summarised in the form of theses and tabular overviews (English version paras. 776 et seq.). 744

Dans la partie 6, qui suit et constitue la conclusion de la présente étude, les résultats des cinq parties précédentes seront résumés sous forme de thèses et de tableaux (version française N. 806 ss.). 745

A. Zusammenfassende Thesen

Teil 1: Einführung und Grundlagen

I.

Eigentumsrechtliche Entflechtungen, die den Gegenstand dieser Untersuchung bilden, sind von organisatorischen Entflechtungen zu unterscheiden (Rn. 24 f.). Sie können horizontal, vertikal und diagonal erfolgen (Rn. 26) und gesellschaftsrechtlich als Verkaufs- oder *pro-rata*-Lösung umgesetzt werden (Rn. 27 ff.). 746

Entflechtungsart	Entflechtungsrichtung	Gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung
Eigentumsrechtlich vs. organisatorisch	Horizontal, vertikal, diagonal	Verkaufslösungen (<i>share deal, asset deal</i>) vs. <i>pro-rata</i> -Lösungen (<i>spin off, split off, split up</i>)

II.

747 Die eigentumsrechtliche Entflechtung („Zerschlagung“) von Unternehmen ist im deutschen, britischen und schweizerischen Wettbewerbsrecht schon bislang kein Fremdkörper, sondern in verschiedenen Konstellationen zulässig (Rn. 32 ff.):

Entflechtungskompetenz	D	UK	CH
fusionskontrollrechtlich	Ja (Rn. 34 f.)	Ja (Rn. 43 ff.)	Ja (Rn. 51 ff.)
rechtsverstoßabhängig	Ja (Rn. 36 ff.)	Unklar (Rn. 46 ff.)	Wahrscheinlich (Rn. 54 ff.)
missbrauchsunabhängig	Ja (Rn. 40 f.)	Ja (Rn. 43 ff.)	Nein (Rn. 50)

III.

748 Missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenzen zeichnen sich dadurch aus, dass kein Verstoß des betroffenen Unternehmens gegen wettbewerbsrechtliche Verbotsnormen erforderlich ist (Rn. 60 ff.). Eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz ist deshalb die einer Wettbewerbsbehörde durch Rechtsnorm erteilte Ermächtigung zur Anordnung der zivilrechtlichen Auflösung einer (regelmäßig marktmächtigen) Unternehmenseinheit in mehrere selbständige Unternehmen ohne oder gegen den Willen und trotz rechtmäßigen Verhaltens der betroffenen Unternehmenseinheit (Rn. 65 ff.).

IV.

749 Missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenzen sind aus wettbewerbstheoretischer Sicht nicht einheitlich zu beurteilen (Rn. 70 ff.). Es kann davon ausgegangen werden, dass jedenfalls die Vertreter von systemtheoretischen Ansätzen missbrauchsunabhängige Entflechtungen generell ablehnen würden. Demgegenüber sind die Vertreter von wohlfahrtsökonomischen Ansätzen eher offen für Marktstrukturinterventionen:

Wettbewerbstheoretische Schule	Akzeptanz von Entflechtungen
(Neo-)Klassische Wettbewerbstheorien	Nein (Rn. 77 f.)

Wettbewerbstheoretische Schule	Akzeptanz von Entflechtungen
Harvard-Schule	Ja (Rn. 83 f.)
Chicago-Schule	Nein (Rn. 87 f.)
Österreichische Schule	Nein (Rn. 91)
Ordoliberalen Schule	Ja (Rn. 95 ff.)

V.

Es überzeugt indes nicht, Entflechtungen allein aus dogmatischen Gründen abzulehnen (Rn. 98 ff.). Denn wie schon die Verschiedenheit der vertretenen wettbewerbstheoretischen Ansätze zeigt, existieren auf diesem Feld keine unumstößlichen Wahrheiten naturgesetzlicher Güte. Vielmehr ist nur die Annäherung an einen ökonomischen und regulatorischen Optimalzustand möglich und erstrebenswert. Deshalb ist eine differenzierte Beurteilung der Intervention im Einzelfall erforderlich, wobei insbesondere volkswirtschaftliche Kosten und Nutzen abzuwägen sind. Dabei kann (und muss) den berechtigten Bedenken, etwa im Hinblick auf eine „Anmaßung von Wissen“, bei der gesetzgeberischen Ausgestaltung und behördlichen Anwendung einer entsprechenden Befugnisnorm begegnet werden. 750

VI.

Wirtschaftliche Machtkonzentrationen bergen ökonomisches Problempotential, das durch eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz adressiert werden soll (Rn. 103 ff.). Dabei lassen missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenzen positive wie negative ökonomische Auswirkungen erwarten, sie sind somit wettbewerblich ambivalent (Rn. 110 ff.).¹⁴³⁰ 751

Ökonomische Auswirkungen missbrauchsunabhängiger Entflechtungskompetenzen	Statisch	Dynamisch
Mögliche Vorfeldwirkungen (ex ante)	+ positiv:	- negativ:

1430 Tabelle leicht modifiziert übernommen aus *Monopolkommission*, Sondergutachten 58, Rn. 46.

Ökonomische Auswirkungen missbrauchsunabhängiger Entflechtungskompetenzen	Statisch	Dynamisch
	Reduktion der Anreize, Marktmacht durch schwer nachweisbare Arten des Missbrauchs aufzubauen oder zu verteidigen - negativ: Verlust von Größen- und Verbundvorteilen	Verlust von Investitions- und Innovationsanreizen
Mögliche Entflechtungswirkungen (<i>ex post</i>)	+ positiv: Reduktion der Marktmacht und ihrer negativen Auswirkungen (allokative Ineffizienzen) - negativ: Verlust von Rationalisierungsgewinnen; Verlust von Größen- und Verbundvorteilen; Doppelte Marginalisierung bei vertikaler Entflechtung	+ positiv: Stärkung der Investitions- und Innovationsanreize für den Käufer des entflochtenen Vermögensteils und Dritte

VII.

752 Die ökonomischen Risiken lassen sich allerdings durch gesetzgeberische Ausgestaltung wie eine eindeutige Bestimmung des Anwendungsbereichs der Norm und Entschädigungsvorschriften abmildern. Auch sollte der Sachverstand der betroffenen Unternehmen im Entflechtungsverfahren genutzt werden, um möglichst geringe Kollateralschäden zu verursachen (Rn. 134 ff.). Demnach können missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenzen insgesamt ökonomisch positiv wirken, soweit sie sorgfältig gesetzgeberisch ausgestaltet und behördlich angewandt werden. Dabei müssen die

erheblichen Folgen für das betroffene Unternehmen im Einzelfall gegen die gesamtwirtschaftlichen Vorteile abgewogen werden.

VIII.

Zweck des Wettbewerbsrechts ist der Schutz freier Wettbewerbsprozesse (Rn. 139 ff.). Missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenzen weichen zwar von den klassischen drei Säulen des kartellrechtlichen Wettbewerbschutzes ab, da sie sich gegen rechtskonform erlangte Machtpositionen richten (Rn. 143 ff.). Sie dienen aber der Förderung des freien Wettbewerbs als anerkanntem Schutzgut des Wettbewerbsrechts. Die Adressierung internen Unternehmenswachstums ist dabei nicht *per se* illegitim, sondern im Einzelfall zu beurteilen (Rn. 146 ff.). 753

Teil 2: Missbrauchsunabhängige Entflechtung in Deutschland

IX.

Deutschland war von Beginn der Industrialisierung bis zum Ende des Zweiten Weltkrieges ein klassisches Land der Kartelle und wirtschaftlichen Machtkonzentrationen (Rn. 162 ff.). In den Nachkriegsjahren erfolgten umfassende Entflechtungsmaßnahmen durch die Alliierten, die allerdings in den meisten Fällen keine dauerhafte Wirkung entfalteten (Rn. 169 ff.). Hieraus ist insbesondere die Erforderlichkeit einer wirksamen Rekonzentrationsprävention sowie die Tatsache abzuleiten, dass *pro-rata*-Lösungen nur (aber immerhin) in Ausnahmefällen wirksam sein können (Rn. 188 ff.). 754

X.

Das wettbewerbspolitische Leitbild in Deutschland unterlag – auch und gerade im Hinblick auf seine Beurteilung von wirtschaftlichen Machtkonzentrationen – seitdem einer laufenden Weiterentwicklung durch den Gesetzgeber (Rn. 207 ff.). Wirtschaftliche Machtkonzentrationen werden seit der zweiten GWB-Novelle von 1973 grundsätzlich skeptisch beurteilt. Auch eine (missbrauchsunabhängige) Entflechtungskompetenz ist in diesem Leitbild kein Fremdkörper, sondern wurde immer wieder diskutiert. Dabei unterschieden sich die Vorschläge nicht nur in Detailfragen, sondern auch auf Tatbestands- und Rechtsfolgenseite erheblich: 755

Jahr	Vorschlag	Tatbestand	Rechtsfolge
1949	<i>Josten</i> -Entwurf (Rn. 193 ff.)	Wirtschaftliche Macht	Alle Maßnahmen, die erforderlich und geeignet erscheinen
1979	<i>Möschel</i> -Entwurf (Rn. 220 ff.)	Übermäßige wirtschaftliche Macht	Alle notwendigen Anordnungen eingeschlossen die Auflösung von Unternehmen
1980	Monopolkommission (Rn. 215 ff.)	Missbräuchliches Verhalten durch marktbeherrschendes Unternehmen, für das strukturelle Ursachen maßgeblich sind	Entflechtung
2010	<i>Brüderle</i> -Entwurf (Rn. 230 ff.)	Marktbeherrschung	Veräußerung oder anderweitige Verselbständigung von Vermögensteilen
2023	§ 32f Abs. 4 GWB (Rn. 240 ff.)	Erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs	Veräußerung von Unternehmensanteilen oder Vermögen

XI.

756 Die missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz des § 32f Abs. 4 GWB (Rn. 240 ff.) versucht, durch ihre ausgewogene Gestaltung den vorgebrachten Bedenken umfänglich Rechnung zu tragen. Sie ist – trotz einiger fortbestehender Kritikpunkte – gewissermaßen die Quintessenz der in Deutschland jahrzehntelang schwelenden und immer wieder aufflammenden Debatte um die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz. Von den früheren Vorschlägen kommt § 32f Abs. 4 GWB dem *Möschel*-Entwurf von 1979 am nächsten, da beide als zentrales Eingriffskriterium bloße Marktmacht nicht ausreichen lassen, zugleich aber keinen Missbrauch erfordern.

XII.

757 Der Gesetzgeber hat damit auf legislativer Seite weitgehend seine „Hausaufgaben“ gemacht (Rn. 306). Es obliegt dem Bundeskartellamt, bei der

praktischen Anwendung der Norm ebenfalls Augenmaß walten zu lassen. Wenn ihm dies gelingt, kann die missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz gem. § 32f Abs. 4 GWB einen erfolgreichen Beitrag zu mehr Wettbewerb und mithin mehr Wohlstand in Deutschland leisten.

XIII.

Auch offensichtliche Problemfelder im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht wurden durch die konkrete Ausgestaltung von § 32f Abs. 4 GWB adressiert, sodass klare Verstöße nicht ersichtlich sind (Rn. 307 ff.). Es besteht jedoch weiter eine Vielzahl von Unsicherheiten, die teilweise durch eine präzisere gesetzgeberische Ausgestaltung vermeidbar gewesen wären. Es ist – nicht zuletzt angesichts der enormen wirtschaftlichen Bedeutung von Entflechtungsverfahren – damit zu rechnen, dass diese Fragen dem BVerfG und EuGH zur Entscheidung vorgelegt würden, wenn es zu einem praktischen Anwendungsfall der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz käme (Rn. 364). 758

XIV.

Die praktische Anwendung der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz gem. § 32f Abs. 4 GWB ist zwar unwahrscheinlich, aber nicht ausgeschlossen (Rn. 366 ff.). Sie kommt insbesondere auf oligopolistisch geprägten Märkten bei rein strukturell bedingter stillschweigender Kollusion in Betracht. Bei reinen Marktmachtsachverhalten stellen sich Abgrenzungsprobleme zur Missbrauchsaufsicht, die vorrangig anzuwenden ist. 759

XV.

Der „geborene“ konkrete Anwendungsfall der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz gem. § 32f Abs. 4 GWB drängt sich zwar nicht auf. Denn auch bei Fällen, in denen eine Entflechtung schon öffentlich diskutiert wurde, gibt es gewichtige Argumente gegen die Anwendung der Norm (Rn. 383 ff.). Hieraus kann allerdings nicht der Schluss gezogen werden, dass § 32f Abs. 4 GWB zum zahnlosen „Papiertiger“ wird. Vielmehr verbietet sich sowohl in den genannten als auch in jedem anderen denkbaren Fall ein abschließendes Urteil ohne die für eine Entflechtung zwingend erforderlichen Erkenntnisse aus einer vorangehenden Sektoruntersuchung (Rn. 403). 760

Teil 3: Missbrauchsunabhängige Entflechtung im Vereinigten Königreich

XVI.

761 Im Vereinigten Königreich bestand bis um die Jahrtausendwende ein fragmentiertes, teils widersprüchliches Wettbewerbsrechtsregime, das sich aus *common law*, *statutory law* und dem Wettbewerbsrecht der Europäischen Gemeinschaften zusammenfügte (Rn. 415 ff.). Zentrales Leitbild der britischen Wettbewerbspolitik war dabei das öffentliche Interesse (*public interest*). Die konkrete Bedeutung dieses Begriffs oszillierte aber und umfasste effektiven bzw. freien Wettbewerb nur als einen unter vielen Abwägungsgesichtspunkten.

XVII.

762 Die praktische Anwendung des *public interest*-Ansatzes war daher kaum vorhersehbar und teils ökonomisch nicht fundiert (Rn. 435 ff.). Anstelle der Ausrichtung an einem abstrakten Grundkonzept orientierte sich die Wettbewerbspolitik im Vereinigten Königreich an den wirtschaftlichen Bedürfnissen des jeweiligen Einzelfalls und der jeweiligen Zeit (Rn. 449). Wirtschaftliche Machtkonzentrationen wurden im Interesse der Stärkung der nationalen Wirtschaft zwar grundsätzlich wohlwollend behandelt, jedoch waren missbrauchsunabhängige Entflechtungen rechtlich zulässig und erfolgten in einigen Fällen auch. Insgesamt ist aber eine unzureichende Wirkung der Monopolaufsicht zu konstatieren (Rn. 443 f.).

XVIII.

763 Als die Unzulänglichkeiten des fragmentierten Wettbewerbsrechtsregimes im Vereinigten Königreich immer deutlicher wurden, bemühte sich der britische Gesetzgeber um Vereinheitlichung und Modernisierung. Die wesentlichen Modernisierungsgesetze waren der Competition Act 1998 und der Enterprise Act 2002 (Rn. 451 ff.). Mit dem CA98 wurden insbesondere dem europäischen Wettbewerbsrecht nachgebildete Verbote wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und des Marktmachtmisbrauchs eingeführt, der EA02 führte zu einer weitgehenden – aber nicht vollständigen – Abkehr vom hergebrachten *public interest*-Ansatz auch für die Fusionskontrolle. Zudem enthält er in seinem Part IV das Marktuntersuchungsinstrument, das die missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz gem. sec. 161 para. 3 i.V.m. Schedule 8 para. 13 EA02 umfasst.

XIX.

Mit dem CA98 und EA02 näherte sich die Wettbewerbspolitik im Vereinigten Königreich weitgehend kontinentaleuropäischen Vorstellungen an und stellte effektiven Wettbewerb ins Zentrum ihrer Bestrebungen (Rn. 461). Sie behielt jedoch eine gewisse Eigenständigkeit und in gewissen Fällen auch ihren früheren Pragmatismus im Hinblick auf nicht-wettbewerbliche Ziele, namentlich das öffentliche Interesse, bei. Die Möglichkeit missbrauchsunabhängiger Entflechtungen fügt sich daher auch in das neue Leitbild zwanglos ein. Das Konzept des öffentlichen Interesses könnte zudem infolge des „Brexit“ und der damit einhergehenden Lösung von unionsrechtlichen Bindungen in Zukunft wieder an Bedeutung gewinnen, wengleich eine fortgesetzte Ausrichtung am europäischen Regime wohl wahrscheinlicher ist. 764

XX.

Das Marktuntersuchungsinstrument gem. Part IV EA02 verfolgt als wettbewerbspolitisches Leitbild vorwiegend die Steigerung der Verbraucherwohlfahrt (Rn. 466 ff.). Das Instrument ist zweiphasig ausgestaltet und verleiht der CMA ein hohes Maß behördlichen Ermessens und enorme Eingriffsbefugnisse (Rn. 470 ff., 510). Zentrales Eingriffskriterium ist das Vorliegen eines *adverse effect on competition*. Dabei handelt es sich um einen Begriff, dessen Formulierung eng an sec. 2 CA98 und Art. 101 AEUV angelehnt ist (Rn. 492 ff.). 765

XXI.

Die Frage der Vereinbarkeit der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz mit höherrangigem Recht (Rn. 513 ff.) scheint im Vereinigten Königreich weit weniger umstritten zu sein als in Deutschland. Hierfür dürfte jedenfalls mitursächlich sein, dass es im Vereinigten Königreich keine kodifizierte Verfassung gibt und entsprechende wettbewerbsrechtliche Kompetenzen schon vor dem Beitritt zu den Europäischen Gemeinschaften bestanden, die von den Unionsorganen auch nie beanstandet wurden. 766

XXII.

Soweit ersichtlich, haben die CMA und ihre Vorgänger eine missbrauchsunabhängige Unternehmenserschlagung bisher in sieben Fällen angeordnet oder empfohlen (Rn. 521 ff.). Die Gesamtbewertung (Rn. 560 ff.) der Anwendungsfälle der missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz im Vereinigten Königreich ist indifferent. Die Fälle belegen 767

weder die ökonomische Unwirksamkeit einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz, noch streiten sie durch klar positive Effekte für die Einführung einer solchen. Sie zeigen allerdings, dass viele Bedenken im Hinblick auf die praktische Umsetzbarkeit von Entflechtungen zumindest nicht pauschal durchgreifen und dass positive Effekte auf den Wettbewerb möglich sind:

Jahr	Verfahren	Ausgangslage	Abhilfemaßnahme	Auswirkungen
1981	<i>Roadside Advertising Services</i> (Rn. 524 ff.)	Vertikale Integration; Explizit koordiniertes Oligopol	Vollständige Auflösung von <i>British Posters Ltd.</i>	Wohl Wettbewerbsverbesserung
1989	<i>Artificial Lower Limbs</i> (Rn. 528 ff.)	Horizontale Integration; Marktmacht	Veräußerung einer Tochtergesellschaft der <i>InterMed Ltd.</i>	Nicht vollzogen wegen Änderung der Marktstruktur
1989	<i>Supply of Beer</i> (Rn. 532 ff.)	Vertikale Integration; Oligopol	Veräußerung von ca. 14.000 im Eigentum von Großbrauereien stehenden Pubs (politisch abgeschwächt, MMC hielt 21.900 für erforderlich)	Vertikale Integration aufgelöst, allerdings Bildung horizontal integrierter <i>pubcos</i> und Fortbestand des Brauereioligopols; Keine positiven Preiseffekte
1993	<i>British Gas</i> (Rn. 539 ff.)	Vertikale Integration; Monopol	Verselbständigung des Gas-handelsgeschäfts	Nicht im Verfahren vollzogen
2009	<i>BAA Airports</i> (Rn. 543 ff.)	Horizontale Integration; Marktmacht	Veräußerung von drei Flughäfen	Wettbewerbsverbesserung
2014	<i>Aggregates</i> (Rn. 551 ff.)	Vertikale Integration;	Veräußerung eines Zement-	Unklar

Jahr	Verfahren	Ausgangslage	Abhilfemaßnahme	Auswirkungen
		Monopol; Implizit koordiniertes Oligopol	werks und einer GGBS-Produktionsstätte	
2014	<i>Private Healthcare</i> (Rn. 556 ff.)	Horizontale Integration; Marktmacht	Veräußerung von zwei Londoner Kliniken	Nicht vollzogen nach Anfechtung und Neubeurteilung durch CMA

Teil 4: Vergleich der missbrauchsunabhängigen Entflechtung in Deutschland und im Vereinigten Königreich

XXIII.

Die missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenzen in Deutschland und dem Vereinigten Königreich ähneln sich grundsätzlich. Dies ist insbesondere im Hinblick auf ihr wettbewerbspolitisches Leitbild und die für eine Verfahrenseinleitung erforderlichen Umstände sowie das zentrale Tatbestandsmerkmal (Rn. 611). 768

XXIV.

Die Verfahrensausgestaltung unterscheidet sich dagegen erheblich. Bereits die beiden Verfahrensphasen haben unterschiedliche Zwecke und einen unterschiedlichen Grad an Förmlichkeit; auch die Zuständigkeit unterscheidet sich. Der augenfälligste Unterschied dürfte aber darin liegen, dass die CMA über einen wesentlich weiteren Spielraum verfügt als das Bundeskartellamt. Während im Vereinigten Königreich etwa die Subsidiarität des Verfahrens, die Form der Beteiligung, die Art der betroffenen Märkte und Unternehmen sowie die Rechtsfolge weitgehend im Ermessen der CMA stehen und gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar sind, sind all diese Punkte in Deutschland gesetzlich geregelt und voll gerichtlich überprüfbar (Rn. 612). Im Einzelnen: 769

Element	Deutschland	Vereinigtes Königreich
Wettbewerbspolitisches Leitbild (Rn. 573 f.)	Dynamisches Wettbewerbsverständnis; Wohlfahrtsökonomischer Ansatz mit Zielen Verbraucherwohlfahrt, Nachhaltigkeit und politische Machtbegrenzung	Dynamisches Wettbewerbsverständnis; Wohlfahrtsökonomischer Ansatz mit Zielen Verbraucherwohlfahrt und gesamtwirtschaftliche Effizienz
Verfahrensvoraussetzungen (Rn. 578)	Umstände lassen vermuten, dass der Wettbewerb im Inland möglicherweise eingeschränkt oder verfälscht ist	Eindruck der CMA, dass Märkte nicht gut funktionieren
Verfahrenseinleitung (Rn. 576)	Ausschließlich durch BKartA	Grundsätzlich durch CMA; Einflussnahme durch Verbraucherverbände und Minister möglich
Subsidiarität gegenüber kartellrechtlichen Instrumenten (Rn. 582)	Subsidiarität gesetzlich angeordnet und gerichtlich überprüfbar; Praktische Konsequenzen der Klausel noch unklar.	Unverbindliche Selbstverpflichtung der CMA zur Subsidiarität; Selbstverpflichtung lässt in der Praxis Überschneidungen zu
Verfahrensphasen (Rn. 576 ff.)	Unverbindliche Sektoruntersuchung mit anschließender Abhilfephase; Zuständigkeit derselben Beschlussabteilung; Beide Phasen zwingend erforderlich	Unverbindliche <i>market study</i> mit anschließender förmlicher <i>market investigation</i> inklusive Abhilfemaßnahmen; Zuständigkeit verschiedener Teams; Phase 1 fakultativ
Beteiligung (Rn. 583)	In Phase 1 keine Beteiligung erforderlich; In Phase 2 grundsätzlich öffentliche Anhörung notwendig	Konsultation in beiden Verfahrensphasen erforderlich; CMA entscheidet aber über die Art und Weise der Beteiligung

Element	Deutschland	Vereinigtes Königreich
Verfahrensdauer (Rn. 584 f.)	Grundsätzlich 36 Monate; Keine Konsequenzen bei Nichteinhaltung	Grundsätzlich 36 Monate; Verlängerung nur in gesetzlich bestimmten Fällen um bestimmte Dauer möglich
Rechtsschutz (Rn. 586 ff.)	Zwei gerichtliche Instanzen (voller Prüfungsumfang); Keine politische Kontrollinstanz	Zwei gerichtliche Instanzen (eingeschränkter Prüfungsumfang); Keine politische Kontrollinstanz
Eingriffsgrund (Rn. 592 ff.)	Erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs; Für das GWB neuartiger Rechtsbegriff	<i>Adverse effect on competition</i> ; An sec. 2 CA98 bzw. Art. 101 AEUV angelehnter Rechtsbegriff
Betroffene Märkte (Rn. 596 ff.)	Mindestens ein mindestens bundesweiter Markt, mehrere einzelne Märkte oder marktübergreifend; Vorschrift auf regulierten Sektoren anwendbar, für Abhilfemaßnahmen Einvernehmen der Bundesnetzagentur erforderlich	Keine gesetzliche Einschränkung, CMA will aber nicht eingreifen bei kurzfristigen Wettbewerbsproblemen, auf sehr kleinen Märkten sowie wenn nur kleine Teile eines Marktes betroffen sind; Vorschrift auf regulierten Sektoren anwendbar, Entscheidung der CMA muss inhaltlich im Einklang mit den Pflichten der Regulierungsbehörde liegen
Betroffene Unternehmen (Rn. 596 ff.)	Marktbeherrschende Unternehmen bzw. Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung	Keine gesetzliche Einschränkung; Aufgrund der Anforderungen an betroffene Märkte dürften aber nur große, marktmächtige Unternehmen in Betracht kommen

Element	Deutschland	Vereinigtes Königreich
Entflechtungsanordnung (Rn. 604 ff.)	Nur Verkaufslösungen explizit erwähnt; Unklare behördliche Begleitung der Käuferauswahl	Offene Generalklausel, in der Praxis Rückgriff auf Verkaufslösungen; Enge behördliche Begleitung der Käuferauswahl
Entschädigung (Rn. 607 f.)	Zahlung in Höhe der Hälfte einer etwaigen Differenz zwischen dem festgestellten Wert und dem tatsächlichen Verkaufserlös	Keine Entschädigung über den Verkaufspreis hinaus
Entflechtungsdurchsetzung (Rn. 609)	Behördlicher Vollzug insbesondere durch Einsetzung eines Treuhänders	Behördlicher Vollzug insbesondere durch Einsetzung eines Treuhänders; <i>Private enforcement</i> jedenfalls theoretisch zulässig
Rekonzentrationsprävention (Rn. 610)	Fünfstufiges Rückerwerbsverbot gesetzlich angeordnet	Keine gesetzliche Regelung; CMA sieht zehnjähriges Rückerwerbsverbot vor

XXV.

770 Soweit sich § 32f Abs. 4 GWB trotz dieser Hürden als praktikable Norm erweist, ist der restriktivere deutsche Ansatz vorzugswürdig, da er die widerstreitenden Interessen der betroffenen Unternehmen und des Staates besser in Einklang bringt (Rn. 613).

Teil 5: Missbrauchsunabhängige Entflechtung in der Schweiz?

XXVI.

771 Wirtschaftliche Machtkonzentrationen und Kartelle wurden in der Schweiz lange Zeit wohlwollend behandelt. Ein wettbewerbliches Problembewusstsein entwickelte sich erst vergleichsweise spät (Rn. 615 ff.). Mittlerweile handelt es sich beim schweizerischen Kartellgesetz aber um ein weitgehend am EU-Recht orientiertes Dreisäulenmodell ohne die Möglichkeit missbrauchsunabhängiger Entflechtungen für Marktversagenstatbestände, bei denen die klassischen kartellrechtlichen Befugnisse nicht ausreichen.

XXVII.

Es stellt sich in der Schweiz also in gleicher Weise wie aktuell im 772 europäischen und bis 2023 im deutschen Recht (NCT bzw. § 32f GWB) die Frage nach der Zweckmäßigkeit einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungskompetenz. Das offene wettbewerbspolitische Leitbild des wirksamen Wettbewerbs unter dem derzeitigen Kartellgesetz (Rn. 629 ff.) dürfte einer Einführung jedenfalls nicht entgegenstehen. Wirtschaftliche Machtkonzentrationen werden ohnehin zunehmend kritisch beurteilt.

XXVIII.

Eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz dürfte zudem 773 auch in der Schweiz mit höherrangigem Recht vereinbar auszugestalten sein (Rn. 649 ff.). Insbesondere die Bundesverfassung stellt zwar einen grund- und kompetenzrechtlichen Rahmen auf. Diesen Anforderungen dürfte durch eine sorgfältige Ausgestaltung der Norm aber entsprochen werden können.

XXIX.

Auch die Eingriffsbefugnisse im schweizerischen Wettbewerbsrecht rei- 774 chen zudem nicht vollständig zur Adressierung von Marktversagenstatbeständen aus (Rn. 686 ff.). Eine missbrauchsunabhängige Entflechtungskompetenz hätte demnach auch in der Schweiz ihre Daseinsberechtigung, soweit sie Kosten und Nutzen in einen angemessenen Ausgleich bringt.

XXX.

Die konkrete Ausgestaltung einer missbrauchsunabhängigen Entflech- 775 tungskompetenz in der Schweiz könnte wie folgt lauten (Rn. 693 ff.):

Art. 11a KG – Missbrauchsunabhängige Entflechtungen

¹ Ist auf einem Markt für Güter mit besonderer Bedeutung für das Gemeinwohl der Wettbewerb dauerhaft und signifikant behindert, so kann die Wettbewerbskommission anordnen, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen, das im letzten Geschäftsjahr vor Erlass der Anordnung einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz nach Artikel 9 Absatz 1 lit. a) erzielt hat und einen massgeblichen Beitrag zu der Behinderung leistet, Teile seines Vermögens veräussern oder auf andere Weise verselbständigen muss, wenn dies die Beseitigung oder erhebliche Verringerung der Wettbewerbsbehinderung erwarten lässt.

² Absatz 1 findet keine Anwendung,

- a) wenn die sonstigen behördlichen Befugnisse unter diesem Gesetz sowie dem Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985 ausreichend zur Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs erscheinen;
- b) auf Unternehmensteile, für die sektorspezifisches Regulierungsrecht Vorgaben enthält;
- c) auf Unternehmensteile, deren Zusammenschluss innerhalb der letzten zehn Jahre durch die Wettbewerbskommission oder, im Falle des Artikel 9 Absatz 1^{bis}, die Europäische Kommission zugelassen wurde.

³ Soweit aufgrund einer Anordnung nach Absatz 1 eine Veräusserung erfolgt und der tatsächliche Verkaufserlös den vollen Wert des Entflechtungsgegenstandes unterschreitet, den ein von der Wettbewerbskommission beauftragter Wirtschaftsprüfer für den Zeitpunkt des der Anordnung vorangegangenen Jahresabschlusses festgestellt hat, erhält das veräussernde Unternehmen aus Haushaltsmitteln des Bundes eine Entschädigung in Höhe der Differenz zwischen dem festgestellten Wert und dem tatsächlichen Verkaufserlös.

Art. 11b KG – Ausnahmsweise Aufhebung aus überwiegenden öffentlichen Interessen

Anordnungen nach Art. 11a können vom Bundesrat auf Antrag der Beteiligten aufgehoben werden, wenn dies in Ausnahmefällen notwendig ist, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen.

Art. 31a KG – Entflechtungsverfahren

Für das Entflechtungsverfahren nach Art. 11a und 11b sind die Vorschriften dieses Abschnitts sinngemäss anwendbar mit der Massgabe, dass die Untersuchung (Artikel 27) binnen 18 Monaten abzuschließen ist und an die Stelle des Entscheids (Artikel 30) ein zu veröffentlicher Abschlussbericht tritt. Für die Anordnung nach Artikel 11a Absatz 1 Satz 1 ist Artikel 37 Absatz 2 und 3 sinngemäss anwendbar mit der Massgabe, dass die Wettbewerbskommission binnen 18 Monaten nach Veröffentlichung des Abschlussberichts gemäss Satz 1 entweder einen Vorschlag des betroffenen Unternehmens zu billigen oder an seiner Stelle zu entscheiden hat. Die Fristen nach Satz 1 und 2 können vom Bundesrat beim Vorliegen besonderer Umstände jeweils einmalig um sechs Monate verlängert werden. Weitere Verlängerungen sind nur möglich, wenn die Verzögerung durch die fehlende Mitwirkung eines betroffenen Unternehmens verursacht wird.

B. Summarising theses

Part 1: Introduction and foundations

I.

Divestiture of ownership, which forms the subject of this study, must be distinguished from organisational divestiture (paras. 24 et seq.). Divestiture of ownership can be horizontal, vertical and diagonal (para. 26) and can be implemented under corporate law as a sale solution or *pro rata* solution (paras. 27 et seq.). 776

Divestiture type	Divestiture direction	Legal form
Divestiture of ownership vs. organisational divestiture	Horizontal, vertical, diagonal	Sales solutions (share deal, asset deal) vs. <i>pro rata</i> solutions (spin off, split off, split up)

II.

The divestiture of undertakings is not an alien concept in German, British or Swiss competition law, but is permissible in various constellations (paras. 32 et seq.): 777

Divestiture power	D	UK	CH
under merger control law	Yes (paras. 34 et seq.)	Yes (paras. 43 et seq.)	Yes (paras. 51 et seq.)
depending on infringement	Yes (paras. 36 et seq.)	Unclear (paras. 46 et seq.)	Probably (paras. 54 et seq.)
abuse-independent	Yes (paras. 40 et seq.)	Yes (paras. 43 et seq.)	No (para. 50)

III.

778 Abuse-independent divestiture powers are characterised by the fact that no infringement of competition law prohibitions by the undertaking concerned is required (paras. 60 et seq.). An abuse-independent divestiture power therefore constitutes a legal authorisation granted to a competition authority to order, under civil law, the dissolution of a company (typically one with market power) into several independent entities—without or against the will of the company concerned, and despite its lawful conduct (paras. 65 et seq.).

IV.

779 Abuse-independent divestiture powers cannot be assessed uniformly from a competition theory perspective (paras. 70 et seq.). It may be assumed that at least the representatives of system-theoretical approaches generally reject abuse-independent divestiture. In contrast, the representatives of welfare economics approaches are more open to market structure interventions:

Competition theory school	Acceptance of divestiture
(Neo-)classical competition theories	No (paras. 77 et seq.)
Harvard School	Yes (paras. 83 et seq.)
Chicago School	No (paras. 87 et seq.)
Austrian School	No (para. 91)
Ordoliberal school	Yes (paras. 95 et seq.)

V.

780 However, it is not convincing to reject divestiture solely on dogmatic grounds (paras. 98 et seq.). After all, as the diversity of the competition theory approaches demonstrates, there are no irrefutable truths of natural law kind in this field. Rather, only an approximation to an economically and regulatorily optimal state is both possible and desirable. A differentiated assessment of the intervention is therefore necessary in each individual case, requiring a careful weighing of economic costs and benefits. The legitimate concerns, for example with regard to a “pretence of knowledge”, can (and must) be addressed in the legislative drafting and administrative use of a corresponding provision.

VI.

Economic concentrations of power harbour potential economic problems that may be addressed by abuse-independent divestiture powers (paras. 103 et seq.). However, abuse-independent divestiture powers can be expected to have both positive and negative economic effects and are therefore ambivalent in terms of competition (paras. 110 et seq.).¹⁴³¹ 781

Economic effects of abuse-independent divestiture powers	Static	Dynamic
Possible upfront effects <i>(ex ante)</i>	<p>+ positive: Reduction of incentives to build up or defend market power through types of abuse that are difficult to prove</p> <p>- negative: Loss of economies of scale and scope</p>	<p>- negative: Loss of investment and innovation incentives</p>
Possible divestiture effects <i>(ex post)</i>	<p>+ positive: Reduction of market power and its negative effects (allocative inefficiencies)</p> <p>- negative: Loss of rationalisation gains; Loss of economies of scale and scope; Double marginalisation (in case of vertical divestiture)</p>	<p>+ positive: Strengthening investment and innovation incentives for the buyer of the divested assets and third parties</p>

1431 Table borrowed and slightly modified from *Monopolkommission*, Sondergutachten 58, para. 46.

VII.

782 The economic risks can, however, be mitigated by legislative design such as a clear definition of the scope of application and compensation provisions. The expertise of the affected undertakings should also be leveraged in the divestiture process in order to cause as little collateral damage as possible (paras. 134 et seq.). Accordingly, abuse-independent divestiture powers may have a positive economic effect overall, provided they are carefully designed by the legislator and applied by the authorities. The significant consequences for the undertaking concerned must be weighed against the overall economic benefits in each individual case.

VIII.

783 The aim of competition law is to protect free competitive processes (paras. 139 et seq.). Abuse-independent divestiture powers deviate from the classic three pillars under antitrust law, as they are directed against positions of economic power acquired lawfully (paras. 143 et seq.). However, they serve to promote free competition as a recognized object under competition law. Addressing internal undertaking growth is not illegitimate *per se* but requires a case-by-case assessment (paras. 146 et seq.).

Part 2: Abuse-independent divestiture in Germany

IX.

784 From the beginning of industrialisation until the end of the Second World War, Germany was a classic country of cartels and concentrations of economic power (paras. 162 et seq.). In the post-war years, the Allies carried out comprehensive divestiture measures, which in most cases, however, did not have a lasting effect (paras. 169 et seq.). From this experience, in particular the need for effective prevention of reconcentration and the fact that *pro rata* solutions can only (but still) be effective in exceptional cases (paras. 188 et seq.) can be derived.

X.

785 The guiding rationale of competition policy in Germany has since been subject to ongoing further development by the legislator – also and especially with regard to the assessment of concentrations of economic power (paras. 207 et seq.). Since the second amendment to the GWB in 1973, economic concentrations of power have generally been viewed with scepticism. An (abuse-independent) divestiture power is also not an alien element in this model but has been discussed time and again. The proposals differed

considerably not only in terms of details, but also in facts of the case and legal consequences:

Year	Proposal	Facts of the case	Legal consequence
1949	<i>Josten</i> draft (paras. 193 et seq.)	Economic power	All measures that appear necessary and appropriate
1979	<i>Möschel</i> draft (paras. 220 et seq.)	Excessive economic power	All necessary orders including the dissolution of undertakings
1980	Monopolkommission (paras. 215 et seq.)	Abusive behaviour by a dominant undertaking for which structural causes are decisive	Divestiture
2010	<i>Brüderle</i> draft (paras. 230 et seq.)	Market dominance	Sale or other separation of undertaking parts
2023	Section 32f para. 4 GWB (paras. 240 et seq.)	Substantial and continuous distortion of competition	Sale of shares or assets

XI.

The abuse-independent divestiture power pursuant to Section 32f para. 4 GWB (paras. 240 et seq.) attempts to comprehensively address the concerns raised through its balanced design. Despite some persistent points of criticism, it is to a certain extent the quintessence of the debate on the introduction of an abuse-independent divestiture power that has been smouldering in Germany for decades and has repeatedly flared up. Of the earlier proposals, Section 32f para. 4 GWB comes closest to the *Möschel* draft of 1979, as both do not let mere market power be sufficient as a central intervention criterion, but at the same time do not require abusive behaviour. 786

XII.

The legislator has thus largely done its “homework” on the legislative side (para. 306). It is up to the Bundeskartellamt to also exercise a sense 787

of proportion in the practical application of the act. If it succeeds in doing so, the abuse-independent divestiture power pursuant to Section 32f para. 4 GWB can make a successful contribution to more competition and therefore more prosperity in Germany.

XIII.

788 Obvious problem areas with regard to compatibility with higher-ranking law were also addressed by the specific formulation of Section 32f para. 4 GWB, so that clear violations are not apparent (paras. 307 et seq.). However, there are still a number of uncertainties, some of which could have been avoided by a more precise legislative design. It is to be expected – not least in view of the enormous economic significance of divestiture procedures – that these questions would be submitted to the Federal Constitutional Court and European Court of Justice if a practical application of the abuse-independent divestiture power were to occur (para. 364).

XIV.

789 The practical application of the abuse-independent divestiture power pursuant to Section 32f para. 4 GWB is unlikely but not excluded (paras. 366 et seq.). It can be considered in particular on oligopolistic markets in the case of purely structural tacit collusion. In cases of pure market power, there are problems of differentiation from laws concerning the abuse of market power, which are to be applied with priority.

XV.

790 The “born” specific case of application of the abuse-independent divestiture power pursuant to Section 32f para. 4 GWB is not obvious. Even in cases in which divestiture has already been publicly discussed, there are strong arguments against the application of the provision (paras. 383 et seq.). However, it cannot be concluded from this that Section 32f para. 4 GWB will become a toothless “paper tiger”. This is because, both in the cases mentioned and in every other conceivable case, a final judgment is not possible without the findings from a prior sector inquiry that are necessary for divestiture (para. 403).

Part 3: Abuse-independent divestiture in the United Kingdom

XVI.

791 Until the turn of the millennium, the United Kingdom had a fragmented, sometimes contradictory competition law regime, which consisted of

common law, statutory law and the competition law of the European Communities (paras. 415 et seq.). The guiding principle of British competition policy was the public interest. However, the concrete meaning of this term oscillated and only included effective or free competition as one of many considerations.

XVII.

The practical application of the public interest approach was therefore 792
hardly predictable in individual cases and in some cases not economically substantiated (paras. 435 et seq.). Instead of focusing on an abstract concept, competition policy in the United Kingdom was geared towards the economic needs of the individual case and the respective time (para. 449). Although economic concentrations of power were generally treated favourably in the interests of strengthening the national economy, abuse-independent divestiture was legally permissible and took place in some cases. Overall, however, the effect of monopoly supervision proved insufficient (paras. 443 et seq.).

XVIII.

As the inadequacies of the fragmented competition law regime in the UK 793
became increasingly apparent, the British legislator sought to harmonise and modernise it. The main modernisation laws were the Competition Act 1998 and the Enterprise Act 2002 (paras. 451 et seq.). In particular, the CA98 introduced bans on restrictive agreements and the abuse of market power that were modelled on European competition law, while the EA02 led to a far-reaching – though not complete – departure from the traditional public interest approach for merger control as well. In its Part IV, it also contains the market investigation instrument, which comprises the abuse-independent divestiture power pursuant to sec. 161 para. 3 in conjunction with Schedule 8 para. 13 EA02.

XIX.

With the CA98 and EA02, competition policy in the United Kingdom 794
largely converged with continental European ideas and placed effective competition at the centre of its efforts (para. 461). However, it retained a certain independence and, in part, its earlier pragmatic approach to non-competitive objectives, namely the public interest. The possibility of abuse-independent divestiture therefore also fits easily into the new model. The concept of the public interest could also become more important again in the future as a result of Brexit and the associated loosening of ties under

EU law, although continued alignment with the European regime seems more likely.

XX.

795 The market investigation instrument pursuant to Part IV EA02 primarily pursues the goal of increasing consumer welfare as a guiding principle of competition policy (paras. 466 et seq.). The instrument is designed in two phases and gives the CMA a high degree of discretion and enormous powers of intervention (paras. 470 et seq., 510). The central criterion for intervention is the existence of an adverse effect on competition. This is a term whose wording is closely based on sec. 2 CA98 and Art. 101 TFEU (paras. 492 et seq.).

XXI.

796 The question of the compatibility of the abuse-independent divestiture power with higher-ranking law (paras. 513 et seq.) appears to be far less controversial in the United Kingdom than in Germany. This is probably due to the fact that there is no codified constitution in the United Kingdom and that corresponding competition law powers already existed before accession to the European Communities, which were never challenged by the EU institutions.

XXII.

797 As far as can be seen, the CMA and its predecessors have by now ordered or recommended an abuse-independent break-up in seven cases (paras. 521 et seq.). The overall assessment (paras. 560 et seq.) of the cases of application of the abuse-independent divestiture power in the United Kingdom is indifferent. The cases neither prove the economic ineffectiveness of an abuse-independent divestiture power, nor do they argue in favour of the introduction of such a competence due to clearly positive effects. However, they do show that many concerns regarding the practical feasibility of divestiture are at least not universally valid and that positive effects on competition are possible:

Year	Case	Initial situation	Remedial measure	Effects
1981	<i>Roadside Advertising Services</i> (paras. 524 et seq.)	Vertical integration; Explicitly coordinated oligopoly	Complete liquidation of <i>British Posters Ltd.</i>	Probably improving competition
1989	<i>Artificial Lower Limbs</i> (paras. 528 et seq.)	Horizontal integration; Market power	Sale of a subsidiary of <i>InterMed Ltd.</i>	Not implemented due to change in market structure
1989	<i>Supply of Beer</i> (paras. 532 et seq.)	Vertical integration; Oligopoly	Disposal of approximately 14,000 pubs owned by large breweries (politically weakened, MMC considered 21,900 necessary)	Vertical integration dissolved, but formation of horizontally integrated <i>pubcos</i> and continuation of the brewery oligopoly; No positive price effects
1993	<i>British Gas</i> (paras. 539 et seq.)	Vertical integration; Monopoly	Divestiture of the gas trading business	Not completed in the proceedings
2009	<i>BAA Airports</i> (paras. 543 et seq.)	Horizontal integration; Market power	Sale of three airports	Improving competition
2014	<i>Aggregates</i> (paras. 551 et seq.)	Vertical integration; monopoly; Implicitly coordinated oligopoly	Sale of a cement plant and a GGBS production facility	Unclear

Year	Case	Initial situation	Remedial measure	Effects
2014	<i>Private Healthcare</i> (paras. 556 et seq.)	Horizontal integration; Market power	Sale of two London clinics	Not executed after appeal and reassessment by CMA

Part 4: Comparison of abuse-independent divestiture in Germany and the United Kingdom

XXIII.

798 The abuse-independent divestiture powers in Germany and the United Kingdom are principally similar. This applies in particular in terms of their competition policy model and the circumstances required to initiate proceedings as well as the central criterion for intervention (para. 611).

XXIV.

799 The procedural framework, on the other hand, diverges considerably. The two phases of the procedure already serve different purposes and have a varying degree of formality; the responsibility also differs. The most obvious difference, however, is probably that the CMA enjoys considerably greater discretion than the Bundeskartellamt. Whereas in the UK, for example, the subsidiarity of the proceedings, the form of consultation, the type of markets and undertakings affected and the legal consequences are largely at the discretion of the CMA and can only be reviewed by the courts to a limited extent, all of these points are regulated by law in Germany and are fully subject to judicial review (para. 612). In detail:

Element	Germany	United Kingdom
Competition policy (paras. 573 et seq.)	Dynamic understanding of competition; Welfare economics approach with the objectives of consumer welfare, sustainability and political power limitation	Dynamic understanding of competition; Welfare economics approach with the objectives of consumer welfare and macroeconomic efficiency

Element	Germany	United Kingdom
Initiative requirements (para. 578)	Circumstances suggest that domestic competition may be restricted or distorted	CMA's impression that markets are not functioning well
Initiation of proceedings (para. 576)	Only by BKartA	Generally by CMA; Influence by consumer associations and ministers possible
Subsidiarity towards antitrust (para. 582)	Subsidiarity ordered by law and subject to judicial review; The practical consequences of the clause are still unclear	Non-binding commitment of the CMA to subsidiarity; Self-commitment allows for overlaps in practice
Procedural phases (paras. 576 et seq.)	Non-binding sector inquiry with subsequent remedial phase; Responsibility of the same decision-makers; Both phases mandatory	Non-binding market study with subsequent formal market investigation including remedial measures; Responsibility of various teams; Phase 1 optional
Consultation (para. 583)	No consultation required in phase 1; Public consultation is generally necessary in phase 2	Consultation required in both phases of the process; CMA decides on the type and manner of consultation
Duration of procedure (paras. 584 et seq.)	Principally 36 months; No consequences for non-compliance	Principally 36 months; Extension only possible in legally defined cases for a specific duration
Legal protection (paras. 586 et seq.)	Two judicial instances (full scope of review); No political supervisory authority	Two judicial instances (limited scope of review); No political supervisory authority
Reason for	Substantial and continuous distortion of competition;	Adverse effect on competition;

Element	Germany	United Kingdom
divestiture (paras. 592 et seq.)	New legal concept for the GWB	Legal concept based on sec. 2 CA98 and Art. 101 TFEU
Affected markets (paras. 596 et seq.)	At least one at least nationwide market, several individual markets or across markets; Regulation applicable to regulated sectors, agreement of the Bundesnetzagentur required for remedial measures	No legal restriction, but CMA does not want to intervene in the event of short-lived competition problems, in very small markets or if only small parts of a market are affected; Regulation applicable to regulated sectors, decision of the CMA must be in line with the duties of the regulatory authority
Affected undertakings (paras. 596 et seq.)	Market-dominating undertakings or undertakings with outstanding cross-market significance	No legal restriction; However, due to the requirements for affected markets, only large undertakings with market power are likely to be considered
Divestiture order (paras. 604 et seq.)	Only sales solutions explicitly mentioned; Unclear official monitoring of the buyer selection process	Wide blanket clause, in practice recourse to sales solutions; Close official monitoring of the buyer selection process
Compensation (paras. 607 et seq.)	Payment of half of any difference between the determined value and the actual sales price	No compensation on top of the sales price
Enforcement (para. 609)	Official execution, in particular through the appointment of a trustee	Official execution, in particular through the appointment of a trustee; Private enforcement is theoretically permissible

Element	Germany	United Kingdom
Prevention of reconcentration (para. 610)	Five-year ban on repurchase ordered by law	No legal regulation; CMA intends a ten-year ban on repurchase

XXV.

Insofar as Section 32f para. 4 GWB proves to be a practicable legislation 800 despite these hurdles, the more restrictive German approach is preferable, as it better reconciles the conflicting interests of the undertakings concerned and the state (para. 613).

Part 5: Abuse-independent divestiture in Switzerland?

XXVI.

Economic concentrations of power and cartels were treated favourably 801 in Switzerland for a long time. Awareness of the competition problem developed comparatively late (paras. 615 et seq.). In the meantime, however, Swiss competition law is a three-pillar model largely based on EU law without the possibility of abuse-independent divestiture for market failures where the conventional competition law powers are not sufficient.

XXVII.

The question of the appropriateness of such an abuse-independent di- 802 vestiture power therefore arises in Switzerland in the same way as it does currently in European law and did until 2023 in German law (NCT and Section 32f GWB). In any case, the open guiding principle of effective competition under the current Kartellgesetz (paras. 629 et seq.) should not stand in the way of its introduction, particularly as economic concentrations of power are increasingly being viewed critically.

XXVIII.

An abuse-independent divestiture power should also be compatible with 803 higher-ranking law in Switzerland (paras. 649 et seq.). The Federal Constitution certainly provides a framework in terms of fundamental rights and competences. However, it should be possible to meet these requirements by carefully drafting the act.

XXIX.

804 Moreover, the powers of intervention in Swiss competition law are not fully sufficient to address market failures (paras. 686 et seq.). An abuse-independent divestiture power would therefore also have its right to exist in Switzerland, provided that it appropriately balances costs and benefits.

XXX.

805 The concrete form of an abuse-independent divestiture power in Switzerland could be as follows (paras. 693 et seq.):

Art. 11a KG – Abuse-independent Divestiture

¹ *If competition is permanently and significantly impeded on a market for goods of particular importance for the public welfare, the Competition Commission may order the division by the sale of any part of the undertaking or assets or otherwise of an undertaking of a dominant position which has achieved a turnover in Switzerland pursuant to Article 9 paragraph 1 lit. a) in the last financial year before the order was issued and makes a material contribution to the impediment if this is likely to eliminate or significantly reduce the impediment to competition.*

² *Paragraph 1 shall not apply,*

- a) *if the other administrative powers under this Act and the Price Supervision Act of 20 December 1985 are deemed sufficient for the restitution of effective competition;*
- b) *to parts of undertakings for which sector-specific regulatory law contains rules;*
- c) *to parts of undertakings whose merger has been approved within the last ten years by the Competition Commission or, in the case of Article 9 paragraph 1^{bis}, by the European Commission.*

³ *Where a sale takes place on the basis of an order under paragraph 1 and the actual sales revenue falls short of the full value of the divestiture object as determined by an auditor appointed by the Competition Commission for the date of the annual accounts preceding the order, the selling undertaking shall receive compensation from the federal budget in the amount of the difference between the determined value and the actual sales revenue.*

Art. 11b KG – Exceptional revocation for compelling public reasons

Orders under Art. 11a may be revoked by the Federal Council at the request of the undertakings involved if, in exceptional cases, it is necessary for compelling public interest reasons.

Art. 31a KG – Divestiture procedure

The provisions of this section shall apply by analogy to the divestiture procedure pursuant to Article 11a and 11b, with the proviso that the investigation (Article 27) shall be concluded within 18 months and the decision (Article 30) shall be replaced by a final report to be published. Article 37 paragraphs 2 and 3 shall apply by analogy to the order pursuant to Article 11a paragraph 1 sentence 1, with the proviso that the Competition Commission shall either approve a proposal by the undertaking concerned or decide in its place within 18 months of publication of the final report pursuant to sentence 1. The limitation periods pursuant to sentences 1 and 2 may be extended once by the Federal Council by six months in the presence of special circumstances. Further extensions shall only be permissible if the delay is attributable to the lack of cooperation of an undertaking concerned.

C. Thèses récapitulatives

Partie I : Introduction et fondements

I.

Il convient de distinguer les déconcentrations fondées sur une cession de 806 la propriété, qui font l'objet de la présente analyse, des déconcentrations organisationnelles (N. 24 s.). Elles peuvent être horizontales, verticales et diagonales (N. 26) et être mises en œuvre en droit des sociétés sous la forme d'une vente ou d'une solution au *prorata* (N. 27 ss).

Type de déconcentration	Sens de la déconcentration	Figure juridique en droit des sociétés
Droit de propriété vs. organisationnelle	Horizontal, vertical, diagonal	Solutions de vente (<i>share deal, asset deal</i>) vs. solutions au <i>prorata</i> (<i>spin off, split off, split up</i>)

II.

La possibilité d'ordonner la déconcentration de la propriété d'entreprises 807 (« démantèlement ») n'est pas une mesure étrangère aux droits allemand, britannique et suisse de la concurrence. Elle est autorisée dans différents contextes (N. 32 ss) :

Compétence de démanteler	D	UK	CH
en vertu du contrôle des concentrations	Oui (N. 34 s.)	Oui (N. 43 ss)	Oui (N. 51 ss)
en raison d'une infraction	Oui (N. 36 ss)	Pas clair (N. 46 ss)	Probablement (N. 54 ss)
en absence d'abus	Oui (N. 40 s.)	Oui (N. 43 ss)	Non (N. 50)

III.

808 Les pouvoirs de démantèlement en absence d'abus se caractérisent par le fait qu'il n'est pas nécessaire que l'entreprise concernée ait enfreint les interdictions du droit de la concurrence (N. 60 ss). Un pouvoir de démantèlement en absence d'abus est donc le pouvoir conféré par une norme juridique à une autorité de la concurrence d'ordonner la dissolution civile d'une unité d'entreprise (généralement puissante sur le marché) en plusieurs entreprises indépendantes sans ou contre la volonté et nonobstant le comportement licite de celle-ci (N. 65 ss).

IV.

809 Les pouvoirs de démantèlement en absence d'abus ne peuvent pas être évalués de manière uniforme du point de vue de la théorie de la concurrence (N. 70 ss). On peut partir du principe que les représentants des approches systémiques rejetteraient de manière générale les démantèlements indépendants d'un abus. En revanche, les représentants des approches économiques fondées sur le bien-être sont plutôt ouverts aux interventions structurelles sur le marché :

Théorie de la concurrence	Acceptation du démantèlement
Théories (néo)classiques de la concurrence	Non (N. 77 s.)
École de Harvard	Oui (N. 83 s.)
École de Chicago	Non (N. 87 s.)
École autrichienne	Non (N. 91)
École ordolibérale	Oui (N. 95 ss)

V.

810 Il n'est toutefois pas convaincant de rejeter le démantèlement pour des raisons uniquement dogmatiques (N. 98 ss). En effet, comme le montre la diversité des approches théoriques de la concurrence, il n'existe pas dans ce domaine de vérités irréfutables ayant la qualité de loi naturelle. Au contraire, on ne peut que tenter de s'approcher d'un état optimal économique et réglementaire. Il est donc nécessaire de procéder à une évaluation différenciée au cas par cas, en mettant notamment en balance les coûts et les avantages économiques. Ce faisant, les préoccupations légitimes, notamment en ce qui concerne l'acquisition de connaissances, peuvent (et doivent) être pri-

ses en compte dans le choix législatif et la pratique administrative d'une norme conférant un tel pouvoir.

VI.

Les concentrations de pouvoir économique recèlent un potentiel de problèmes économiques qui pourraient être traités par un pouvoir de démantèlement en absence d'abus (N. 103 ss). Les pouvoirs de démantèlement en absence d'abus peuvent avoir des effets économiques positifs et négatifs, ils sont donc ambivalents du point de vue de la concurrence (N. 110 ss):¹⁴³²

Effets économiques des pouvoirs de démantèlement en absence d'abus	Statique	Dynamique
Effets possibles au préalable (<i>ex ante</i>)	<p>+ positif: Réduction des incitations à créer ou à défendre un pouvoir de marché par des comportements abusifs difficilement détectables</p> <p>- négatif: Perte d'économies d'échelle et de gamme</p>	<p>- négatif: Perte d'incitations à l'investissement et à l'innovation</p>
Effets possibles du démantèlement (<i>ex post</i>)	<p>+ positif: Réduction du pouvoir de marché et de ses effets négatifs (inefficacités allocatives)</p> <p>- négatif: Perte de gains de rationalisation; Perte d'économies d'échelle et de gamme; Double marginalisation en cas de démantèlement vertical</p>	<p>+ positif: Renforcement d'incitations à l'investissement et à l'innovation pour l'acquéreur de l'élément démantelé et les tiers</p>

1432 Tableau légèrement modifié repris de *Monopolkommission*, Sondergutachten 58, N. 46.

VII.

812 Les risques économiques peuvent toutefois être atténués par des aménagements législatifs, tels qu'une détermination claire du champ d'application du règlement et l'existence de dispositions d'indemnisation. Il convient également d'utiliser l'expertise des entreprises concernées dans la procédure de démantèlement afin de causer le moins possible de dommages collatéraux (N. 134 ss). Par conséquent, les pouvoirs de démantèlement en absence d'abus peuvent avoir un effet économique globalement positif, pour autant qu'ils soient à la fois soigneusement conçues par le législateur et appliquées par les autorités. Dans ce contexte, les conséquences notables pour l'entreprise concernée doivent être mises en balance, au cas par cas, avec les avantages économiques globaux.

VIII.

813 L'objectif du droit de la concurrence est de protéger les processus de libre concurrence (N. 139 ss). Les pouvoirs de démantèlement en absence d'abus s'écartent certes des trois piliers classiques de la protection de la concurrence en droit des cartels, car ils sont dirigés contre des positions de puissance obtenues en conformité avec le droit (N. 143 ss). Ils servent cependant à promouvoir la libre concurrence en tant que bien à protéger reconnu du droit de la concurrence. Prendre en compte la croissance interne de l'entreprise n'est pas illégitime en soi, mais doit être évalué au cas par cas (N. 146 ss).

Partie 2 : Démantèlement en absence d'abus en Allemagne

IX.

814 Du début de l'industrialisation jusqu'à la fin de la Seconde Guerre mondiale, l'Allemagne a été un pays classique de cartels et de concentrations du pouvoir économique (N. 162 ss). Dans les années d'après-guerre, les Alliés ont pris de vastes mesures de démantèlement, qui n'ont toutefois pas eu d'effet durable dans la plupart des cas (N. 169 ss). Il faut en déduire notamment la nécessité d'une prévention efficace de la reconcentration ainsi que le fait que les solutions au *prorata* ne peuvent être efficaces que (mais tout de même) dans des cas exceptionnels (N. 188 ss).

X.

815 Le principe directeur de la politique de la concurrence en Allemagne a été depuis lors constamment développé par le législateur, notamment en ce qui concerne l'appréciation des concentrations de pouvoir économique (N.

207 ss). Depuis la deuxième révision du GWB de 1973, les concentrations de pouvoir économique sont en principe appréhendées avec scepticisme. Un pouvoir de démantèlement (en absence d'abus) n'est pas une mesure étrangère dans ce modèle, mais a toujours fait l'objet de discussions. Les propositions différaient notablement non seulement sur des questions de détail, mais aussi sur le plan de l'état de fait légal et des conséquences juridiques :

Année	Proposition	Etat de fait	Conséquence juridique
1949	Projet <i>Josten</i> (N. 193 ss)	Pouvoir économique	Toutes les mesures qui semblent nécessaires et appropriées
1979	Projet <i>Möschel</i> (N. 220 ss)	Pouvoir économique excessif	Toutes les dispositions nécessaires, y compris le démantèlement d'entreprises
1980	Monopolkommission (N. 215 ss)	Comportement abusif de la part d'une entreprise dominante, dont les causes sont structurelles	Démantèlement
2010	Projet <i>Brüderle</i> (N. 230 ss)	Domination du marché	Vente ou autre forme d'autonomisation d'éléments de l'entreprise
2023	§ 32f al. 4 GWB (N. 240 ss)	Perturbation importante et permanente de la concurrence	Vente de parts d'entreprise ou d'actifs

XI.

Le pouvoir de démantèlement en absence d'abus selon § 32f al. 4 GWB 816 (N. 240 ss) tente, par sa conception équilibrée, de tenir compte de l'ensemble des préoccupations exprimées. Malgré quelques critiques persistantes, elle constitue en quelque sorte la quintessence du débat sur l'introduction d'un pouvoir de démantèlement en absence d'abus, qui couve en Allemagne depuis des décennies et qui ne cesse de rebondir. Parmi les propositions antérieures, le § 32f al. 4 GWB se rapproche le plus de la proposition

Möschel de 1979, car tous deux ne considèrent pas le simple pouvoir du marché comme un critère central d'intervention suffisant, mais n'exigent pas pour autant un abus.

XII.

817 Le législateur a ainsi largement fait ses « devoirs » (N. 306). Il incombe au Bundeskartellamt de faire preuve de discernement dans l'application pratique de la disposition. S'il y parvient, le pouvoir de démantèlement en absence d'abus selon le § 32f al. 4 GWB pourra contribuer avec succès à une concurrence accrue et, par conséquent, à une plus grande prospérité en Allemagne.

XIII.

818 Les problèmes évidents de compatibilité avec le droit supérieur ont également été abordés par la conception concrète du § 32f al. 4 GWB, de sorte qu'il n'y a pas de violation manifeste (N. 307 ss). Il subsiste cependant de nombreuses incertitudes qui auraient pu être évitées en partie par une formulation législative plus précise. Il faut s'attendre à ce que ces questions soient soumises à la Cour constitutionnelle fédérale et à la Cour de justice de l'Union européenne pour décision. Si l'on arrivait à un cas d'application pratique du pouvoir de démantèlement en absence d'abus, la soumission de l'affaire aux cours supérieures semble probable – notamment au vu de l'énorme importance économique des procédures de démantèlement (N. 364).

XIV.

819 L'application pratique du pouvoir de démantèlement en absence d'abus selon le § 32f al. 4 GWB est certes improbable, sans être toutefois exclue (N. 366 ss). Elle entre notamment en ligne de compte sur les marchés oligopolistiques en cas de collusion tacite purement structurelle. En fonction du pur pouvoir de marché, des problèmes de délimitation se posent par rapport à la surveillance des abus, qui doit être appliquée en priorité.

XV.

820 Le cas d'application concret « né » du pouvoir de démantèlement en absence d'abus selon le § 32f al. 4 GWB ne s'impose certes pas. En effet, même dans les cas où le démantèlement a déjà fait l'objet d'un débat public, il existe des arguments importants contre l'application de cette norme (N. 383 ss). On ne peut toutefois pas en conclure que le § 32f al. 4 GWB constitue un « tigre de papier » édenté. En effet, tant dans les cas cités que

dans tout autre cas concevable, il est impossible de rendre un jugement définitif sans les conclusions d'une enquête sectorielle préalable, qui sont indispensables à un démantèlement (N. 403).

Partie 3 : Démantèlement en absence d'abus au Royaume-Uni

XVI.

Au Royaume-Uni, il existait jusqu'au tournant du millénaire un régime de droit de la concurrence fragmenté et en partie contradictoire, composé de *common law*, de *statutory law* et du droit de la concurrence des Communautés européennes (N. 415 ss). Le principe directeur central de la politique de concurrence britannique en ce temps était l'intérêt public (*public interest*). La signification concrète de cette notion oscillait toutefois et n'englobait la concurrence effective ou libre que comme l'un des nombreux aspects à prendre en considération. 821

XVII.

L'application pratique de l'approche de l'intérêt public était donc difficilement prévisible et parfois sans fondement économique (N. 435 ss). Au lieu de s'orienter sur un concept de base abstrait, la politique de concurrence au Royaume-Uni s'est orientée vers les besoins économiques de chaque cas particulier et de chaque époque (N. 449). Les concentrations de pouvoir économique ont été traitées en principe avec bienveillance dans l'intérêt du renforcement de l'économie nationale ; des démantèlements en absence d'abus étaient toutefois légalement autorisés et ont eu lieu dans certains cas. Dans l'ensemble, on constate cependant un effet insuffisant de la surveillance des monopoles (N. 443 s.). 822

XVIII.

Lorsque les insuffisances du régime fragmenté du droit de la concurrence au Royaume-Uni sont devenues de plus en plus évidentes, le législateur britannique s'est efforcé de l'unifier et de le moderniser. Les principales lois de modernisation ont été le Competition Act 1998 et le Enterprise Act 2002 (N. 451 ss). Le CA98 a notamment introduit des interdictions d'accords restrictifs de la concurrence et d'abus de pouvoir sur le marché, inspirées du droit européen de la concurrence, tandis que le EA02 a conduit à un large abandon – mais pas total – de l'approche traditionnelle de l'intérêt public, y compris pour le contrôle des concentrations. De plus, il contient dans sa partie IV l'instrument d'étude de marché qui permet d'exercer le pouvoir de 823

démantèlement en absence d'abus selon la sec. 161 para. 3 en relation avec la Schedule 8 para. 13 de l'EA02.

XIX.

- 824 Avec le CA98 et le EA02, la politique de concurrence au Royaume-Uni s'est largement rapprochée des conceptions continentales et a placé la concurrence effective au cœur de ses efforts (N. 461). Elle a toutefois conservé une certaine autonomie et, en partie, son pragmatisme antérieur en ce qui concerne les objectifs non concurrentiels, notamment l'intérêt public. La possibilité du démantèlement en absence d'abus s'intègre donc aussi sans difficulté dans le nouveau modèle. Le concept d'intérêt public pourrait en outre gagner en importance à l'avenir, suite au « Brexit », et au détachement des liens avec le droit de l'Union Européenne qui en découle, bien qu'un alignement continu sur le régime européen semble plus probable.

XX.

- 825 L'instrument d'étude de marché selon la Part IV EA02 poursuit comme principe directeur principalement l'augmentation du bien-être des consommateurs (N. 466 ss). L'instrument est conçu en deux phases et confère à la CMA un pouvoir d'appréciation élevé et d'énormes pouvoirs d'intervention (N. 470 ss, 510). Le critère d'intervention central est l'existence d'un *adverse effect on competition*. Il s'agit d'une notion dont la formulation s'inspire étroitement de la sec. 2 de la CA98 et de l'art. 101 du TFUE (N. 492 ss).

XXI.

- 826 La question de la compatibilité du pouvoir de démantèlement en absence d'abus avec le droit supérieur (N. 513 ss) semble être beaucoup moins controversée au Royaume-Uni qu'en Allemagne. Le fait qu'il n'existe pas de constitution codifiée au Royaume-Uni et que les compétences en matière de droit de la concurrence existaient déjà avant l'adhésion aux Communautés européennes et n'ont jamais été contestées par les institutions de l'Union contribue dans tous les cas à cette situation.

XXII.

- 827 A notre connaissance, la CMA et ses prédécesseurs ont jusqu'à présent ordonné ou recommandé un démantèlement en absence d'abus dans sept cas (N. 521 ss). L'évaluation globale (N. 560 ss) des cas d'application du pouvoir de démantèlement en absence d'abus au Royaume-Uni est ambiguë. Les cas ne démontrent pas l'inefficacité économique d'un pouvoir de démantèlement en absence d'abus, ni ne démontrent d'effets clairement po-

sitifs plaidant en faveur de l'introduction d'un tel règlement. Ils indiquent toutefois que de nombreux doutes quant à la faisabilité pratique du démantèlement ne se concrétisent pas dans tous les cas et que des effets positifs sur la concurrence sont possibles :

Année	Affaire	Situation de départ	Mesure corrective	Conséquences
1981	<i>Roadside Advertising Services</i> (N. 524 ss)	Intégration verticale ; Oligopole explicitement coordonné	Dissolution complète de <i>British Posters Ltd.</i>	Probablement amélioration de la concurrence
1989	<i>Artificial Lower Limbs</i> (N. 528 ss)	Intégration horizontale ; Pouvoir de marché	Vente d'une filiale d' <i>InterMed Ltd.</i>	Non réalisé en raison de la modification de la structure du marché
1989	<i>Supply of Beer</i> (N. 532 ss)	Intégration verticale ; Oligopole	Vente d'environ 14'000 pubs appartenant à des grandes brasseries (politiquement atténuée, la MMC estimait que 21'900 ventes étaient nécessaires)	Intégration verticale démantelée, mais formation de <i>pubcos</i> intégrées horizontalement et maintien de l'oligopole des brasseries ; Aucun effet positif sur les prix
1993	<i>British Gas</i> (N. 539 ss)	Intégration verticale ; Monopole	Cession de l'activité de vente de gaz	Non exécuté dans le cadre de la procédure
2009	<i>BAA Airports</i> (N. 543 ss)	Intégration horizontale ; Pouvoir de marché	Vente de trois aéroports	Amélioration de la concurrence

Année	Affaire	Situation de départ	Mesure corrective	Conséquences
2014	<i>Aggregates</i> (N. 551 ss)	Intégration verticale ; Monopole ; Oligopole tacitement coordonné	Vente d'une cimenterie et d'un site de production de GGBS	Pas clair
2014	<i>Private Healthcare</i> (N. 556 ss)	Intégration horizontale ; Pouvoir de marché	Vente de deux cliniques londonniennes	Non exécuté après contestation et réévaluation par la CMA

Partie 4 : Comparaison du démantèlement en absence d'abus en Allemagne et au Royaume-Uni

XXIII.

828 Les pouvoirs de démantèlement en absence d'abus en Allemagne et au Royaume-Uni sont globalement similaires. C'est notamment le cas en ce qui concerne leur principe directeur de politique de concurrence et les circonstances nécessaires à l'ouverture d'une procédure, ainsi que le motif central de l'intervention (N. 611).

XXIV.

829 La conception de la procédure diffère quant à elle considérablement. Les deux phases de la procédure poursuivent déjà des objectifs différents et un degré de formalisme différent ; la compétence diffère également. La différence la plus flagrante réside probablement dans le fait que la CMA dispose d'une marge de manœuvre beaucoup plus large que le Bundeskartellamt. Par exemple, alors qu'au Royaume-Uni, la subsidiarité de la procédure, la forme de la participation, le type de marchés et d'entreprises concernés ainsi que les conséquences juridiques sont largement laissés à l'appréciation de la CMA et ne peuvent faire l'objet que d'un contrôle judiciaire limité, en Allemagne, tous ces points sont régis par la loi et peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire complet (N. 612). En détail :

Élément	Allemagne	Royaume-Uni
Principe directeur (N. 573 s.)	Compréhension dynamique de la concurrence ; Approche économique du bien-être social avec des objectifs de bien-être des consommateurs, de durabilité et de limitation du pouvoir politique	Compréhension dynamique de la concurrence ; Approche économique du bien-être social avec des objectifs de bien-être des consommateurs et d'efficacité économique globale
Conditions de procédure (N. 578)	Des circonstances laissent supposer que la concurrence peut être limitée ou faussée	Impression de la CMA que les marchés ne fonctionnent pas bien
Ouverture de la procédure (N. 576)	Uniquement par le BKartA	En principe par la CMA ; influence des associations de consommateurs et des ministres possible
Subsidiarité par rapport au droit des cartels (N. 582)	Subsidiarité ordonnée par la loi et vérifiable par les tribunaux ; Les conséquences pratiques de la clause ne sont pas encore claires	Engagement volontaire non contraignant de la CMA en faveur de la subsidiarité ; L'engagement volontaire permet des chevauchements dans la pratique
Phases de la procédure (N. 576 ss)	Enquête sectorielle non contraignante suivie d'une phase de mesures correctives ; Compétence de la même autorité de décision (<i>Beschlussabteilung</i>) ; Les deux phases sont obligatoires	<i>Market study</i> non contraignante suivie d'une <i>Market investigation</i> formelle, y compris les mesures correctives ; Compétence de différentes équipes ; Phase 1 est facultative
Consultation (N. 583)	Pas de consultation requise en phase 1 ; En phase 2, une consultation publique est en principe nécessaire	Consultation requise aux deux stades de la procédure ; La CMA décide toutefois de la manière d'effectuer la consultation

Élément	Allemagne	Royaume-Uni
Durée de la procédure (N. 584 s.)	En principe, 36 mois ; Pas de conséquences en cas de non-respect	En principe, 36 mois ; Prolongation possible uniquement dans des cas déterminés par la loi et pour une durée déterminée
Protection juridique (N. 586 ss)	Deux instances judiciaires (pouvoir d'examen complet) ; Pas d'instance de contrôle politique	Deux instances judiciaires (pouvoir d'examen limité) ; Pas d'instance de contrôle politique
Motif de l'intervention (N. 592 ss)	Perturbation notable et permanente de la concurrence ; Notion juridique nouvelle pour le GWB	Effet négatif sur la concurrence ; Notion juridique inspirée de la sec. 2 CA98 et de l'art. 101 TFUE
Marchés concernés (N. 596 ss)	Au moins un marché de taille au moins national, plusieurs marchés individuels ou marchés croisés ; Disposition applicable aux secteurs réglementés, accord de la Bundesnetzagentur requis pour les mesures correctives	Pas de restriction légale, mais la CMA ne veut pas intervenir en cas de problèmes de concurrence à court terme, sur des marchés très petits ainsi que lorsque seules de petites parties d'un marché sont concernées ; Règle applicable aux secteurs réglementés, la décision de la CMA doit être conforme aux obligations de l'autorité de régulation
Entreprises concernées (N. 596 ss)	Entreprises en position dominante ou entreprises dont l'importance est prépondérante sur plusieurs marchés	Pas de restriction légale ; Toutefois, en raison des exigences relatives aux marchés concernés, seules les grandes entreprises puissantes sur le marché devraient entrer en ligne de compte

Élément	Allemagne	Royaume-Uni
Dispositif de démantèlement (N. 604 ss)	Seules les solutions de vente sont explicitement mentionnées ; Accompagnement peu clair de la part des autorités pour la sélection des acheteurs	Clause générale ouverte, dans la pratique, recours à des solutions de vente ; Suivi administratif étroit de la sélection des acheteurs
Indemnisation (N. 607 s.)	Paiement de la moitié de toute différence entre la valeur établie et le produit réel de la vente	Pas d'indemnisation au-delà du prix de vente
Mise en œuvre du démantèlement (N. 609)	Exécution par les autorités, notamment par la désignation d'un administrateur	Exécution par les autorités, notamment par la désignation d'un administrateur ; <i>Private enforcement</i> du moins théoriquement admissible
Prévention de la re-concentration (N. 610)	Interdiction de rachat de cinq ans imposée par la loi	Aucune disposition légale ; La CMA prévoit une interdiction de rachat de dix ans

XXV.

Dans la mesure où le § 32f al. 4 GWB s'avère être une norme praticable 830 malgré ces obstacles, l'approche allemande, plus restrictive, est préférable, car elle concilie mieux les intérêts contradictoires des entreprises concernées et de l'État (N. 613).

Partie 5 : Démantèlement en absence d'abus en Suisse ?

XXVI.

Les concentrations de pouvoir économique et les cartels ont pendant 831 longtemps été traités avec bienveillance en Suisse. Une prise de conscience du problème de la concurrence ne s'est développée que relativement tard (N. 615 ss). Entre-temps toutefois, la loi suisse sur les cartels est devenue un modèle à trois piliers largement inspiré du droit de l'Union européenne, sans la possibilité du démantèlement en absence d'abus pour les cas de

défaillance du marché pour lesquels les instruments classiques du droit des cartels ne suffisent pas.

XXVII.

- 832 La question de l'opportunité d'un pouvoir de démantèlement en absence d'abus se pose donc en Suisse de la même manière qu'actuellement en droit européen et jusqu'en 2023 en droit allemand (nouvel outil de concurrence « NCT » et § 32f GWB). Le modèle ouvert de la politique de la concurrence, à savoir une concurrence efficace dans le cadre de l'actuelle loi sur les cartels (N. 629 ss), ne devrait en tout cas pas s'opposer à son introduction. Les concentrations de pouvoir économique font de toute façon l'objet de critiques croissantes.

XXVIII.

- 833 Il devrait en outre être possible d'aménager une compétence de démantèlement en absence d'abus de manière compatible avec le droit de rang supérieur en Suisse (N. 649 ss). La Constitution fédérale, en particulier, fixe certes un cadre de droits fondamentaux et des compétences. Ces exigences devraient toutefois pouvoir être satisfaites par une conception soignée de la norme légale correspondante.

XXIX.

- 834 En outre, les pouvoirs d'intervention du droit suisse de la concurrence ne suffisent pas pour traiter tous les cas de défaillance du marché (N. 686 ss). Un pouvoir de démantèlement en absence d'abus aurait donc aussi sa raison d'être en Suisse, dans la mesure où il tient suffisamment compte des coûts et des avantages.

XXX.

- 835 Concrètement, un pouvoir de démantèlement en absence d'abus en Suisse pourrait être aménagé de la manière suivante (N. 693 ss) :

Art. 11a LCart – Démantèlement en absence d'abus

¹ Lorsque, sur un marché de biens revêtant une importance particulière pour le bien public, la concurrence effective est entravée de manière durable et significative, la Commission de la concurrence peut ordonner à une entreprise dominante qui a réalisé en Suisse, au cours de l'exercice précédant l'adoption de l'injonction, un chiffre d'affaires remplissant les conditions de l'article 9, alinéa 1 lettre a) et qui contribue de manière déterminante à l'entrave de céder une partie de ses actifs ou de les autonomiser d'une autre manière, si

cela permet d'escompter la suppression ou une réduction notable de l'entrave à la concurrence.

² L'alinéa 1 ne s'applique pas,

- a) lorsque les autres pouvoirs des autorités en vertu de la présente loi et de la loi du 20 décembre 1985 concernant la surveillance des prix semblent suffisants pour rétablir une concurrence efficace ;*
- b) aux parties d'entreprises pour lesquelles une régulation sectorielle contient des règles ;*
- c) aux parties d'entreprises dont la concentration a été autorisée au cours des dix dernières années par la Commission de la Concurrence ou, dans le cas de l'article 9, alinéa 1^{bis}, par la Commission Européenne.*

³ Dans la mesure où une cession a lieu en vertu d'une injonction visée à l'alinéa 1 et que le produit de la vente est inférieur à la valeur totale de l'objet du démantèlement, telle qu'elle a été déterminée par un expert-comptable mandaté par la Commission de la concurrence pour la date des comptes annuels précédant l'injonction, l'entreprise cédante reçoit de la Confédération une indemnité égale à la différence entre la valeur déterminée et le produit effectif de la vente.

Art. 11b LCart – Annulation exceptionnelle fondée sur des intérêts publics prépondérants

Les injonctions visées à l'article 11a peuvent être annulées par le Conseil fédéral, à la demande des parties concernées, si, à titre exceptionnel, cela est nécessaire à la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants.

Art. 31a LCart – Procédure de démantèlement

Les dispositions de la présente section sont applicables par analogie à la procédure de démantèlement selon les articles 11a et 11b, étant entendu que l'enquête (article 27) doit être clôturée dans un délai de 18 mois et que la décision (article 30) est remplacée par un rapport final à publier. L'article 37, alinéas 2 et 3, est applicable par analogie à l'injonction visée à l'article 11a, alinéa 1, première phrase, étant entendu que la Commission de la concurrence doit, dans un délai de 18 mois à compter de la publication du rapport final visé à la première phrase, soit approuver une proposition de l'entreprise concernée, soit prendre une décision à sa place. Les délais visés aux phrases 1 et 2 peuvent être prolongés une fois de six mois par le Conseil fédéral en cas

de circonstances exceptionnelles. D'autres prolongations ne sont possibles que si le retard est dû au manque de collaboration d'une entreprise concernée.

Anhang

Aufgrund der schweren Zugänglichkeit älterer Entwürfe und der Volatilität insbesondere des deutschen Wettbewerbsrechts (elf GWB-Novellen bis 2023) erschien es sinnvoll, einige der der Untersuchung zugrunde gelegten Normtexte und -entwürfe in ihren wesentlichen Passagen in den Anhang aufzunehmen.

I. Josten-Entwurf / Sondervotum von Curt Fischer (1949)¹⁴³³

Josten-Entwurf	Sondervotum von Curt Fischer
<p>§ 3 Wirtschaftliche Macht (1) Personen, Unternehmen, Beschaffungsstellen (Einzelunternehmen) und deren Zusammenschlüsse haben wirtschaftliche Macht, wenn sie in der Lage sind, den Markt fühlbar zu beeinflussen, insbesondere die Preise und Bedingungen für eigene oder fremde Waren oder Leistungen, die Richtung sowie die Art und den Umfang des Angebots und der Nachfrage ohne wesentliche Rücksichtnahme auf Wettbewerber zu gestalten. (2) Hat ein Zusammenschluß wirtschaftliche Macht, so gilt das gleiche auch von jedem an ihm beteiligten Unternehmen. (3) Wirtschaftliche Macht im Sinne des Abs. 1 gilt dann nicht als gegeben, wenn Waren oder gewerbliche Leistungen des Unternehmens</p>	<p>Kein Gegenvorschlag</p>

¹⁴³³ BMWi, Josten-Entwurf, S. 9 ff., 129 f.

Josten-Entwurf	Sondervotum von Curt Fischer
<p>1. einen neuartigen Bedarf oder vorhandenen Bedarf in neuer Art zu befriedigen bestimmt oder geeignet sind, solange andere Unternehmen die gleichen Waren oder Leistungen nicht anbieten, ohne daran durch das Bestehen gesetzlicher Ausschließlichkeitsrechte gehindert zu sein (Pionierleistung),</p> <p>2. vor gleichartigen Waren oder Leistungen anderer Unternehmen mit Rücksicht darauf bevorzugt werden, daß sie</p> <p>a) ihnen gegenüber eine besondere Güte oder besondere Eigenschaften aufweisen, die in technischer Beziehung zu erreichen anderen Unternehmen offen steht (Leistungsvorsprung),</p> <p>b) geschmacklich oder in Bezug auf ihre äußere Beschaffenheit Besonderheiten bieten, die für ihre bestimmungsmäßige Verwendbarkeit nicht unmittelbar von Bedeutung sind (Liebhaberleistung).</p> <p>Dies gilt nicht, wenn die Bevorzugung das Ergebnis einer vom Anbieter veranlaßten Massenbeeinflussung ist.</p>	
<p>§ 12 Begriffsbestimmung (1) Machtgebilde ohne Kartellgesellschaft sind</p> <p>1. Zusammenschlüsse der in § 4 Nr. 3-6 bezeichneten Art (Interessengemeinschaften, Konzerne, Konsortien, Mischformen von ihnen),</p>	Kein Gegenvorschlag

Josten-Entwurf	Sondervotum von Curt Fischer
<p>2. Einzelunternehmen, die wirtschaftliche Macht (§ 3) besitzen.</p> <p>(2) Die Feststellung, daß die Voraussetzungen des § 3 gegeben sind, trifft das Monopolamt. Sie wirkt, bis sie durch Beschluß aufgehoben wird. Der Betroffene kann die Aufhebung beantragen.</p>	
<p>§ 15 Entschachtelung und Aufgliederung</p> <p>Soweit die Beseitigung der Machtstellung nicht mit anderen Mitteln nachhaltig erreicht werden kann, sind nach Maßgabe der §§ 16 ff.</p> <p>a) bei Zusammenschlüssen der in § 4 Nr. 3-6 bezeichneten Art (Interessengemeinschaften, Konzerne, Konsortien, Mischformen von ihnen) die tatsächlichen und rechtlichen Beziehungen zu lösen, auf denen diese Macht beruht (Entschachtelung),</p> <p>b) Einzelunternehmen in einzelne sich selbst tragende Unternehmen ohne wirtschaftliche Macht aufzugliedern (Aufgliederung).</p>	<p>§ 15 Aufsicht</p> <p>(1) Besitzen Zusammenschlüsse der in § 4 Nr. 3-6 bezeichneten Art (Interessengemeinschaften, Konzerne, Konsortien, Mischformen von ihnen) oder Einzelunternehmungen nach der vom Monopolamt zu treffenden Feststellung wirtschaftliche Macht, so unterliegen sie der Aufsicht durch das Monopolamt.</p> <p>(2) Die Aufsicht durch das Monopolamt wird aufgehoben, sobald die rechtlichen oder tatsächlichen Bindungen, auf denen nach Feststellung des Monopolamts die wirtschaftliche Macht beruhte, gelöst worden sind oder sobald durch Ausgliederung von in sich geschlossenen Betriebsteilen zu selbständigen Unternehmungen nach Feststellung des Monopolamts der Sachverhalt wirtschaftlicher Macht nicht mehr besteht.</p>
<p>§ 18 Voraussetzungen und Durchführung der Entschachtelung und Aufgliederung</p> <p>(1) Wenn das Monopolamt nach 18-monatiger Aufsicht (§ 21) feststellt, daß wirtschaftliche Macht</p>	<p>§ 16 Voraussetzungen und Durchführung der Entschachtelung und Aufgliederung</p> <p>(1) Wenn das Monopolamt nach 18monatiger [sic] Aufsicht feststellt, daß die Ausübung der wirtschaftli-</p>

Josten-Entwurf	Sondervotum von Curt Fischer
<p>weiterhin besteht, hat es die Betroffenen aufzufordern, binnen einer Frist von drei Monaten Vorschläge für eine freiwillige Entschachtelung oder Aufgliederung und für den Zeitpunkt des Abschlusses ihrer Durchführung einzureichen.</p> <p>(2) Wird die nach Abs. 1 gestellte Frist nicht eingehalten, oder sind die eingereichten Vorschläge unzureichend, oder werden die vom Senat für ausreichend angesehenen Vorschläge nicht binnen einer vom Monopolamt gesetzten angemessenen Frist freiwillig durchgeführt, so hat das Monopolamt im Einvernehmen mit dem Bundeswirtschaftsminister von sich aus einen Entschachtelungs- oder Aufgliederungsplan aufzustellen.</p> <p>(3) Kommt ein Einvernehmen zwischen dem Monopolamt und dem Bundeswirtschaftsminister nicht zustande, so hat das Monopolamt den Plan zur endgültigen Entscheidung einem Ausschuß, den der Bundestag bestellt, vorzulegen.</p> <p>(4) Die Durchführung des Planes ist Aufgabe des Monopolamts.</p>	<p>chen Macht am Markt nicht verhindert werden konnte, so hat das Monopolamt die betreffenden Unternehmungen aufzufordern, binnen einer Frist von drei Monaten Vorschläge für eine freiwillige Entschachtelung oder Aufgliederung und für den Zeitpunkt des Abschlusses ihrer Durchführung einzureichen.</p> <p>(2) Wird die nach Abs. 1 gestellte Frist nicht eingehalten, oder sind die eingereichten Vorschläge unzureichend, oder werden die vom Monopolamt für ausreichend angesehenen Vorschläge binnen der vom Monopolamt zu setzenden Frist nicht freiwillig durchgeführt, so hat das Monopolamt im Einvernehmen mit dem Bundeswirtschaftsminister von sich aus einen Entschachtelungs- oder Aufgliederungsplan aufzustellen und ihn einem vom Bundestag zu bestellenden Ausschuß zur Genehmigung und zur Erteilung der Einzelermächtigung für seine Durchführung vorzulegen.</p> <p>(3) Kommt zwischen Monopolamt und Bundeswirtschaftsminister ein Einvernehmen im Sinne des Abs. 2 nicht zustande, so sind das Monopolamt und der Bundeswirtschaftsminister berechtigt, getrennte und abweichende Pläne dem vom Bundestag zu bestellenden Ausschuß vorzulegen.</p>

Josten-Entwurf	Sondervotum von Curt Fischer
	(4) Die Durchführung des Planes auf Grund der Ermächtigung des Bundestag-Ausschusses ist Aufgabe des Monopolamts.
<p>§ 19 Inhalt der Ermächtigung</p> <p>(1) Die Ermächtigung zur Entschachtelung oder Aufgliederung umfaßt alle Maßnahmen, die erforderlich und geeignet erscheinen, die wirtschaftliche Machtstellung der betroffenen Zusammenschlüsse und Unternehmen zu beseitigen und die Machtgebilde in einzelne, sich selbst tragende Unternehmen ohne wirtschaftliche Macht aufzulösen.</p> <p>(2) In Ausführung eines die Entschachtelung oder Aufgliederung anordnenden Beschlusses ist das Monopolamt, soweit der Beschluß keine Beschränkung vorsieht, insbesondere befugt:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. bestimmte Handlungen zu fordern und zu untersagen, 2. die Beendigung oder Auflösung von Verträgen, Unternehmungen oder Beziehungen zu verfügen, 3. Treuhänder zum Zwecke der Zwangsverwaltung zu bestellen, 4. Vermögensstücke, insbesondere auch Anteilsrechte zu beschlagnahmen, die Wahrnehmung der damit verbundenen Rechte einem Beauftragten zu übertragen und sie für Rechnung dessen, den es angeht, zu verwerten. 	<p>§ 17 Inhalt der Ermächtigung durch den Ausschuß des Bundestages</p> <p>(1) Die von dem vom Bundestag zu bestellenden Ausschuß für jeden Einzelfall zu erteilende Ermächtigung umfaßt alle in dem Plan vorgesehenen Maßnahmen, die erforderlich und geeignet erscheinen, die wirtschaftliche Machtstellung der betreffenden Zusammenschlüsse und Unternehmen zu beseitigen und die Machtgebilde in einzelne, sich selbst tragende Unternehmen ohne wirtschaftliche Macht aufzulösen.</p> <p>(2) Soweit die Ermächtigung keine Beschränkung vorsieht, ist das Monopolamt zur Durchführung der Entflechtung oder Aufgliederung insbesondere befugt:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. bestimmte Handlungen zu fordern und zu untersagen, 2. die Beendigung oder Auflösung von Verträgen, Beteiligungen, Unternehmungen oder Beziehungen zu verfügen, 3. Treuhänder zum Zwecke der vorübergehenden Zwangsverwaltung zu bestellen, 4. Wertpapiere und Beteiligungen vorübergehend zu beschlagnahmen, die Wahrnehmung der damit verbundenen Mitgliedschaftsrechte einem Beauftragten zu übertragen

Josten-Entwurf	Sondervotum von Curt Fischer
	und sie für Rechnung dessen, den es angeht, freihändig zu veräußern.
<p>§ 20 Wahrung der Rechte Dritter und der Anteilsverhältnisse</p> <p>(1) Bei Durchführung der Entschachtelung und Aufgliederung sind Rechte Dritter im Bereich der betroffenen Vermögensmassen zu achten und bei Veräußerungen die Vermögensinteressen aller Beteiligten zu wahren.</p> <p>(2) Die Anteilsverhältnisse an Kapitalgesellschaften sind tunlichst unverändert zu lassen, soweit das Ausscheiden eines Anteilsberechtigten sich nicht aus dem Wesen und Zweck der Entschachtelung oder der Aufgliederung als notwendig erweist.</p> <p>(3) Die Veräußerung von Anteilsrechten und einzelner Vermögensteile bestehender Unternehmen ist interessewährend für Rechnung desjenigen zu bewirken, den es angeht.</p>	Kein Gegenvorschlag

II. Möschel-Entwurf (1979)¹⁴³⁴

- (1) Lassen in einem Wirtschaftszweig Preisbewegungen, übereinstimmendes Verhalten von Wettbewerbern oder andere Umstände vermuten, daß der Wettbewerb in dem betreffenden Wirtschaftszweig beschränkt ist, so kann die Kartellbehörde beschließen, eine allgemeine Untersuchung dieses Wirtschaftszweiges durchzuführen. Satz 1 gilt nicht, wenn die beteiligten Unternehmen insgesamt im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr Umsatzerlöse von weniger als 500 Mio. DM hatten oder wenn

¹⁴³⁴ Möschel, Entflechtungen, S. 112 f.

die zu vermutenden Wettbewerbsbeschränkungen sich nicht im gesamten Geltungsbereich dieses Gesetzes oder in einem wesentlichen Teil desselben auswirken; für die Berechnung der Umsatzerlöse ist § 23 Abs. 1 Satz 2-7 anzuwenden.

- (2) Stellt die Kartellbehörde fest, daß in dem Wirtschaftszweig übermäßige wirtschaftliche Macht besteht, ohne daß deren Beseitigung durch den Wettbewerb allein zu erwarten wäre, so ist sie berechtigt, die Anordnungen zu treffen, die notwendig sind, um die Voraussetzungen für einen leistungsgerechten Wettbewerb zu verbessern, hierin eingeschlossen die Auflösung von Unternehmen (Entflechtung). Bei der Feststellung nach Satz 1 hat die Kartellbehörde namentlich Zahl, Größe und Finanzkraft der beteiligten Unternehmen, zwischen ihnen bestehende Verflechtungen und das Vorliegen marktbeherrschender Stellungen i. S. von § 22 GWB zu berücksichtigen sowie das Ausmaß, in welchem die beteiligten Unternehmen den Wettbewerb durch Verhaltensweisen, Verträge oder durch die Ausübung von gewerblichen Schutzrechten beschränken, insbesondere indem sie rechtliche oder tatsächliche Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen schaffen oder beibehalten. An übermäßiger wirtschaftlicher Macht i.S. von Satz 1 fehlt es, wenn die Stellung der beteiligten Unternehmen im wesentlichen auf die natürliche Entwicklung der Marktkräfte, insbesondere überlegene Leistung oder rechtmäßig erworbene und ausgeübte Patente zurückgeht; Unternehmenszusammenschlüsse fallen nicht darunter.
- (3) Die Kartellbehörde trifft ihre Feststellung aufgrund der Sektorenuntersuchung nach Abs. 1 in einer vorläufigen Entscheidung, in welcher sie auch die beabsichtigten Abhilfemaßnahmen nach Abs. 2 Satz 1 mitteilt. Sie kann dabei die beteiligten Unternehmen verpflichten, ihrerseits Pläne zur näheren Ausführung dieser Maßnahmen vorzulegen. Diese Entscheidungen sind nicht selbständig durch Rechtsmittel anfechtbar.
- (4) Die beteiligten Unternehmen können gegen eine Entscheidung nach Abs. 3 innerhalb einer von der Kartellbehörde gesetzten Frist, die mindestens 6 Monate beträgt und 12 Monate regelmäßig nicht überschreiten soll, eine Einwandserklärung abgeben. Fristverlängerungen sind möglich. Setzt die Kartellbehörde das Verfahren fort, so finden die §§ 51-58 GWB entsprechende Anwendung. Eine endgültige Entscheidung nach Abs. 2 Satz 1 setzt das Einvernehmen des Bundesministers für Wirtschaft voraus.

III. Entwurf der Monopolkommission (1980)¹⁴³⁵

Sind für ein mißbräuchliches Verhalten eines oder mehrerer Unternehmen mit einer marktbeherrschenden Stellung strukturelle Ursachen maßgeblich und ist deshalb nicht zu erwarten, daß aufgrund von nach Absatz 5 durch die Kartellbehörde anzuordnenden Maßnahmen der Mißbrauch nachhaltig abgestellt werden kann, dann ordnet die Kartellbehörde anstelle einer Mißbrauchsverfügung im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Wirtschaft die Entflechtung der marktbeherrschenden Unternehmen an. Von einer Entflechtungsanordnung ist abzusehen, wenn im Einzelfall die Entflechtung von gesamtwirtschaftlichen Nachteilen begleitet würde, welche die wettbewerblichen Vorteile überwiegen, oder wenn der Entflechtung ein überragendes Interesse der Allgemeinheit entgegensteht; hierbei ist auch die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen auf Märkten außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes zu berücksichtigen. Bei der Entflechtung von Unternehmen sind unter Wahrung der Belange Dritter diejenigen Maßnahmen anzuordnen, die mit dem geringsten Aufwand und der geringsten Belastung zum Ziele führen. Die Entflechtung kann mit Beschränkungen und Auflagen verbunden werden. Diese dürfen sich nicht darauf richten, die beteiligten Unternehmen einer laufenden Verhaltenskontrolle zu unterziehen.

IV. Brüderle-Entwurf (2010)¹⁴³⁶

§ 41a GWB-E

- (1) Sind auf einem Markt mit gesamtwirtschaftlicher Bedeutung Unternehmen marktbeherrschend und ist auf absehbare Zeit das Fortbestehen dieser Marktbeherrschung zu erwarten, obwohl Wettbewerb technisch und wirtschaftlich möglich ist, kann das Bundeskartellamt auf der Grundlage einer aktuellen Untersuchung des betroffenen Wirtschaftszweiges anordnen, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen Teile seines Vermögens veräußern oder auf andere Weise verselbständigen muss, wenn dies eine wesentliche Verbesserung der Wettbewerbs-

1435 *Monopolkommission*, Hauptgutachten III, Rn. 764. Die Vorschrift sollte im Anschluss an § 22 Abs. 6 GWB, also bei der Missbrauchsaufsicht, eingefügt werden.

1436 Zitiert nach: *Monopolkommission*, Sondergutachten 58, S. 46 f.

bedingungen erwarten lässt und verhältnismäßig ist. Satz 1 findet nur Anwendung, wenn marktbeherrschende Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor Erlass der Anordnung Umsatzerlöse entsprechend § 35 Abs. 1 in Verbindung mit den §§ 38 Abs. 1 bis 4 und 36 Abs. 2 erzielt haben. Vor Erlass der Anordnung ist eine Stellungnahme der Monopolkommission einzuholen und den obersten Landesbehörden, in deren Gebiet die betroffenen Unternehmen ihren Sitz haben, Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Die Anordnung kann mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden.

- (2) Die Anordnung einer Veräußerung darf sich nicht auf Vermögensteile erstrecken, die das betroffene Unternehmen in den letzten fünf Jahren vor der Zustellung der Entflechtungsverfügung aufgrund der bestandskräftigen Freigabe eines Zusammenschlusses durch das Bundeskartellamt, die Europäische Kommission oder nach Erteilung einer bestandskräftigen Ministererlaubnis erworben hat. Auf Vermögensteile, für die sektorspezifisches Regulierungsrecht Regeln enthält, darf die Veräußerungsanordnung nicht gerichtet sein.
- (3) Das marktbeherrschende Unternehmen kann vor Erlass der Entflechtungsanordnung bis zu einem vom Bundeskartellamt zu bestimmenden Zeitpunkt geeignete Vorschläge unterbreiten, welche Teile seines Vermögens zu veräußern oder auf andere Weise zu verselbständigen sind. Der Wert eines zur Veräußerung bestimmten Vermögensteils ist von einem durch das Bundeskartellamt beauftragten Wirtschaftsprüfer festzustellen. Der Inhalt dieser Feststellung ist Geschäftsgeheimnis.
- (4) In der Entflechtungsanordnung ist dem Unternehmen ein angemessener Zeitraum zu gewähren, innerhalb dessen die nach Absatz 1 angeordnete Veräußerung oder Verselbständigung der Vermögensteile zu erfolgen hat. Im Falle der Veräußerung müssen der oder die Erwerber von den marktbeherrschenden Unternehmen unabhängig und dürfen nicht im Sinne von § 36 Abs. 2 mit ihnen verbunden sein. Der Vertrag mit dem oder den vorgeschlagenen Erwerbern über die bestimmten Vermögensteile bedarf zu seiner Wirksamkeit der Genehmigung des Bundeskartellamts. Die Genehmigung darf nur verweigert werden, wenn der in Absatz 1 Satz 1 bestimmte Zweck nicht erreicht wird. Ein Rückerwerb veräußerter Vermögensteile oder die Wiedererlangung eines wettbewerblich erheblichen Einflusses auf verselbständigte Vermögensteile durch das marktbeherrschende Unternehmen oder mit ihm verbundene Unternehmen ist innerhalb einer Frist von in der

Regel zehn Jahren seit der Veräußerung oder Verselbständigung nicht erlaubt.

- (5) § 41 Abs. 4 gilt entsprechend. Bestellt das Bundeskartellamt einen Treuhänder zur Durchsetzung seiner Anordnung, darf dieser einen Vermögensteil nur veräußern, wenn der Erlös mindestens die Hälfte des nach Absatz 3 Satz 2 festgestellten Werts beträgt.
- (6) § 32b gilt entsprechend.

§ 42a GWB-E

Der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie entscheidet in den Fällen des § 41a auf Antrag, dass eine vom Bundeskartellamt angeordnete Veräußerung von Vermögensteilen nicht erfolgen muss, wenn die bestehenden Wettbewerbsbedingungen durch gesamtwirtschaftliche Vorteile aufgewogen werden oder die gegebene Struktur der betroffenen Unternehmen durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist. § 42 Abs. 1 Satz 2 und 3, Abs. 2 bis 4 gelten entsprechend.

V. Referentenentwurf zu § 32f GWB (2022)¹⁴³⁷

§ 32f Maßnahmen zur Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen nach einer Sektoruntersuchung

- (1) Nach Veröffentlichung des Berichts nach § 32e Absatz 4 zu einer Untersuchung nach § 32e Absatz 1 hat das Bundeskartellamt unbeschadet seiner sonstigen Befugnisse die in den Absätzen 2 bis 4 enthaltenen weiteren Befugnisse.
- (2) Wenn objektiv nachvollziehbare Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch künftige Zusammenschlüsse der wirksame Wettbewerb im Inland in einem oder mehreren der in dem Bericht nach § 32e Absatz 4 genannten Wirtschaftszweige im Sinne von § 36 Absatz 1 erheblich behindert werden könnte, kann das Bundeskartellamt Unternehmen durch Verfügung verpflichten, jeden Zusammenschluss im Sinne von § 37 in einem oder mehreren dieser Wirtschaftszweige innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren ab Zustellung der Verfügung nach § 39 anzumelden. Die Anmeldepflicht nach Satz 1 gilt nur für Zusammen-

1437 <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Wettbewerbspolitik/wettbewerbsdurchsetzungsgesetz-referentenentwurf-bmwk.pdf>, zuletzt abgerufen am 28.08.2025.

schlüsse, bei denen der Erwerber im letzten Geschäftsjahr Umsatzerlöse im Inland von mehr als 50 Millionen Euro und das zu erwerbende Unternehmen im letzten Geschäftsjahr mehr als 500.000 Euro Umsatz erzielt hat. § 36 Absatz 1 Satz 2 Nummer 2 ist auf von dem Unternehmen in den betreffenden Wirtschaftszweigen angemeldete Zusammenschlüsse nicht anzuwenden. Im Übrigen gelten die auf Zusammenschlüsse im Sinne des 7. Kapitels anwendbaren Vorschriften dieses Gesetzes. Sofern die Voraussetzungen nach Satz 1 nach Ablauf des Zeitraums von drei Jahren fortbestehen, kann das Bundeskartellamt die Anmeldeverpflichtung, auch mehrfach, um drei Jahre verlängern.

- (3) Wenn eine erhebliche, andauernde oder wiederholte Störung des Wettbewerbs auf mindestens einem Markt oder marktübergreifend vorliegt, kann das Bundeskartellamt Unternehmen alle zur Beseitigung oder Verringerung der Störung des Wettbewerbs erforderlichen Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art vorschreiben. § 32 Absatz 2 gilt entsprechend. Die nach Satz 1 anzuordnenden Maßnahmen können insbesondere zum Gegenstand haben:
1. die Gewährung des Zugangs zu Daten, Schnittstellen, Netzen oder sonstigen Einrichtungen;
 2. die Belieferung anderer Unternehmen, einschließlich der Einräumung von Nutzungsrechten an geistigem Eigentum;
 3. behördliche oder vergleichbare Zulassungen oder Genehmigungen;
 4. die Lieferbeziehungen zwischen Unternehmen auf den betroffenen Märkten und auf verschiedenen Marktstufen;
 5. gemeinsame Normen und Standards;
 6. Vorgaben zu bestimmten Vertragsformen oder Vertragsgestaltungen einschließlich vertraglicher Regelungen zur Informationsoffenlegung;
 7. die organisatorische Trennung von Unternehmens- oder Geschäftsbereichen.
- (4) Das Bundeskartellamt kann unter den Voraussetzungen von Absatz 3 Unternehmen dazu verpflichten, Unternehmensanteile oder Vermögen zu veräußern, wenn zu erwarten ist, dass durch diese Maßnahme die erhebliche, andauernde oder wiederholte Störung des Wettbewerbs beseitigt oder erheblich verringert wird. Abhilfemaßnahmen nach diesem Absatz können nur in Ermangelung einer Abhilfemaßnahme nach Absatz 3 von gleicher Wirksamkeit festgelegt werden, oder wenn letztere im Vergleich zu Abhilfemaßnahmen nach diesem Absatz mit einer größeren Belastung für die beteiligten Unternehmen verbunden wäre. Vor

Erlass der Verfügung ist der Monopolkommission und den obersten Landeskartellbehörden, in deren Gebiet die betroffenen Unternehmen ihren Sitz haben, Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Die Verfügung kann mit Nebenbestimmungen verbunden werden. § 41 Absatz 3 Satz 2 und Absatz 4 gelten entsprechend. Erstreckt sich die Verfügung auf Vermögensteile, die das betroffene Unternehmen vor Einleitung eines Verfahrens nach diesem Absatz aufgrund der bestandskräftigen Freigabe eines Zusammenschlusses durch das Bundeskartellamt, die Europäische Kommission oder nach Erteilung einer bestandskräftigen Ministererlaubnis erworben hat, so ist eine Verfügung nur zulässig, wenn der Zeitraum zwischen ihrer Zustellung und der Zustellung der fusionskontrollrechtlichen Verfügung fünf Jahre übersteigt. Ist kein Hauptprüfverfahren eingeleitet worden, so tritt an die Stelle der Zustellung der Verfügung der Ablauf der Frist nach § 40 Absatz 1 Satz 1. Teile des Vermögens, die das oder die Unternehmen aufgrund einer Verpflichtung nach diesem Absatz oder aufgrund einer Verpflichtungszusage nach Absatz 6 veräußert hat oder haben, darf das Unternehmen innerhalb von fünf Jahren nach Veräußerung nicht zurückerwerben, es sei denn, es weist nach, dass sich die Marktverhältnisse soweit geändert haben, dass eine Störung des Wettbewerbs im Sinne des Absatzes 3 nicht mehr vorliegt.

- (5) Bei der Feststellung einer erheblichen, andauernden oder wiederholten Störung des Wettbewerbs auf einem Markt oder marktübergreifend soll insbesondere folgendes berücksichtigt werden:
1. Anzahl, Größe, Finanzkraft und Umsätze der auf den betroffenen Märkten oder marktübergreifend tätigen Unternehmen, die Marktanteilsverhältnisse sowie der Grad der Unternehmenskonzentration,
 2. Verflechtungen der Unternehmen auf den betroffenen oder vor- und nachgelagerten oder in sonstiger Weise miteinander verbundenen Märkten,
 3. Beschränkungen des Marktzutritts, des Marktaustritts oder der Kapazitäten einzelner Unternehmen oder des Wechsels zu einem anderen Anbieter bzw. Nachfrager,
 4. Marktergebnisse und Verhaltensweisen, die auf wettbewerbsrechtlich nicht hinreichend begrenzte Verhaltensspielräume, relative oder überlegene Marktmacht oder eine marktbeherrschende Stellung schließen lassen, insbesondere hinsichtlich

- a) Preisen, Mengen, Auswahl und Qualität der angebotenen Produkte oder Dienstleistungen sowie Innovationstätigkeit auf den betroffenen Märkten sowie
 - b) Verträgen und Vereinbarungen zwischen Unternehmen auf den betroffenen Märkten.
- (6) § 32b gilt für Verfahren nach den Absätzen 3 und 4 entsprechend.
- (7) Verfügungen nach den Absätzen 2 bis 4 sollen spätestens 18 Monate nach Veröffentlichung des Berichts nach § 32e Absatz 4 ergehen.“

VI. § 32f GWB (2023)

§ 32f Maßnahmen nach einer Sektoruntersuchung

- (1) Nach der Veröffentlichung eines Berichts nach § 32e Absatz 4 zu einer Sektoruntersuchung nach § 32e Absatz 1 hat das Bundeskartellamt unbeschadet seiner sonstigen Befugnisse die weiteren Befugnisse gemäß den Absätzen 2 bis 4. Dies gilt nicht in Fällen des § 32e Absatz 6.
- (2) Wenn objektiv nachvollziehbare Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch künftige Zusammenschlüsse der wirksame Wettbewerb im Inland in einem oder mehreren der in dem Bericht nach § 32e Absatz 4 untersuchten Wirtschaftszweige im Sinne von § 36 Absatz 1 erheblich behindert werden könnte, kann das Bundeskartellamt Unternehmen durch Verfügung verpflichten, innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren ab Zustellung der Verfügung jeden Zusammenschluss im Sinne von § 37 in einem oder mehreren dieser Wirtschaftszweige nach § 39 anzumelden. Die Anmeldepflicht nach Satz 1 gilt nur für Zusammenschlüsse, bei denen der Erwerber im letzten Geschäftsjahr Umsatzerlöse im Inland von mehr als 50 Millionen Euro und das zu erwerbende Unternehmen im letzten Geschäftsjahr Umsatzerlöse im Inland von mehr als 1 Million Euro erzielt hat. § 36 Absatz 1 Satz 2 Nummer 2 ist auf von dem Unternehmen in den untersuchten Wirtschaftszweigen angemeldete Zusammenschlüsse nicht anzuwenden. Im Übrigen gelten die auf Zusammenschlüsse im Sinne des Kapitels 7 anwendbaren Vorschriften dieses Gesetzes. Sofern die Voraussetzungen nach Satz 1 nach Ablauf des Zeitraums von drei Jahren fortbestehen, kann das Bundeskartellamt die Anmeldeverpflichtung um drei Jahre verlängern; wiederholte Verlängerungen um jeweils drei Jahre sind bis zu dreimal zulässig.

- (3) Das Bundeskartellamt kann durch Verfügung feststellen, dass eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs auf mindestens einem mindestens bundesweiten Markt, mehreren einzelnen Märkten oder marktübergreifend vorliegt, soweit die Anwendung der sonstigen Befugnisse nach Teil 1 nach den im Zeitpunkt der Entscheidung beim Bundeskartellamt vorliegenden Erkenntnissen voraussichtlich nicht ausreichend erscheint, um die Störung des Wettbewerbs wirksam und dauerhaft zu beseitigen. Die Verfügung nach Satz 1 ergeht gegenüber einem oder mehreren Unternehmen, die als Adressaten von Maßnahmen nach Satz 6 oder Absatz 4 in Betracht kommen. Adressaten von Maßnahmen können Unternehmen sein, die durch ihr Verhalten und ihre Bedeutung für die Marktstruktur zur Störung des Wettbewerbs wesentlich beitragen. Bei der Auswahl der Adressaten und der Abhilfemaßnahmen ist insbesondere auch die Marktstellung des Unternehmens zu berücksichtigen. Das Bundeskartellamt kann die Verfügung nach Satz 1 durch Beschluss zu einem späteren Zeitpunkt auf weitere Unternehmen im Sinne der Sätze 2 und 3 ausdehnen. Das Bundeskartellamt kann im Falle einer Feststellung nach Satz 1 den betroffenen Unternehmen alle Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art vorschreiben, die zur Beseitigung oder Verringerung der Störung des Wettbewerbs erforderlich sind. Die Abhilfemaßnahmen können insbesondere Folgendes zum Gegenstand haben:
1. die Gewährung des Zugangs zu Daten, Schnittstellen, Netzen oder sonstigen Einrichtungen,
 2. Vorgaben zu den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen auf den untersuchten Märkten und auf verschiedenen Marktstufen,
 3. Verpflichtung zur Etablierung transparenter, diskriminierungsfreier und offener Normen und Standards durch Unternehmen,
 4. Vorgaben zu bestimmten Vertragsformen oder Vertragsgestaltungen einschließlich vertraglicher Regelungen zur Informationsoffenlegung,
 5. das Verbot der einseitigen Offenlegung von Informationen, die ein Parallelverhalten von Unternehmen begünstigen,
 6. die buchhalterische oder organisatorische Trennung von Unternehmens- oder Geschäftsbereichen.
- § 32 Absatz 2 gilt entsprechend.
- (4) Das Bundeskartellamt kann unter den Voraussetzungen des Absatzes 3 marktbeherrschende Unternehmen sowie Unternehmen mit einer

überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb nach § 19a Absatz 1 durch Verfügung dazu verpflichten, Unternehmensanteile oder Vermögen zu veräußern, wenn zu erwarten ist, dass durch diese Maßnahme die erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs beseitigt oder erheblich verringert wird. Abhilfemaßnahmen nach Satz 1 dürfen nur angeordnet werden, wenn Abhilfemaßnahmen nach Absatz 3 Satz 6 nicht möglich sind, nicht von gleicher Wirksamkeit oder im Vergleich zu Abhilfemaßnahmen nach Satz 1 mit einer größeren Belastung für das Unternehmen verbunden wären. Vor Erlass der Verfügung ist der Monopolkommission und den nach § 48 Absatz 1 zuständigen obersten Landesbehörden, in deren Gebiet das Unternehmen seinen Sitz hat, Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Die Verfügung nach Satz 1 ist im Bundesanzeiger bekannt zu machen. § 43 Absatz 3 ist entsprechend anzuwenden mit der Maßgabe, dass nur die Angaben nach § 39 Absatz 3 Satz 2 Nummer 1 und 2 bekannt zu machen sind. Die Verfügung kann mit Nebenbestimmungen verbunden werden. § 41 Absatz 3 Satz 2 und Absatz 4 gilt entsprechend. Der Vermögensteil muss nur veräußert werden, wenn der Erlös mindestens 50 Prozent desjenigen Wertes beträgt, den ein vom Bundeskartellamt beauftragter Wirtschaftsprüfer für den Zeitpunkt des der Entflechtungsanordnung nach Satz 1 vorangegangenen Jahresabschlusses festgestellt hat. Soweit der tatsächliche Verkaufserlös den vom beauftragten Wirtschaftsprüfer festgestellten Wert unterschreitet, erhält das veräußernde Unternehmen eine zusätzliche Zahlung in Höhe der Hälfte der Differenz zwischen dem festgestellten Wert und dem tatsächlichen Verkaufserlös. Erstreckt sich die Verfügung auf Vermögensteile, die vor der Einleitung eines Verfahrens nach diesem Absatz Gegenstand einer bestandskräftigen Freigabe eines Zusammenschlusses durch das Bundeskartellamt oder die Europäische Kommission waren oder nach der Erteilung einer bestandskräftigen Ministererlaubnis erworben wurden, so ist die Verfügung nur zulässig, wenn der Zeitraum zwischen ihrer Zustellung und der Zustellung der fusionskontrollrechtlichen Verfügung größer als zehn Jahre ist. Ist kein Hauptprüfverfahren eingeleitet worden, so tritt an die Stelle der Zustellung der Verfügung der Ablauf der Frist nach § 40 Absatz 1 Satz 1. Teile des Vermögens, die ein Unternehmen aufgrund einer Verpflichtung nach diesem Absatz oder aufgrund einer Verpflichtungszusage nach Absatz 6 veräußert hat, darf das Unternehmen innerhalb von fünf Jahren nach der Veräußerung nicht zurückerwerben, es sei denn, es weist nach, dass sich die Markt-

verhältnisse so geändert haben, dass eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs nicht mehr vorliegt.

(5) Eine Störung des Wettbewerbs kann insbesondere in folgenden Fällen vorliegen:

1. unilaterale Angebots- oder Nachfragemacht,
2. Beschränkungen des Marktzutritts, des Marktaustritts oder der Kapazitäten von Unternehmen oder des Wechsels zu einem anderen Anbieter oder Nachfrager,
3. gleichförmiges oder koordiniertes Verhalten oder
4. Abschottung von Einsatzfaktoren oder Kunden durch vertikale Beziehungen.

Bei der Prüfung, ob eine Störung des Wettbewerbs vorliegt, soll insbesondere Folgendes berücksichtigt werden:

1. Anzahl, Größe, Finanzkraft und Umsätze der auf den betroffenen Märkten oder marktübergreifend tätigen Unternehmen, die Marktanteilsverhältnisse sowie der Grad der Unternehmenskonzentration,
2. Verflechtungen der Unternehmen auf den betroffenen, den vor- und nachgelagerten oder in sonstiger Weise miteinander verbundenen Märkten,
3. Preise, Mengen, Auswahl und Qualität der angebotenen Produkte oder Dienstleistungen auf den betroffenen Märkten,
4. Transparenz und Homogenität der Güter auf den betroffenen Märkten,
5. Verträge und Vereinbarungen zwischen Unternehmen auf den betroffenen Märkten,
6. Grad der Dynamik auf den betroffenen Märkten sowie
7. dargelegte Effizienzvorteile, insbesondere Kosteneinsparungen oder Innovationen, bei angemessener Beteiligung der Verbraucher.

Eine Störung des Wettbewerbs ist fortwährend, wenn diese über einen Zeitraum von drei Jahren dauerhaft vorgelegen hat oder wiederholt aufgetreten ist und zum Zeitpunkt der Verfügung nach Absatz 3 keine Anhaltspunkte bestehen, dass die Störung innerhalb von zwei Jahren mit überwiegender Wahrscheinlichkeit entfallen wird.

- (6) § 32b gilt für Verfahren nach den Absätzen 3 und 4 entsprechend.
- (7) Verfügungen nach den Absätzen 2 bis 4 sollen innerhalb von 18 Monaten nach der Veröffentlichung des Abschlussberichts nach § 32e Absatz 4 ergehen.
- (8) Auf Märkten in den von der Bundesnetzagentur regulierten Sektoren Eisenbahn, Post und Telekommunikation, für die sektorspezifisches

Wettbewerbsrecht gilt, sowie den regulierten Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetzen gemäß dem Energiewirtschaftsgesetz bedarf das Bundeskartellamt zur Ergreifung von Abhilfemaßnahmen nach den Absätzen 3 und 4 des Einvernehmens der Bundesnetzagentur; die Bundesnetzagentur veröffentlicht hierzu jeweils eine Stellungnahme. Mögliche Abhilfemaßnahmen nach den Absätzen 3 und 4 sind bei der Prüfung im Rahmen der Marktanalyse nach § 37 Absatz 2 Nummer 3 des Postgesetzes und § 11 Absatz 2 Nummer 3 des Telekommunikationsgesetzes nicht zu berücksichtigen.

- (9) Das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz berichtet den gesetzgebenden Körperschaften nach Ablauf von zehn Jahren nach Inkrafttreten der Regelungen in den Absätzen 1 bis 8 über die Erfahrungen mit der Vorschrift.

VII. Sec. 56 FTA73

Order of appropriate Minister on report on monopoly reference.

- (1) The provisions of this section shall have effect where a report of the Commission on a monopoly reference not limited to the facts has been laid before Parliament in accordance with the provisions of Part VII of this Act, and the conclusions of the Commission set out in the report, as so laid,—
 - (a) include conclusions to the effect that a monopoly situation exists and that facts found by the Commission in pursuance of their investigations under section 49 of this Act operate, or may be expected to operate, against the public interest, and
 - (b) specify particular effects, adverse to the public interest, which in their opinion those facts have or may be expected to have.
- (2) In the circumstances mentioned in the preceding subsection the appropriate Minister may (subject to subsection (6) of this section) by order made by statutory instrument exercise such one or more of the powers specified in Parts I and II of Schedule 8 to this Act as he considers it requisite to exercise for the purpose of remedying or preventing the adverse effects specified in the report as mentioned in the preceding subsection; and those powers may be so exercised to such extent and in such manner as the appropriate Minister considers requisite for that purpose.

- (3) In determining whether, or to what extent or in what manner, to exercise any of those powers, the appropriate Minister shall take into account any recommendations included in the report of the Commission in pursuance of section 54(3)(b) of this Act and any advice given by the Director under section 88 of this Act.
- (4) Subject to the next following subsection, in this section “the appropriate Minister” means the Secretary of State.
- (5) Where, in any such report as is mentioned in subsection (1) of this section, the person or one of the persons specified as being the person or persons in whose favour the monopoly situation in question exists is a body corporate fulfilling the following conditions, that is to say—
 - (a) that the affairs of the body corporate are managed by its members, and
 - (b) that by virtue of an enactment those members are appointed by a Minister,
then for the purpose of making any order under this section in relation to that body corporate (but not for the purpose of making any such order in relation to any other person) “the appropriate Minister” in this section means the Minister by whom members of that body corporate are appointed.
- (6) In relation to any such body corporate as is mentioned in subsection (5) of this section, the powers exercisable by virtue of subsection (2) of this section shall not include the powers specified in Part II of Schedule 8 to this Act.

VIII. Schedule 8 para. 14 FTA73

An order may provide for the division of any business by the sale of any part of the undertaking or assets or otherwise (for which purpose all the activities carried on by way of business by any one person or by any two or more interconnected bodies corporate may be treated as a single business), or for the division of any group of interconnected bodies corporate, and for all such matters as may be necessary to effect or take account of the division, including—

- (a) the transfer or vesting of property, rights, liabilities or obligations;
- (b) the adjustment of contracts, whether by discharge or reduction of any liability or obligation or otherwise;

- (c) the creation, allotment, surrender or cancellation of any shares, stock or securities;
- (d) the formation or winding up of a company or other association, corporate or unincorporate, or the amendment of the memorandum and articles or other instruments regulating any company or association;
- (e) the extent to which, and the circumstances in which, provisions of the order affecting a company or association in its share capital, constitution or other matters may be altered by the company or association, and the registration under any enactment of the order by undertakings or associations so affected;
- (f) the continuation, with any necessary change of parties, of any legal proceedings.

IX. Sec. 138 EA02

Duty to remedy adverse effects

- (1) Subsection (2) applies where a report of the CMA has been prepared and published under section 136 within the period permitted by section 137 and contains the decision that there is one or more than one adverse effect on competition.
- (2) The CMA shall, within the period permitted by section 138A, in relation to each adverse effect on competition, take such action under section 159 or 161 as it considers to be reasonable and practicable—
 - (a) to remedy, mitigate or prevent the adverse effect on competition concerned; and
 - (b) to remedy, mitigate or prevent any detrimental effects on customers so far as they have resulted from, or may be expected to result from, the adverse effect on competition.
- (3) The decisions of the CMA under subsection (2) shall be consistent with its decisions as included in its report by virtue of section 134(4) unless there has been a material change of circumstances since the preparation of the report or the CMA otherwise has a special reason for deciding differently.
- (4) In making a decision under subsection (2), the CMA shall, in particular, have regard to the need to achieve as comprehensive a solution as is reasonable and practicable to the adverse effect on competition

- concerned and any detrimental effects on customers so far as resulting from the adverse effect on competition.
- (5) In making a decision under subsection (2), the CMA may, in particular, have regard to the effect of any action on any relevant customer benefits of the feature or features of the market or markets concerned.
 - (6) The CMA shall take no action under subsection (2) to remedy, mitigate or prevent any detrimental effect on customers so far as it may be expected to result from the adverse effect on competition concerned if—
 - (a) no detrimental effect on customers has resulted from the adverse effect on competition; and
 - (b) the adverse effect on competition is not being remedied, mitigated or prevented.

X. Sec. 161 EA02

Final orders: Part 4

- (1) The CMA may, in accordance with section 138, make an order under this section.
- (2) The Secretary of State may, in accordance with section 147 or (as the case may be) 147A, make an order under this section.
- (3) An order under this section may contain—
 - (a) anything permitted by Schedule 8; and
 - (b) such supplementary, consequential or incidental provision as the person making it considers appropriate.
- (4) An order under this section—
 - (a) shall come into force at such time as is determined by or under the order; and
 - (b) may be varied or revoked by another order.
- (5) The Secretary of State shall not vary or revoke an order made by him under this section unless the CMA advises that such a variation or revocation is appropriate by reason of a change of circumstances.

XI. Schedule 8 para. 13 EA02

- (1) An order may provide for—

- (a) the division of any business (whether by the sale of any part of the undertaking or assets or otherwise);
- (b) the division of any group of interconnected bodies corporate.
- (2) For the purposes of sub-paragraph (1)(a) all the activities carried on by way of business by any one person or by any two or more interconnected bodies corporate may be treated as a single business.
- (3) An order made by virtue of this paragraph may contain such provision as the relevant authority considers appropriate to effect or take account of the division, including, in particular, provision as to—
 - (a) the transfer or creation of property, rights, liabilities or obligations;
 - (b) (the number of persons to whom the property, rights, liabilities or obligations are to be transferred or in whom they are to be vested;
 - (c) the time within which the property, rights, liabilities or obligations are to be transferred or vested;
 - (d) the adjustment of contracts (whether by discharge or reduction of any liability or obligation or otherwise);
 - (e) the creation, allotment, surrender or cancellation of any shares, stock or securities;
 - (f) the formation or winding up of any company or other body of persons corporate or unincorporate;
 - (g) the amendment of the articles or other instruments regulating any such company or other body of persons;
 - (h) the extent to which, and the circumstances in which, provisions of the order affecting a company or other body of persons corporate or unincorporate in its share capital, constitution or other matters may be altered by the company or other body of persons concerned;
 - (i) the registration of the order under any enactment by a company or other body of persons corporate or unincorporate which is affected by it as mentioned in paragraph (h);
 - (j) the continuation, with any necessary change of parties, of any legal proceedings;
 - (k) the approval by the relevant authority or another person of anything required by virtue of the order to be done or of any person to whom anything is to be transferred, or in whom anything is to be vested, by virtue of the order; or

Anhang

- (1) the appointment of trustees or other persons to do anything on behalf of another person which is required of that person by virtue of the order or to monitor the doing by that person of any such thing.