



## **Stellungnahme des Schweizerischen Anwaltsverbands zum Synthesebericht der Evaluationsgruppe Kartellgesetz**

### **I. Einleitung**

Nach Art. 59a KG hat der Bundesrat die Wirksamkeit der Massnahmen und des Vollzugs des Kartellgesetzes zu evaluieren und spätestens fünf Jahre nach Inkrafttreten der Revision von 2003 beim Parlament Bericht darüber zu erstatten und Vorschläge für das weitere Vorgehen zu unterbreiten. Die Evaluationsgruppe unter Leitung von Dr. Rafael Corazza, Direktor des Sekretariats der Wettbewerbskommission, hat im Januar 2009 ihren Synthesebericht vom 5. Dezember 2008 und die Studien und Gutachten, auf welche sie sich bei ihrem Bericht abstützt, veröffentlicht.

Die Fachkommission Kartellrecht des Schweizerischen Anwaltsverbands (SAV) hat sich mit den Ergebnissen und Empfehlungen der Evaluationsgruppe auseinandergesetzt und darüber dem Vorstand berichtet. Der Vorstand des Schweizerischen Anwaltsverbands ist der Ansicht, dass verschiedene im Evaluationsbericht angesprochene Bereiche und Empfehlungen Gebiete beschlagen, zu denen die Anwaltschaft aufgrund ihrer Erfahrung einen Beitrag leisten kann. Dies gilt namentlich für die Behörden- und Gerichtsorganisation, das Verfahren und den Ausbau der zivilrechtlichen Durchsetzung kartellrechtlicher Ansprüche. Auch zum Thema Rechtsschutz und -sicherheit im Zusammenhang mit den Sanktionierungsmöglichkeiten sind rechtsstaatliche Erwägungen von Bedeutung. Der Schweizerische Anwaltsverband beteiligt sich deshalb mit dieser Stellungnahme an der Diskussion um die Evaluation der Wirksamkeit des Kartellgesetzes und hofft, damit einen Beitrag im Hinblick auf die bevorstehende Debatte zu leisten.

Das Kartellgesetz sieht die Evaluation seiner Wirksamkeit bereits fünf Jahre nach Inkrafttreten der Änderungen vom 1. April 2004 vor. Diese Frist ist sehr kurz bemessen, da im Zeitpunkt der Evaluation praktisch keine Verfahren abgeschlossen sind, in welchen die neuen Instrumente (Sanktionen, Hausdurchsuchungen, Bonusregelung) zur Anwendung gelangten. Viele grundsätzliche Fragen im Zusammenhang mit den neuen Instrumenten werden durch die Behörden und Gerichte erst im Laufe der nächsten Jahre beurteilt und entschieden. Dies gilt auch für die neuen materiell-rechtlichen Regelungen in Art. 5 Abs. 4 (Vertikalbeschränkungen) und Art. 4 Abs. 2 KG (Neufassung der Definition von Marktbeherrschung).

Trotzdem ist die Durchführung der Evaluation bereits im heutigen Zeitpunkt grundsätzlich zu begrüssen, da sie eine frühzeitige Identifizierung wesentlicher Problembereiche erlaubt.

Die nachfolgende Stellungnahme setzt sich lediglich mit ausgewählten Bereichen des Evaluationsberichts auseinander und folgt dabei der Systematik der Empfehlungen der Evaluationsgruppe (s. Synthesebericht S. 21 f.).

## **II. Konzept des Kartellgesetzes**

Gemäss Empfehlung 1 der Evaluationsgruppe ist an dem 1995 eingeführten und 2003 revidierten Konzept des Kartellgesetzes festzuhalten; die 2003 neu eingeführten Instrumente Direkte Sanktionen, Bonusregelung und Hausdurchsuchungen bedürfen keiner grundlegenden Überarbeitung.

Dieser Einschätzung ist grundsätzlich beizupflichten. In materiell-rechtlicher Hinsicht hat sich das Konzept des Kartellgesetzes von 1995 mit wenigen Ausnahmen bewährt und als griffiges Instrument zum Schutz des Wettbewerbs als Institution etabliert. Eine Ausnahme bildet das materielle Prüfkriterium für die Frage der Zulässigkeit von Zusammenschlüssen in Art. 10 KG, welches in der Praxis auf Seiten der Behörden zu erheblichen Beweisproblemen führt.

Die Einführung von Art. 5 Abs. 4 KG im Jahre 2004 hat zu erheblichen Auseinandersetzungen nicht nur in der Lehre, sondern auch innerhalb der Wettbewerbsbehörden geführt. Diese hat mit der Vertikalbekanntmachung 2007 für zusätzliche Rechtsunsicherheit gesorgt. Eine allfällige Umsetzung der entsprechenden Empfehlungen der Evaluationsgruppe (Verzicht auf die Vermutungstatbestände in Art. 5 Abs. 4 KG und Revision der Vertikalbekanntmachung) muss aber gut überlegt sein.

Die neuen Instrumente der direkten Sanktionen, der Bonusregelung und der Hausdurchsuchungen haben sich zwar im Grundsatz bewährt, bedürfen jedoch in einzelnen Punkten der Anpassung. So wurde die Vorschrift von Art. 49a Abs. 1 KG von der Wettbewerbskommission als zwingend ausgelegt; die Wettbewerbskommission fühlt sich gestützt auf diese Bestimmung verpflichtet, bei jedem Verstoss eine Sanktion anzuordnen. Dies führt dazu, dass Unternehmen auch für Verstösse, zu denen es keine Fallpraxis gibt, mit zum Teil ganz erheblichen Sanktionen belastet werden. Dies ist rechtsstaatlich höchst bedenklich. Nach unserer Ansicht ist deshalb zu prüfen, ob Art. 49a Abs. 1 KG in eine "Kann"-Vorschrift umgewandelt werden muss, welche der Wettbewerbskommis-

sion mehr Flexibilität einräumt, um ihr das Absehen von Bussgeldern in Bagatellfällen oder bei unklarer Rechtslage erlaubt.

Im Bereich von Bonusregelungen und Hausdurchsuchungen haben die ersten Erfahrungen aus Anwaltsicht gezeigt, dass gewisse grundsätzliche verfahrensmässige Fragen der Klärung bedürfen. Die weitgehende und im Kartellgesetz nicht beschränkte Akteneinsicht könnte dazu führen, dass Selbstanzeigen von Unternehmen von geschädigten Parteien in Kartellzivilprozessen als Beweise eingeführt werden. Besteht diese Gefahr, wird ein erheblicher negativer Anreiz für Selbstanzeigen geschaffen. Die Europäische Kommission hat deshalb klare und weitgehende Beschränkungen betreffend Akteneinsicht und Verwendung von Selbstanzeigeakten eingeführt. Gerade im Hinblick darauf, dass die zivilrechtliche Durchsetzung von kartellrechtlichen Ansprüchen in der Schweiz verbessert werden soll, muss auch in der Schweiz eine ausgewogene Lösung für dieses Problem auf Gesetzesebene geregelt werden.

Aus anwaltlicher Sicht stellt sich ein weiteres Problem im Zusammenhang mit Hausdurchsuchungen. Gestützt auf die bisherige Bundesgerichtspraxis hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission ein Merkblatt zu Hausdurchsuchungen erlassen, wonach ausser Verteidigerkorrespondenz im engeren Sinne alle anwaltliche Dokumente beschlagnahmt werden können, welche sich bei durchsuchten Unternehmen finden. Diese Vorgehensweise erschwert die kartellrechtliche Beratung von Unternehmen zu Compliance-Massnahmen in unerträglichem Ausmass. Die Praxis hat zur Folge, dass es praktisch unmöglich ist, einem Unternehmen kritische Hinweise hinsichtlich der Compliance mit kartellrechtlichen Vorschriften in schriftlicher Form zu übermitteln, ohne damit möglicherweise die Beweislage des betreffenden Unternehmens im Falle eines Untersuchungsverfahrens erheblich zu erschweren.

Die neuen Bestimmungen in der eidgenössischen Strafprozessordnung sehen vor, dass Anwaltskorrespondenz unabhängig vom Gewahrsam (d.h. auch wenn sie vom beratenen Unternehmen aufbewahrt wird) inskünftig in Strafuntersuchungen nicht mehr der Beschlagnahme unterliegt. Angesichts des Strafcharakters der Sanktionen im Kartellgesetz ist davon auszugehen, dass diese neuen Vorschriften auch durch die Wettbewerbsbehörden inskünftig analog anzuwenden sind. Sollte dies nicht der Fall sein, wäre eine gesetzgeberische Klarstellung unumgänglich.

### III. Wettbewerbsbehörden | Kooperationsabkommen | Verfahrensrecht | Sanktionen gegen natürliche Personen

**Wettbewerbsbehörden:** Die Empfehlung einer Professionalisierung und vermehrter Unabhängigkeit der Wettbewerbsbehörden ist grundsätzlich zu begrüßen. Der Schweizerische Anwaltsverband befürwortet anstelle der bisherigen Wettbewerbskommission die im Evaluationsbericht diskutierte (S. 51 ff ; 106 ff. Synthesebericht) Einführung einer zweistufigen Behörde, bestehend aus einer Untersuchungs- und einer Entscheidungsinstanz. Die Entscheidungsinstanz sollte verkleinert werden.

Dafür sind insbesondere folgende Gründe ist Feld zu führen:

- Eine Zweiteilung gewährleistet die erwünschte Professionalisierung der Entscheidungsinstanz an Ehesten: Die Entscheidungsinstanz sollte aus einem vollamtlichen Präsidium und einem kleinen (z. B. 3 bis 7 Mitglieder umfassenden), hoch spezialisierten Spruchkörper bestehen. Die Untersuchung von kartellrechtlichen Fragen kann durch eine kompetente professionelle Behörde geführt werden. Diese Zweiteilung bietet bei den doch beschränkten Fallzahlen in der Schweiz Gewähr für kohärente und fachlich fundierte und unabhängige Rechtsprechung.
- Eine Untersuchungs- und Entscheidungsinstanz sollte nicht gleichzeitig über Zwangsmassnahmen (Haussuchungen) verfügen können, Der Vorwurf der Vorbefassung könnte allzu leicht erhoben werden. Die Zweiteilung in eine Kartell- Untersuchungsbehörde (analog einer Staatsanwaltschaft) und eine Kartell-Entscheidbehörde (analog einer Gerichtsinstanz) ist schon aus dieser Überlegung zu prüfen.

**Kooperationsabkommen:** Die vertiefte Zusammenarbeit mit ausländischen Behörde ist in der heutigen globalisierten Marktwirtschaft grundsätzlich zu begrüßen. Die Umsetzung erfordert aber eine klare Rechtsweggarantie: Vorstellbar sind Rechtshilfeabkommen, die weitestgehend den Schutz gewährleisten, wie er im IRSG und in Rechtshilfeüberhinkommen in Strafsachen vorgesehen ist.

**Verfahren:** Bei der Einführung der direkten Sanktionen und der neuen Untersuchungsinstrumente im Jahre 2004 wurde der Notwendigkeit eines den erhöhten Eingriffsmöglichkeiten in die Rechte der betroffenen Unternehmen angepassten Verfahrensrechte (Rechtsschutz, EMRK) nur ungenügend Rechnung getragen. Das Verfahrensrecht ist deshalb nicht nur (wie von der Evaluationsgruppe empfohlen) im Hinblick auf eine Verbesserung der Effizienz, sondern auch hinsicht-

lich eines der Schwere der möglichen Eingriffe angepassten Rechtsschutzes zu überprüfen und anzupassen.

**Sanktionen gegen natürliche Personen:** Personalisierung liegt im Trend (nicht nur in der Presse). Mit den kartellrechtlichen Sanktionen ist ein Unternehmen meist schon erheblich belastet und vor allem tragen die Verantwortlichen in sanktionierten Unternehmen meist selbst schon persönliche Konsequenzen, die in Urteilen nicht zum Ausdruck kommen. Diese Fragestellung soll daher nicht in erster Linie verfolgt werden, auf jeden Fall nicht, bevor sich das neue Regime der direkten Sanktionen im Kartellrecht gefestigt hat.

#### IV. Zusammenschlusskontrolle

In Empfehlung 4 regt die Evaluationsgruppe als prioritäres Anliegen im Hinblick auf eine Revision des Kartellgesetzes eine Harmonisierung der Zusammenschlusskontrolle mit jener der EU an. Dazu gehören die Einführung des SIEC-Tests (Substantial Impediment of Effective Competition Test), der Effizienzeinrede und eines auf die Schweiz angepassten Wohlfahrtsstandards (dynamischer Konsumentenwohlfahrts-Standard) als Ersatz der heute geltenden materiellen Prüfkriterien von Art. 10 KG. Zugleich seien die Aufgreifkriterien anzupassen (Senkung der Grenzbeträge).

Die Frage nach den für die Schweiz richtigen Eingreif- und Aufgreifkriterien in den Fusionskontrollen ist vor allem eine wettbewerbspolitische und ökonomische. Trotzdem drängen sich aufgrund der Erfahrungen der im Kartellrecht spezialisierten Mitglieder des Schweizerischen Anwaltsverbands auch aus anwaltlicher Sicht einige Bemerkungen zu den Revisionsvorschlägen der Evaluationsgruppe im Bereich Zusammenschlusskontrolle auf:

- Nach den Beobachtungen der Anwaltschaft werden zahlreiche Zusammenschlussvorhaben durch die Wettbewerbskommission geprüft, die auch von der Europäischen Kommission überprüft werden und die sich auf Europa – oder gar weltweite Märkte beziehen. Zwar versuchen Behörden und Anwälte diese Verfahren möglichst effizient zu gestalten – indem zum Beispiel über sogenannte "Waiver Letters" der Informationsaustausch mit der Europäischen Kommission erlaubt wird und der Zeitpunkt der Meldung so gewählt wird, dass eine Koordinierung mit dem Fusionskontrollverfahren vor der Europäischen Kommission möglich ist. Trotzdem entstehen auch so noch erhebliche Doppelspurigkeiten. Diese binden einerseits unnötige Ressourcen der Wettbewerbsbehörden und führen andererseits zu erheblichen Transaktionskosten bei den Unternehmen. Die Evaluationsgruppe schlägt zur Lösung

dieses Problems ein Kooperationsabkommen mit der Europäischen Union vor. Dieses würde allerdings lediglich einen verstärkten Informationsaustausch erlauben, jedoch nicht zu einer Aufgabe der Doppelprüfungen führen. Der Schweizerische Anwaltsverband regt deshalb an zu prüfen, ob nicht andere geeignete Möglichkeiten zur Vermeidung dieser Doppelspurigkeiten eingeführt werden sollten, zum Beispiel indem über die Einführung eines speziellen einfach handhabbaren Aufgreifkriteriums (überwiegender Umsatzschwerpunkt am Zusammenschlussvorhaben beteiligter Unternehmen im Ausland) eine Doppelprüfung in Zukunft vermieden werden könnte.

- Die Empfehlungen der Evaluationsgruppe sehen weiter die Möglichkeit vor, die Aufgreifkriterien für Zusammenschlussvorhaben in eine Vermutung umzuwandeln. Demnach würden Zusammenschlüsse zwischen Unternehmen, deren Umsätze unterhalb der Aufgreifkriterien liegen, lediglich noch vermuthungsweise den Wettbewerb nicht beeinträchtigen. Nach der heutigen Rechtslage sind diese Zusammenschlüsse einer Überprüfung in der Zusammenschlusskontrolle gänzlich entzogen. Nach dem vorgeschlagenen neuen Vermuthungsregime würde für die Wettbewerbsbehörden die Möglichkeit geschaffen, auch derartige Zusammenschlüsse nach deren Vollzug zu überprüfen und im Rahmen der Überprüfung die Vermutung umzustossen. Der Schweizerische Anwaltsverband gibt zu bedenken, dass diese vorgeschlagene Neuregelung ganz erhebliche Rechtsunsicherheiten für die Unternehmen mit sich bringen würden. Es wäre auch bei Zusammenschlüssen von Unternehmen, deren Umsätze unterhalb der Aufgreifkriterien liegen, inskünftig nicht mehr sicher, ob diese vollzogen werden können oder ob mit einer Prüfung des Vorhabens nach dem Vollzug gerechnet werden müsste. Dies könnte zur Folge haben, dass zur Gewinnung von Rechtssicherheit inskünftig auch derartige Zusammenschlüsse in grosser Zahl bei den Wettbewerbsbehörden rein vorsorglich gemeldet würden. Dies hätte in der überwiegenden Zahl der Fälle einen unnötigen Verschleiss von Ressourcen sowie zusätzliche Transaktionskosten zur Folge. Der Schweizerische Anwaltsverband spricht sich deshalb gegen Lösungen aus, welche zu vermehrter Rechtsunsicherheit führen.
- Die Europäische Kommission hat mit der EG-Fusionskontrollverordnung 2004 nicht nur einen neuen materiellen Test für die Genehmigung von Zusammenschlüssen eingeführt, sondern zahlreiche Verfahrensregeln, zum Beispiel hinsichtlich des Fristenlaufs (insbesondere bei Auflagen) abgeändert. Diese Neuerungen wurden mit der Gesetzesrevision vom 1. April 2004 in der Schweiz nicht übernommen. Dies führt insbesondere bei der zeitlichen Abstimmung von Fusionskontrollverfahren dazu, dass die Verfahrensfristen

in der Schweiz kürzer als jene in der Europäischen Union sind und die Koordinierung der Verfahrensdauer deshalb nur dadurch erreicht werden kann, dass die Meldungen in der Schweiz später eingereicht werden. Auch in anderen Bereichen ergeben sich Differenzen zwischen der Regelung der Europäischen Union und der Schweiz. Lediglich beispielhaft zu erwähnen ist die Lage bei öffentlichen Übernahmen. Während der Vollzug eines öffentlichen Übernahmeangebots bei Nichtausübung der Stimmrechte nach europäischem Recht keinen Verstoss gegen das für die Dauer des Fusionskontrollverfahrens geltende Vollzugsverbot darstellt, bedarf es in diesen Fällen in der Schweiz eines ausdrücklichen Gesuchs um Genehmigung des vorzeitigen Vollzugs durch die Wettbewerbskommission. Der Schweizerische Anwaltsverband regt deshalb an, im Zuge einer möglichen Revision des Kartellgesetzes den Harmonisierungsbedarf mit sekundär-rechtlichen Erlassen des Europäischen Wettbewerbsrechts zu überprüfen. Im Zuge einer derartigen Harmonisierung müsste auch eine klarere Strukturierung des Verfahrensablaufs und eine Stärkung der Parteirechte der betroffenen Unternehmen im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens (sowie betroffener Dritter), insbesondere durch Gewährung genügender Fristen zur Stellungnahme und ausreichender Anhörung durch die Kommission überdacht werden.

## **V. Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen | Direkte Sanktionsmöglichkeit | Vertikalbekanntmachung**

### **A. Einleitung**

Im Rahmen der KG-Reform 2003 wurden Artikel 5 Abs. 4 KG sowie, darauffolgend in 2007, die revidierte Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung) eingeführt, um sich bei der Beurteilung von Vertikalabreden möglichst eng der EG-Praxis anzunähern. Die Vertikalbekanntmachung stellt in Erwägung 11 sogar explizit klar, dass sie sich an die Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen (ABl. 1999 Nr. L 336, S. 21ff.; EG-Vertikal-GVO) sowie die entsprechenden Leitlinien (ABl. 2000 Nr. C 291 S. 1ff.) anlehnt.

Dazu im Widerspruch steht die Feststellung der Evaluationsgruppe, dass sich der schweizerische Gesetzgeber mit der Einführung von Artikel 5 Abs. 4 KG von der internationalen und insbesondere der gemeinschaftsrechtlichen Praxis entfernt habe (Zusammenfassung Synthesebericht, S. XVII). Der Zweck von Artikel 5 Abs. 4 KG war gerade, die Vertikalabreden in möglichst enger Anlehnung an

das EG-Wettbewerbsrecht erfassen zu können, wobei die bestehenden schweizerischen verfassungsrechtlichen Grenzen berücksichtigt werden mussten.

Entgegen den Schlussfolgerungen des Berichts verhindert Artikel 5 Abs. 4 KG auch eine Einzelfallbeurteilung von Vertikalabreden grundsätzlich nicht. Die bisherige äusserst spärliche Fallpraxis im Zusammenhang mit dieser Vorschrift zeigt vielmehr, dass die Beurteilung sehr wohl anhand des jeweils konkreten Einzelfalls erfolgte. Hingegen trifft zu, dass in der Auslegung von Art. 5 Abs. 4 KG eine grosse Rechtsunsicherheit herrscht. Durch die Revision der Vertikalbekanntmachung im Jahr 2007 wurde diese Unsicherheit nicht nur verstärkt, sondern es wurden zumindest punktuell auch inhaltliche Abweichungen vom EG-Wettbewerbsrecht geschaffen.

## **B. Streichung von Art. 5 Abs. 4 KG?**

Sollte der Gesetzgeber eine Streichung von Artikel 5 Abs. 4 KG vorsehen, jedoch gleichzeitig an der direkten Sanktionierbarkeit der in dieser Vorschrift genannten Abredekategorien festhalten, würde das bisherige System des Schweizer Kartellgesetzes im Grundsatz in Frage gestellt. Im Einklang mit gewissen Autoren fordert die Evaluationsgruppe solche Vertikalabreden (und auch Abreden, die unter die Tatbestände von Art. 5 Abs. 3 KG fallen) auch dann sanktionieren zu können, wenn der Wettbewerb nicht beseitigt wird, sondern wenn er durch solche Abreden erheblich beeinträchtigt wird und keine Rechtfertigungsgründe nach Artikel 5 Abs. 2 KG vorliegen.

Das Kartellgesetz unterscheidet Abreden systematisch nach der Intensität von deren wettbewerbsbeschränkenden Wirkung. Nur die wettbewerbsbeseitigenden Beschränkungen rechtfertigen eine direkte Sanktionierbarkeit, da nur bei diesen Abreden über die tatbeständliche Reichweite Rechtssicherheit besteht. In den Fällen erheblicher Wettbewerbsbeschränkung ist aufgrund einer komplexen Einzelfallprüfung die Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz zu klären. Ob diese gelingt, ist mangels Fallpraxis oft nicht vorhersehbar. Angesichts dieser Rechtsunsicherheit wäre eine direkte Sanktionierbarkeit systemwidrig.

Die direkte Sanktionierbarkeit von unzulässigen Vertikal- bzw. Horizontalabreden auch in Fällen, durch welche der Wettbewerb nicht beseitigt wird, steht aus unserer Sicht nicht in Einklang mit der während den KG-Reformen 1995 und 2003 geführten verfassungsrechtlichen Diskussionen. Für den von der Evaluationsgruppe geforderten Schritt wäre deshalb eine Verfassungsänderung nötig.



## C. Anpassung der Vertikalbekanntmachung

Der Bericht kommt zum Schluss, dass bei der Beurteilung von vertikalen Restriktionen primär auf das Ausmass des bestehenden Interbrand-Wettbewerbs abgestellt werden soll. Diese Schlussfolgerung steht diametral der Vorschrift von Ziffer 10 Abs. 2 Vertikalbekanntmachung entgegen. Die Streichung dieser Vorschrift, welche erst bei der Reform der Vertikalbekanntmachung in 2007 unter Missachtung nicht nur der bis dahin in der Schweiz, sondern auch in der EU geltenden kartellrechtlichen Prinzipien ergangen war, ist daher sachlich richtig. Dass bei Streichung von Artikel 5 Abs. 4 KG auch Ziffer 10 Abs. 1 Vertikalbekanntmachung keinen grossen Sinn mehr macht und gestrichen werden kann, dürfte ebenfalls naheliegend sein.

Empfehlung 11 sieht aber eine Anpassung nicht nur von Ziffer 10 Abs. 1 und 2 vor, sondern generell von Ziffer 10 und 12. Die eingangs erwähnte Feststellung des Berichts bildet offenbar die Grundlage für die Empfehlung, auch die übrigen Vorschriften in Ziffer 10 sowie Ziffer 12 anzupassen bzw. von einer „per se“-Erheblichkeit abzukommen. So folgerichtig diese Empfehlung unter den von der Evaluationsgruppe gemachten Schlussfolgerungen erscheint, ist doch darauf hinzuweisen, dass die EG-Vertikal-GVO Kernbeschränkungen explizit von der Freistellung ausnimmt, was nicht nur eine „per-se“-Erheblichkeit bedeutet, sondern sogar eine erschwerte Rechtfertigungsmöglichkeit zur Folge hat. Durch die empfohlene Änderung würde deshalb der Konsistenz mit dem EU-Recht entgegen gewirkt.

Der Evaluationsbericht enthält keine Anregungen betreffend Preisempfehlungen. Dies obwohl auch Ziffer 11 Vertikalbekanntmachung in der Praxis für sehr grosse Unsicherheit gesorgt hat und Mängel dieser Vorschrift auch im Gutachten Baudenbacher festgestellt wurden. Sollte im Rahmen der KG-Evaluation die Vertikalbekanntmachung abgeändert werden, sollte die Gelegenheit ergriffen werden, diese Vorschrift ebenfalls zu korrigieren.

Insgesamt ist festzustellen, dass die Vertikalbekanntmachung entgegen der Zielvorgabe nicht zusätzliche Rechtssicherheit und Klarheit, sondern angesichts des Widerspruchs zwischen dem Wortlaut und dem gleichzeitigen Anspruch der EU-Kompatibilität genau das Gegenteil bewirkt hat.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die Vertikalbekanntmachung einer umfassenden Revision zu unterziehen ist.

## VI. Procédure civile en matière de droit des cartels

Nous présentons quelques réflexions choisies sur les aspects de procédure civile en matière de droit des cartels. Ces réflexions concernent d'une part la situation actuelle (cf. ci-dessous A.) et d'autre part les développements proposés dans le Rapport ainsi que ses annexes (cf. ci-dessous B.).

### A. Réflexions sur la situation actuelle

Dans la situation actuelle, on peut faire les constatations suivantes:

- Les tribunaux cantonaux n'ont accumulé que peu, voire pas du tout d'expérience en matière de droit des cartels. Or, l'application de la LCart nécessite des connaissances spécifiques, notamment en matière économique, qui ne font pas partie du bagage habituel d'un juge cantonal (cf. annexe 7 du Rapport de synthèse "Zivilrechtliche Kartellverfahren - Statistik").
- En outre, la pratique des autorités administratives est à l'heure actuelle encore restreinte. On ne dispose pas encore de décisions de principe pour tous les principaux comportements illicites (p.ex. art. 5 al. 4 LCart; art. 7 al. 2 let. f LCart; dans ce sens, cf. annexe 12 du Rapport de synthèse, Prof. Dr. Carl Baudenbacher, Gutachten zur Evaluation bestimmter Aspekte des schweizerischen Kartellgesetzes: Institutionelles Setting – Vertikalbeschränkungen – Individualsanktionen – Private Enforcement, p. 23). Quant aux autres comportements, la pratique n'est souvent pas assez établie pour qu'il soit possible d'identifier les tests précis qui leur sont applicables.

Enfin, les parties qui envisagent de porter une affaire de droit des cartels devant les tribunaux civils sont confrontées à des problèmes pratiques importants. Les preuves sont difficiles à rassembler car, pour la victime d'un comportement, elles se trouvent souvent en main de la partie adverse. Vu la complexité des états de fait et des questions juridiques qui se posent, les coûts et risques procéduraux sont élevés. L'absence de jurisprudence sur bon nombre de questions procédurales augmente l'incertitude existant au niveau du droit de fond.

- Le secrétariat de la Commission de la concurrence ("Secrétariat"), quant à lui, semble parfois éloigné de ces préoccupations. En se référant au principe d'opportunité, il a une certaine tendance à refuser d'entrer en matière sur certaines plaintes (dans ce sens, cf. annexe 12 du Rapport de synthèse, Prof. Dr. Carl Baudenbacher, Gutachten zur Evaluation bestimmter Aspekte des

schweizerischen Kartellgesetzes: Institutionelles Setting – Vertikalbeschränkungen – Individualsanktionen – Private Enforcement, p. 23). Le Secrétariat avance l'argument que certains comportements rapportés concernent des intérêts privés qui n'ont pas d'effets suffisamment importants sur l'économie pour mériter un traitement par l'autorité administrative qui doit se concentrer sur des problèmes qui relèvent de l'intérêt public de fonctionnement des marchés.

- L'inadéquation entre d'une part le manque de connaissances des juges civils et l'absence de pratique établie et, d'autre part, l'attitude du Secrétariat qui semble admettre que les juges civils sont tout à fait à même de régler certaines affaires, est regrettable. A tout le moins, l'éventuel pouvoir du Secrétariat de faire usage de son pouvoir discrétionnaire ne devrait pas reposer uniquement sur le principe non écrit d'opportunité, mais devrait faire l'objet d'une réglementation expresse dans LCart. Une disposition devrait notamment contenir les critères guidant le Secrétariat dans son choix.

## **B. Réflexions sur les développements proposés dans le rapport de synthèse**

On ne peut que saluer la volonté de principe exprimée dans le cadre de l'évaluation de la LCart de considérer l'action de droit privé comme un "instrument supplémentaire [et complémentaire] dans le système d'application du droit des cartels" (cf. Evaluation résumée, p. 8; en allemand, Synthesebericht der Evaluationsgruppe Kartellgesetz, p. XVIII).

Le rapport d'évaluation annonce vouloir donner une "place plus importante aux actions civiles relatives au droit des cartels" (cf. Evaluation résumée, p. 8; en allemand, Synthesebericht der Evaluationsgruppe Kartellgesetz, p. XVIII). On peut se demander si cette démarche volontariste ne va pas être confrontée à de grosses difficultés tant que règnera une incertitude juridique trop importante sur l'application des *règles matérielles* du droit des cartels. Un moyen de favoriser les actions civiles serait donc de faire en sorte que les autorités administratives fournissent des décisions de principe qui contiennent des tests clairs permettant de savoir à quelles conditions un comportement est admissible ou non. Une comparaison avec l'Europe montre que les efforts européens actuels en vue de développer l'importance des actions civiles dans le droit des cartels reposent sur une pratique administrative bien établie depuis plusieurs décennies.

Par ailleurs, il faut souligner que la combinaison des voies administrative et civile ne permettra une meilleure mise en œuvre du droit des cartels que si les amélio-

rations envisagées prennent en compte les *aspects procéduraux* y relatifs. Rien ne sert en effet de parfaire les règles de droit de fond si l'on n'y joint pas des règles de procédure civile adaptées aux spécificités du droit des cartels et tenant compte des instruments déjà existants.

On peut notamment mentionner les éléments suivants:

- En relation avec les *mesures visant à donner aux agents économiques davantage de moyens pour lutter de manière autonome contre les restrictions de la concurrence*, il faut envisager l'ensemble des conséquences que peut entraîner l'introduction d'instruments étrangers aux principes procéduraux que nous connaissons actuellement. On pense en particulier à l'accès aux preuves en main de la partie adverse.
- En relation avec les *améliorations touchant à l'administration de la preuve*, il faut s'assurer que celles-ci, notamment la possibilité éventuelle d'utiliser les résultats d'une procédure administrative, ne mettent pas en danger d'autres institutions établies du droit des cartels, comme le programme de clémence. En effet, à l'heure actuelle, la victime d'un comportement anti-concurrentiel peut obtenir le statut de partie dans la procédure administrative et bénéficier de l'accès au dossier. Si les documents remis dans le cadre d'un programme de clémence peuvent être copiés par une partie à la procédure et ensuite utilisés lors d'un procès civil contre l'entreprise qui les a fournis, cela pourrait influencer négativement sa décision de collaborer avec les autorités administratives. Il convient donc de repenser les règles concernant l'accès au dossier administratif en parallèle avec les modifications touchant à l'administration de la preuve.
- En relation avec l'*action en dommages-intérêts*, il convient notamment de régler les questions matérielles de la *passing-on defence* et du délai de prescription (durée et début, coordination avec l'action administrative).
- En relation avec les *autorités judiciaires compétentes*, il faut s'assurer qu'elles soient en mesure de traiter de façon satisfaisante les cas dont elles doivent connaître. Vu le nombre relativement restreint de procédures et le haut degré de spécialisation exigé par le droit des cartels, on peut sérieusement se demander s'il ne conviendrait pas de concentrer cette compétence au sein d'un tribunal fédéral unique (*Bundeskartellgericht*), à l'instar des réflexions en cours pour un tribunal fédéral des brevets (*Bundespatentgericht*).

## VII. Widerspruchsverfahren

Im Zusammenhang mit der Einführung direkter Sanktionen anlässlich der Revision im Jahr 2003 stellte sich die Frage nach den verfassungsmässigen Grenzen für Sanktionen im Kartellrecht. Der Bundesrat liess damals die Frage durch ein verfassungsrechtliches Gutachten klären. Dieses kam zum Schluss, dass direkte Sanktionen nur in jenem Umfang zulässig seien, als für die Unternehmen Rechtssicherheit über die Unzulässigkeit eines möglichen Verhaltens besteht. Angesichts des Fehlens einer langjährigen Fallpraxis zu den neu direkt sanktionierbaren Verstössen gegen Art. 5 und 7 KG wurde aufgrund der verfassungsrechtlichen Grenzen das Melde- und Widerspruchsverfahren von Art. 49a Abs. 4 lit. a KG eingeführt. Dieses Verfahren war darauf ausgerichtet, den Unternehmen bei Zweifeln über die Rechtmässigkeit eines geplanten Verhaltens oder Vertrages das entsprechende Vorhaben den Wettbewerbsbehörden zu melden. Diese Meldung löst gemäss Gesetz eine Widerspruchsfrist von fünf Monaten aus. Eröffnen die Wettbewerbsbehörden während dieser Frist weder eine Vorabklärung noch eine Untersuchung, so entfällt für das Verhalten das Bussgeldrisiko. Ob das geplante Verhalten beziehungsweise der entsprechende Vertrag kartellrechtlich tatsächlich zulässig ist oder nicht, bleibt offen; die Wettbewerbsbehörden können auch nach unbenutzten Fristablauf in einem späteren Zeitpunkt ein Verfahren eröffnen und das gemeldete Verhalten oder einen Vertrag für unzulässig erklären. Die Möglichkeit einer Sanktionierung besteht in diesem Fall jedoch erst bei Verstoss gegen das rechtskräftige Verbot der Behörden (Art. 50 KG).

Nach der Erfahrung der im Kartellrecht spezialisierten Anwälte hat sich das Melde- und Widerspruchsverfahren von Art. 49a Abs. 3 lit. a KG nicht bewährt. Die Wettbewerbsbehörden tun sich schwer damit, im Rahmen der Prüfung von Meldungen gemäss dieser Bestimmung lediglich eine Prima-facie-Würdigung vorzunehmen und im Zweifelsfall auf die Möglichkeit einer direkten Sanktionierung eines Vertrags oder Verhaltens zu verzichten. Zum Ausdruck gekommen ist dies zum Beispiel im Verfahren Maestro, in welchem die herausgebenden Banken der Maestro Debitkarte eine "interchange fee" meldeten. Im Schlussbericht des Sekretariats wurde festgestellt, die kartellrechtliche Zulässigkeit einer derartigen "interchange fee" lasse sich nicht im Rahmen eines Meldeverfahrens feststellen, sondern erst nach Einführung dieser "interchange fee" im Markt aufgrund eines Untersuchungsverfahrens. Den Unternehmen wurde es freigestellt, die "interchange fee" im Markt einzuführen, jedoch mit dem Risiko einer sofortigen Untersuchungseröffnung und möglichen Sanktionierungen mit Bussgeldern. Die betroffenen Unternehmen haben darauf versucht, die Eröffnung einer Untersuchung auch ohne die "interchange fee" zu bewirken. Das Bundesverwaltungsge-

richt und das Bundesgericht haben jedoch die Weigerung der Wettbewerbskommission, ein solches Verfahren durchzuführen, als rechtmässig geschützt.

Aufgrund dieser Entscheidpraxis ist das Melde- und Widerspruchsverfahren gemäss Art. 49a Abs. 3 lit. a KG seiner Wirkung im Wesentlichen beraubt worden. Gemäss der Auslegung der Gerichte und Wettbewerbsbehörden besteht für Verträge und Verhaltensweise, die den Wettbewerb möglicherweise auf unzulässige Weise beschränken, keine Möglichkeit der Klärung der Rechtslage. Die Unternehmen können damit lediglich entweder auf die entsprechenden Verträge und Verhaltensweisen verzichten oder aber ein Bussgeld in Kauf nehmen. Genau diese Situation wurde in den verfassungsrechtlichen Gutachten bei Einführung der direkten Sanktionen aber als verfassungswidrig bezeichnet.

Damit wird deutlich, dass in diesem Bereich gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht, da das Widerspruchsverfahren zur Beseitigung dieser Rechtsunsicherheiten in der heutigen Form nicht geeignet ist und möglicherweise bedeutende Investitionen und Innovationen von Unternehmen aufgrund der unsicheren Rechtslage nicht stattfinden.

Zur Lösung des Problems sind neben oder anstelle der Vorschläge der Evaluationsgruppe verschiedene Ansätze denkbar. Zum einen könnte in Art. 49a Abs. 1 KG klargestellt werden, dass die Wettbewerbsbehörden von der Verhängung einer Sanktion absehen müssen, wenn die Rechtslage unklar ist und eine Fallpraxis fehlt. Damit würde die Rechtslage jener im europäischen Wettbewerbsrecht angenähert. Ein anderer Lösungsansatz würde darin bestehen, die Wettbewerbsbehörden im Rahmen des Widerspruchsverfahrens dazu zu verpflichten, auch für zukünftige Verträge und Verhaltensweisen verbindliche Entscheidungen abzugeben. Das von den Behörden und Gerichten vorgetragene Argument, dies sei aufgrund des Prognosecharakters der Entscheidung nicht möglich, vermag nicht zu überzeugen. Auch in der Fusionskontrolle wird der Entscheid über die Zulässigkeit eines Zusammenschlussvorhabens aufgrund einer Zukunftsprognose gefällt.

Bern, im April 2009