

Update

Newsflash Februar 2012

Entwicklungen im schweizerischen Wettbewerbsrecht

Weko bösst Nikon wegen Behinderung von Parallelimporten

Am 15. Dezember 2011 hat die Wettbewerbskommission („Weko“) mitgeteilt, dass sie die Nikon AG („Nikon“) wegen der Behinderung von Parallelimporten in die Schweiz mit CHF 12.5 Mio. sanktioniert.

Ausgelöst wurde die Untersuchung durch eine Anzeige, auf welche die Weko im Jahr 2010 eine Hausdurchsuchung folgen liess. Nach Ansicht der Weko hat Nikon Parallelimporte in die Schweiz vertraglich auf zweifache Weise ausgeschlossen.

So habe Nikon nicht nur *inländischen* Händlern den Bezug von Nikon-Produkten ausserhalb des Vertragsgebietes, namentlich ausserhalb der Schweiz und Liechtenstein, untersagt. Vielmehr seien auch *ausländischen* Händlern in Vertriebsverträgen Exportverbote auferlegt worden, durch welche Verkäufe in die Schweiz ausgeschlossen worden seien.

Die beschlagnahmte Email-Korrespondenz habe schliesslich den Beweis dafür erbracht, dass für die Zeitspanne zwischen Frühjahr 2008 und Herbst 2009 Parallelimporte in die Schweiz auch tatsächlich behindert worden seien und in der Schweiz im Vergleich zum freien Wettbewerb überhöhte Preise verlangt worden seien.

Im Rahmen von internationalen Vertriebssystemen ist deshalb nach Ansicht der Weko insbesondere darauf zu achten, dass in nicht-schweizerischen Vertriebsverträgen Lieferungen in die Schweiz nicht ausgeschlossen werden.

Revision des Kartellgesetzes

Am 16. November 2011 hat der Bundesrat das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement damit beauftragt, bis Anfang 2012 eine Botschaft zur Revision des Kartellgesetzes auszuarbeiten. Das Revisionsvorhaben sieht sowohl verfahrensrechtliche und institutionelle als auch materiellrechtliche Änderungen vor.

Die vorgeschlagenen Änderungen betreffen insbesondere die folgenden drei Bereiche:

Erstens sollen gewisse wettbewerbsbeschränkende Abreden wesentlich restriktiver behandelt werden. So besteht nach geltendem Recht für Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen die widerlegbare Vermutung, dass diese den Wettbewerb beseitigen. Den Unternehmen ist es jedoch unbenommen, den diesbezüglichen Gegenbeweis anzutreten. Nach geltendem Recht werden zur rechtlichen Würdigung einer Abrede also deren tatsächliche Auswirkungen am Markt ermittelt. Dies soll sich nach dem Willen des Bundesrates ändern. So sollen diejenigen Abreden, bezüglich derer heute besagte widerlegbare Vermutung besteht, künftig einem gesetzlichen *per-se-Verbot* unterliegen. Sie wären damit nur noch zulässig, wenn sie aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz gerechtfertigt werden könnten. Die Beweislast dafür würden freilich die Unternehmen tragen. Für die Unternehmen würde dies eine erhebliche Beschränkung ihres Argumentariums zur Folge haben und in der Konsequenz ein erhöhtes Risiko bedeuten, von der Weko sanktioniert zu werden.

Zweitens soll als Massstab für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen der bereits aus der EU-Fusionskontrolle bekannte *SIEC-Test* („significant impediment of effective competition“) auch im Kartellgesetz Anwendung finden. Dies würde zwar eine vollumfängliche Prüfung aller positiven und negativen kompetitiven Effekte eines Zusammenschlussvorhabens ermöglichen, im Vergleich zur heutigen Rechtslage aber freilich auch ein Absenken der Eingriffsschwelle für die Weko bedeuten. Diese könnte geplante Zusammenschlussvorhaben also eher untersagen beziehungsweise an Auflagen oder Bedingungen knüpfen.

Drittens soll nach den Vorstellungen des Bundesrates bei der Sanktionsbemessung künftig strafmildernd berücksichtigt werden können, dass ein Unternehmen ein wirksames *Compliance-Programm* unterhält. Die diesbezügliche Beweislast soll freilich den Unternehmen obliegen. Für ein Unternehmen würde es künftig also nicht bloss noch bedeutender, Anstrengungen zu betreiben, dass sich seine Mitarbeiter an die kartellrechtlichen Vorgaben halten, sondern insbesondere auch, diese Anstrengungen ausreichend zu dokumentieren.

Weitere Aspekte des Revisionsvorhabens betreffen sodann die folgenden Bereiche:

In *institutioneller Hinsicht* soll die Unabhängigkeit von Entscheid- und Untersuchungsbehörde sichergestellt werden. Eine aus der Verwaltung heraus gelöste Wettbewerbsbehörde soll nach den Vorstellungen des Bundesrats als Untersuchungsbehörde und in Fusionskontrollverfahren als Beurteilungsbehörde handeln. Ein neu zu schaffendes Bundeswettbewerbsgericht würde als Kammer ins Bundesverwaltungsgericht integriert und als erstinstanzliche Entscheidbehörde in Kartellverfahren entscheiden.

Auf prozessualer Ebene soll das *Widerspruchsverfahren*, mit dem Unternehmen geplante Verhaltensweisen der Wettbewerbskommission zur vorgängigen Beurteilung unterbreiten können, verbessert werden. Die Frist, innert derer die Weko Widerspruch gegen ein so gemeldetes Vorhaben erheben kann, soll deshalb von fünf auf zwei Monate verkürzt werden. Sodann soll eine direkte Sanktionierung für die Umsetzung eines gemeldeten Vorhabens künftig nur noch dann möglich sein, wenn die Weko innert der besagten Widerspruchsfrist eine förmliche Untersuchung eröffnet. Damit würde erreicht, dass die Behörde nur bei

wirklich ernsthaften Bedenken aktiv wird und die Frage der rechtlichen Zulässigkeit auch tatsächlich entschieden wird.

Schliesslich soll das *zivilrechtliche Kartellverfahren* an Bedeutung gewinnen, indem die Klagelegitimation auf Endkunden ausgeweitet wird.

Möglichkeit der Verbandsbeschwerde

Mit Urteil vom 22. August 2011 bestätigt das Bundesgericht die Schranken der Beschwerdemöglichkeit von Verbänden in der Schweiz.

In einem Cassis-de-Dijon Fall hatte das Bundesgericht die insbesondere für kartellrechtliche Sachverhalte relevante Frage der Beschwerdemöglichkeit von Verbänden zu beurteilen.

Nach ständiger Praxis der Schweizer Gerichte ist für eine Verbandsbeschwerde, bei welcher ein Verband zur Wahrung der Interessen seiner Mitglieder Beschwerde führt, erforderlich, dass (i) die Wahrung der Interessen seiner Mitglieder statutarisch verankert und (ii) zumindest eine Mehrheit der Verbandsmitglieder auch selber zur Beschwerde legitimiert ist.

Die erste Voraussetzung war im vorliegenden Fall unbestritten erfüllt. Fraglich war deshalb, ob eine Mehrheit der Verbandsmitglieder selber zur Beschwerde legitimiert gewesen wäre, was das Bundesgericht anhand der für Konkurrentenbeschwerden etablierten Kriterien geprüft hat. Die Konkurrentenbeschwerde setzt voraus, dass das Unternehmen in besonderem Ausmass vom Entscheid betroffen ist. Nach Ansicht der Gerichte ist dies nicht schon aufgrund der blossen Befürchtung gegeben, dass das Unternehmen künftig einem verstärkten Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist. Das sei dem Prinzip des freien Wettbewerbs vielmehr inhärent.

Für die Beschwerdelegitimation bedürfe es vielmehr einer besonderen Beziehungsnahe. Eine solche könne beispielsweise durch eine rechtsungleiche beziehungsweise privilegierende Behandlung anderer Konkurrenten geschaffen werden. Dies war vorliegend nicht der Fall. Der Verband war demnach nicht beschwerdelegitimiert.

Ihre Ansprechpartner

Zürich

Marcel Meinhardt
marcel.meinhardt@lenzstaehelin.com

Astrid Waser
astrid.waser@lenzstaehelin.com

Nicolas Bonassi
nicolas.bonassi@lenzstaehelin.com

Michael Cabalzar
michael.cabalzar@lenzstaehelin.com

Oliver Labhart
oliver.labhart@lenzstaehelin.com

Telefon +41 58 450 80 00

Genf / Lausanne

Benoît Merkt
benoit.merkt@lenzstaehelin.com

Rayan Houdrouge
rayan.houdrouge@lenzstaehelin.com

Simon Brunschwig
simon.brunschwig@lenzstaehelin.com

Stéphanie Buchheim
stephanie.buchheim@lenzstaehelin.com

Adrien Alberini
adrien.alberini@lenzstaehelin.com

Telefon + 41 58 450 70 00

Unsere Büros

Zürich

Bleicherweg 58
CH-8027 Zürich
Telefon +41 58 450 80 00
Fax +41 58 450 80 01
zurich@lenzstaehelin.com

Genf

Route de Chêne 30
CH-1211 Genève 17
Telefon +41 58 450 70 00
Fax +41 58 450 70 01
geneva@lenzstaehelin.com

Lausanne

Avenue du Tribunal-Fédéral 34
CH-1005 Lausanne
Telefon +41 58 450 70 00
Fax +41 58 450 70 01
lausanne@lenzstaehelin.com

www.lenzstaehelin.com