

- **Einleitung**
- **Typische Situationen**
- **Wettbewerbsrechtliche Relevanz**
- **Benchmarking / Marktinformationssysteme**
- **CH – Fallpraxis**
- **Elemente der Beurteilung**
- **ASCOPA - Verfahren**
- **Verbandstätigkeit / - Mitgliedschaft**
- **Unternehmensintern / Compliance**
- **Conclusion / Fragen**

- **Grundsätzlich positive Aspekte des Informationsaustausches**
- **Grössere Komplexität des Wettbewerbs**
- **Damoklesschwert : KG-Beurteilung / Compliance / Bussenrisiko / Selbstanzeigen / Haftung / Klagen**
- **ASCOPA – Verfahren**
- **Zirkelschluss : wettbewerbsrechtl. Selbstevaluation, vs wenig Datenzugang / -austausch ?**
- **Do's & Dont's – Listen**
- **Verbands-Mitgliedschaft / Marktinformationssysteme**
- **Externe Berater (Fall AC Treuhand, GEI v. 6. 2. 2014, hängig vor EuGH)**

Konstellationen des Informationsaustausches

- **Als Bestandteil eines Kartells : immer unzulässig**
- **Marktinformationssysteme**
- **Einseitige Veröffentlichung von Informationen (Produktelancierung / Pressestatements betr. Schliessung / Verlagerung / Preissenkung etc)**
- **Preisempfehlungen / Kalkulationshilfen**
- **Blosses Parallelverhalten : immer zulässig**
- **Verbandsarbeit**
- **Insbes “Lobbying”**
- **Im M & A Kontext : Evaluationsphase / vor Genehmigung eines Zusammenschlussvorhabens (gun jumping)**
- **Vielfältige Formen der Zusammenarbeit (F & E, JV, Supply/Distribution, ARGE, etc)**
- **Standardisierung, etc**

GRÜNDE / TYPISCHE SITUATIONEN

– Positive und negative Auswirkungen auf den Wettbewerb

- Wettbewerbsrechtliche Ambivalenz
- Heinemann/Heizmann, FS Rolf H. Weber, S. 63 ff.: “Transparenz ist in der Marktwirtschaft von hohem Wert” / “Kartellrechtliche Bewertung bedeutet eine kartellrechtliche Gratwanderung” / “hoher Bedarf an Marktinformationen”
- Kann zu mehr Wettbewerb führen (Argument der Parteien im ASCOPA – Verfahren)

– Gründe positiv : Professionalität / Effizienzgewinn

- Marktkenntnis erweitern / Benchmarking / bestmögliches Produkt etc
- Erfordernis eines professionellen Marketings
- Akzessorisch bei JV, F & E, Standardisierung, Supply, Distribution etc

– Gründe negativ : wettbewerbsbeschränkende Absprachen

- Klarer Fall bei horizontalen harten Kartellen

– Realität : oft Grenzfälle / Graubereich

- Mitgegangen-mitgehangen
- Schluss von Marktinformationssystem auf unzulässige Abrede / hartes Kartell ?

– Preisabreden / unverbindliche Preisempfehlungen

- Siehe etwa Entscheid WEKO/ASCOPA (Rz 411 - 419)
- BVGer “Viagra-Fall” v. 5. 1. 2014 : keine generelle Klärung. KG auf konkreten Fall nicht anwendbar (heilmittelgestztl. Werbebeschränkung, “Schamfaktor”) . Von Weko verhängte Busse v CHF 5.7 Mio damit aufgehoben. z.Z. hängig vor BGer.
- Siehe zudem den jüngsten Entscheid der WEKO v. 3. 7. 2015 (Pressemitteilung u. Presserohstoff): Bussen v. insgesamt CHF 80 Mio gegen Sanitärgrosshändler wegen “Preisabreden und Mengenabreden”

– Kalkulationshilfen

- Bekanntmachung WEKO zu Kalkulationshilfen, Fallpraxis
- Anforderung, “dass sie keinen Austausch von Informationen beinhalten, die Aufschluss über das effektive Verhalten von einzelnen Beteiligten in der Offertstellung beziehungsweise bezüglich der Bestimmung von Endpreisen und Konditionen geben können”

– Selbständiger Informationsaustausch

- ASCOPA - Verfahren

ASCOPA – Verfahren:

Erstes Verfahren betreffend selbständige Informationsaustauschsysteme

Pressestatement:

NZZ, 29. 5. 2010 : “Kartell-Anzeichen in der Parfum-Branche”

....“Verbandsmitglieder in der ASCOPA wichtige Marktinformationen untereinander ausgetauscht und auf unzulässige Weise Preise und Mengen miteinander abgesprochen sowie ihre Marktanteile “eingefroren” haben sollen. Das Sekretariat beantragt bei der WEKO die Feststellung eines Verstosses gegen das Kartellgesetz sowie die Sanktionierung der Fehlbaren. Beantragt werden Bussen im Spektrum von 17'000.- bis 25.5 Mio Fr. ...”

- **Betrifft : Austausch von Brutto-Preislisten, Umsatzzahlen, Brutto - Werbebeiträgen, Empfehlungen zu standardisierten AGB's, 2004 bis Ende 2007 (seit ca 1997). Hochkompetitiver Markt.**
- **Verfahren - Sekretariat :**
 - Gespräch v. 9. September. 2008: ASCOPA (Präsident, Sekretärin, Estee Lauder) mit (ehemaligem) Vizedirektor. Email- Austausch. Informeller Charakter.
 - 1. Selbstanzeige Oktober 2008, daraufhin Eröffnung der Untersuchung am 1. Dezember 2008. Publikation Dez 2008, 2. Bonusmeldung 4. Dezember 2008.
 - Gespräche & Fragebogen mit Selbstanzeigern / Manor / Händler / AC Niesen.
 - Erster Antragsentwurf des Sekretariates v. 27. Mai 2010 (Bussenantrag / Preisabrede) / erste Stellungnahme der Parteien.
 - Überarbeiteter Antragsentwurf v. 20. Mai 2011 / 2. Stellungnahme der Parteien.
 - Ausstandsbegehren abgelehnt (Entscheid BVGer v 9. Juni 2011).
- **WEKO-Entscheid v 31. 10. 2011: Untersagungsverfügung**
- **BVGer – Beschwerde einer Partei : Entscheid ?**

- **Prüfungsraster gemäss KG (Rz 383 ff.)**
- **Verhältnis zu Praxis der EU Behörden**
 - Per se Verbote
 - Missbrauchsprinzip / Eurokompatibilität
 - Bezwecken / Bewirken
 - Erheblichkeit / Rechtfertigung durch Gründe wirtschaftlicher Effizienz
- **WEKO-Entscheid ASCOPA v 31. 10. 2011**
- **BVGer – Baubeschläge/Fensterbereich v. 23. 9. 2014 (hängig vor BGer), Siegenia-Aubi & Koch**
 - Untersuchungsgrundsatz gilt umfassend, auch bei Selbstanzeigen / Beweisanforderungen / Nichtgenügen von Zweifeln und Vermutungen
Unschuldsvermutung beschlägt Beweislastverteilung und Beweiswürdigung / Kartellrechtsverstoss ist spezifisch nachzuweisen, nicht nur generell
 - Teilnahme an unzulässiger Preisabsprache nicht nachgewiesen, verneint

- **KG – Evaluation durch Unternehmen (Rz 242 ff.)**
 - WEKO, Rz 255 f. : “Von durchschnittlich informierten Unternehmen kann zudem das Wissen vorausgesetzt werden, dass die Weitergabe von marktsensiblen Informationen an ihre Konkurrenten kartellrechtswidrige Auswirkungen zeitigen könnte”. Mitglieder waren sensibilisiert, hatten es an ASCOPA-GV 2004 / 2005 besprochen. Rz 337: Vor einer Selbstanzeige vorab selbst zu klären.
 - Zudem : Verbandssekretärin besass Anwaltspatent (Rz 314)
- **Beitrag Einzelner, insbes. von “Kleinen” (Rz 254 ff.)**
 - WEKO, Rz 254 f. : “...irrelevant, ob sie bei den Sitzungen des Komitees bzw. bei der Planung dabei gewesen sind. Es genügt, wenn sie einen Beitrag geleistet haben, ohne den die Wettbewerbsbeschränkung nicht eingetreten wäre.” Bejaht, da Preislisten, monatliche Umsatzangaben und Werbeausgaben mitgeteilt.
 - “Im übrigen gibt es bei der Mittäterschaft keine Beschränkung der Haftung auf die eigenen kausalen Tatbeiträge.” Rz 258: Umfang des Infobeitrages ist irrelevant. Rz 258: individuelle Auswirkung des individuellen Tatbeitrages ist nicht entscheidend. Wäre ggf bei Sanktionszumessung zu berücksichtigen.

- **Selbstanzeigen, Treu und Glauben (Rz 301 ff.)**
 - Teilnahme an Treffen mit (ehem.) Vizedirektor des Sekretariates als Selbstanzeige ? WEKO, Rz 302 ff. : Nein, insbes. nicht mangels entsprechender Qualifikation des Treffens. ASCOPA spricht selbst von informellem ‘Nicht-Treffen’.
 - Rz 341 ff: Selbstanzeige mit Geständnis im strafrechtl. Sinne verwandt. “.. bedingt, dass der Anzeiger eine rechtliche Einschätzung vornimmt”. Widersprüchl. Verhalten, falls im Nachhinein sogar die Möglichkeit einer Abrede iSv Art. 4 KG verneint wird = (würde) von WEKO als Rückzug des Antrags qualifiziert.
- **Abstellen des Austausches (Rz 254 ff.)**
 - Rz 311 Abstellen / Abändern des Info Austausches = Zeichen, dass sich die Mitglieder der KG-widrigkeit bewusst waren
- **Rückwirkungsverbot (Rz 330)**
 - Sanktionierbare TB – nur Sachverhalte ab 1. April 2004

- **Abrede iSv Art. 4 Abs.1 KG – Bezwecken einer WB (Rz 388 ff.)**
 - KG angelehnt an EU-Recht
 - Verweis auf Horizontal-Leitlinien der Kommission, Abl. 2011, 2011 C 11/1ff: Verringerung der strategischen Ungewissheit / Geschäftsgeheimnisse / beteiligte Unternehmen hinreichend gr. Marktanteil / Inhalt (eher heikel : Verkaufspreise, Mengen, Strategie) / Aggregationsniveau (je detaillierter) / Aktualität (Vorsicht bei aktuellen Daten) / Frequenz (je öfter).
 - TB des Bezweckens “objektiv zu verstehen” / Abrede objektiv geeignet sein, WB herbeizuführen. “Bei der Beurteilung der Eignung geht es also um die feststellbare Tendenz der Vereinbarung”. Gegeben, wenn “Potenzial zur Entfaltung einer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung aufweist” .. “selbst dann erfüllt, wenn die Vereinbarung vage ist und verschiedene Interpretationen – die einen gesetzeskonform, die anderen unzulässig im Sinne des KG – zulässt”. Nicht erforderlich, dass Wettbewerbsbeschränkung (WB) von Parteien gewollt ist.
 - Fazit WEKO: es liege Austausch kaum aggregierter, aktueller Infos über Preise, Umsätze, Werbeausgaben, sowie Festlegung der AGB vor. Dieser sei zumindest geeignet, eine WB nach Art 4 Abs. 1 KG zu bezwecken (i.c. sei WB auch bewirkt).

- **Keine Preisabrede / Abrede iSv Art. 5 Abs. 3 KG (RZ 406 - 430)**
 - Re: Austausch v Bruttopreislisten, Umsatz- u Werbeabgaben, “..zudem die Befürchtung in der Luxuskosmetikbranche um fallende Preise..”.
 - Verweis auf CH – Fallpraxis (Rz 411 – 419), EU Praxis (Rz 420)
 - WEKO: Keine ausreichenden Beweismittel, die es erlauben würden, den Sachverhalt als Preisabrede zu qualifizieren (RZ 426 - 429). Keine Beweise, dass sich Parteien auf Festpreise geeinigt hätten (Rz 409). Bereits *gedruckte Bruttopreislisten* ausgetauscht. Keine gemeinsame Handlungstaktik. Keine Empfehlung, lediglich Monitoring – Möglichkeit (Preistendenzen), Qualifikation ähnlich wie unverbindliche Preisempfehlungen
 - Obiter dictum ? (Rz 430) : Preisabrede i. c. evt zu bejahen (gewesen), wenn weitere Anhaltspunkte, dass gezielt Preiswettbewerb mit Bezug auf bestimmte Produkte / - gruppen eingeschränkt oder lückenloses Monitoring. “.. Daher in Zukunft nicht ausgeschlossen, dass .. den Austausch sensibler Informationen als Preisabrede qualifizieren”.

- **Marktstruktur & Kollusion (Rz 242 – 244)**
 - Parteien, Rz 242 : aufgrund der Struktur des untersuchten Marktes keine Kollusion möglich, bzw , Infoaustausch keine Bezweckung der Wettbewerbsbeschränkung
 - WEKO, Rz 243 f. : unzutreffend, denn “.. Strukturmerkmale dazu dienen, aufgrund von Marktgegebenheiten aufzuzeigen, ob ein Markt kollusionsanfällig ist. Dies bedeutet weder, dass Kollusion immer besteht, wenn diese Strukturmerkmale gegeben sind, noch dass Kollusion ausgeschlossen ist, wenn sie nicht gegeben sind.” Verweis auf Botschaft 1994.

Zudem : kollusive Verhalten bewiesen. Auswirkungen dargelegt. Ausreichend.
- **Kein Sanktionsmechanismus**
 - WEKO, Rz 245 f. : irrelevant, dito

- **Weitergehende Prüfung als EU Behörden**
 - WEKO hat die konkreten Auswirkungen untersucht
 - Dito, Frage der Erheblichkeit (quantitative / qualitative Kriterien)
 - Dito, eine eventuelle Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz (verneint, Rz 794 ff.)

 - Diskussion kritischer Aspekte und Fragen
 - Siehe u.a. R. Jacobs, SJZ 108 (2012) 217 ff.

ELEMENTE DER BEURTEILUNG ?

- **Weiterer Klärungsbedarf**
- **Relevanz der EU Fallpraxis**
- **EU – Horizontalleitlinien**
- **Bekanntmachung WEKO, RPW 2007/1, S.144**
(Versicherungen), nach wie vor von Interesse:
 1. Inhalt der ausgetauschten Info
 2. Aggregationsniveau der ausgetauschten Info
 3. Aktualität der ausgetauschten Info
 4. Frequenz des Austausches
 5. Homogenität der Produkte / Dienstleistungen
 6. Marktkonzentration

ELEMENTE DER BEURTEILUNG ?

WEKO, RPW 2007/1, S.144 :

1. Inhalt der ausgetauschten Info

- Heikel : vertrauliche, firmenspezifische Infos - z B Verkaufspreise, Mengen, Geschäftsstrategien
- Weniger sensibel, je nach Fall: Marktanteile, Lagerbestände, Kapazitätsauslastungen

2. Aggregationsniveau der ausgetauschten Info

- Heikel : je detaillierter die Infos
- idR weniger sensibel: aggregierte Daten

3. Aktualität der ausgetauschten Info

- Vorsicht bei : aktuellen Daten & Prognosen
- “Kaum mit problematischen Verhaltensweisen zu rechnen” : historische Daten

ELEMENTE DER BEURTEILUNG ?

(WEKO, RPW 2007/1, S.144)

4. Frequenz des Austausches

- Heikel : je öfters Daten ausgetauscht werden, umso einfacher die Abstimmung

5. Homogenität der Produkte / Dienstleistungen

- Heikel : Produkte auf dem Markt homogen
- Weniger sensibel, in Märkten mit differenzierten Produkten

6. Marktkonzentration

- Heikel : je konzentrierter ein Markt, desto höher die Gefahr, dass Infoaustausch zur Überwachung expliziter oder impliziter Abreden führt

Einige kritische Aspekte:

- Dauer, fehlende Angaben wann Entscheid des BVGer zu erwarten
- Umfang der Akten und digitalen Daten / Ordnung derselben
- Pressemitteilung/Publikation des Bussen-Antrags der WEKO: keine Änderung gemäss überarbeitetem Antrag (nicht diskutiert in Rz 295 ff)
- Umfang der Entscheide (ASCOPA : 185 Seiten) / Anträge / Untersuchungshandlungen
- “kleine Mittäter” / evt Verzicht auf Weiterzug aus finanziellen Gründen
- Untersagungsverfügung / Entscheid BVGer
- Komplexität der Analyse (illustriert auch durch substantielle Änderung der Anträge) vs Selbstanalyse-Erwartungen an Unternehmen
- Abstellen als Zeichen der KG-Widrigkeit des Infoaustausches
- Erheblichkeitsanalyse / “Eurokompatibilität” / Missbrauchsprinzip

Schweiz als “Land der Verbände”:

- Economiesuisse, SIA, SwissHoldings etc

Verbandsarbeit :

- Zulässig, nützlich vs Abreden-Kartelle
- Compliance im Verband ?
zB dt Markenverband: “Kartellrechtliche Leitlinien für die Mitarbeit im
Markenverband” & Compliance Officer

Verbands-Mitgliedschaft :

- Regelmässiger Check
- Zweck / Themen / Veranstaltungen
- Mitglieder, Aufnahmebedingungen
- existiert Ausschuss : wie zusammengesetzt, Protokolle etc
- wer führt Sekretariat, Protokolle, Datenbanken, ggf Info-Austausch
- Interner Jurist, externe Berater

Konsequenzen für Compliance – Bereich ?

- Do's & Dont's Listen
- Anleitungen betr Verbandsaktivitäten & Informationsaustausch
- Schulung
- Generalverdacht / vieles unklar - Marktinformationsaustausch-systeme :
Einzelelemente & Gesamtbetrachtung des Austausches sind zu berücksichtigen
- Verbandstätigkeit & Mitgliedschaften regelmässig im Detail überprüfen
- Vorsicht ebenso bei Preisempfehlungen, Kalkulationshilfen (und anderen Formen des Informationsaustausches)
- Regelmässige detaillierte Prüfung & updates

CONCLUSION / FRAGEN

- **ASCOPA Verfahren : Entscheid des BVGer ?**
- **Dauer der Verfahren / Länge der Entscheide**
- **Unternehmen in der Schweiz : agieren in globalem hoch kompetitiven Umfeld /ausländ. Behörden – Praxis relevant**
- **Benchmarking / Marktinformationsaustausch : Einzelelemente & Gesamtbetrachtung des Austausches sind zu berücksichtigen**
- **Do's & Dont's können hilfreich sein, dito**
- **Verbandstätigkeit & Mitgliedschaften regelmässig überprüfen**
- **Generell : Informationsaustausch nicht per se negativ, gerichtliche Klärungen erforderlich, weg von "Generalverdacht" bez Austausch von Marktdaten**

Ich freue mich auf die Diskussion !



Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit

Regula Walter
rewalter@bluewin.ch
phone: +41 79 434 89 34
Attorney-at-law, H.E.E.