

Abrede Beteiligten gebunden. So sieht Art. 356a Abs. 1 OR vor: «Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages und Abreden zwischen den Vertragsparteien, durch die Arbeitgeber oder Arbeitnehmer zum Eintritt in einen vertragschliessenden Verband gezwungen werden sollen, sind nichtig»;

- c) da er auch im Widerspruch zum BGBM steht. Der Marktzugang von Ortsfremden, die am Ort ihres Sitzes oder ihrer Niederlassung einer derartigen Vorschrift nicht unterstehen, wird beschränkt, ohne dass die Voraussetzungen von Art. 3 BGBM erfüllt würden. Es ist unverhältnismässig, zur Wahrung des sozialpolitischen Anliegens der Beseitigung der Gefahr von Sozialdumping (Art. 3 Abs. 2 lit. d BGBM) von allen Anbieterinnen und Anbietern zu verlangen, dass sie an einem Gesamtarbeitsvertrag beteiligt sind.
- Empfehlung: Aus den Entwürfen sind die Bestimmungen, die zwingend den Beitritt oder den Anschluss an einen Gesamtarbeitsvertrag vorschreiben, zu streichen (§ 4 Abs. 1 lit. a E-SubmG).

2 Rechtsschutz: § 25, 26 E-SubmG

4. Die Wettbewerbskommission hat sich ebenfalls zur Regelung des Rechtsschutzes geäussert. Der Rechtsschutz ist gemäss den erläuternden Berichten (BL S. 59 f., BS S. 30) von keinem Schwellenwert abhängig. Diese Regelung entspricht den Anforderungen des BGBM, welches die Gewährung eines Rechtsmittels grundsätzlich nicht von der Erreichung eines Schwellenwertes abhängig macht (Art. 9 Abs. 1 BGBM, Botschaft S. 64). Die Regelung der Entwürfe entspricht dem Standpunkt der Wettbewerbskommission und ist so zu belassen.

B 2 4. Diverses Divers Diversi

B 2.4 1. Die Beziehungen zwischen den Zivilgerichten und der Wettbewerbskommission

Auf Einladung des Präsidenten der Wettbewerbskommission fand am 13. Juni 1997 in Bern ein Treffen zwischen Delegationen des Bundesgerichts sowie kantonaler Gerichte, einerseits, und einer Delegation der Wettbewerbskommission und seines Sekretariats, andererseits, statt. Die ebenfalls anwesenden Vertreter des Schweizerischen Anwaltverbandes nahmen als Beobachter am Treffen teil. Dabei ging es, vor dem Hintergrund des neuen Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG; SR 251), um die Beziehungen zwischen den zivilen Richtern und den Wettbe-

werbsbehörden bei Zivilrechtsverfahren, in denen sich wettbewerbsrechtliche Probleme stellen. Die damit verbundenen Fragen bildeten Gegenstand einer breiten Diskussion, deren Ergebnisse nachstehend wiedergegeben werden. Diese Ergebnisse, welche allerdings nur provisorischen Charakter haben, sollen der Praxis als Richtlinien dienen.

Probleme ergeben sich in erster Linie im Zusammenhang mit drei Bestimmungen des neuen Gesetzes:

Art. 15 KG: «Beurteilung der Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung

¹ Steht in einem zivilrechtlichen Verfahren die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in Frage, so wird die Sache der Wettbewerbskommission zur Begutachtung vorgelegt.

² Wird geltend gemacht, eine an sich unzulässige Wettbewerbsbeschränkung sei zur Verwirklichung überwiegender öffentlicher Interessen notwendig, so entscheidet der Bundesrat.»

Art. 47 KG: «Gutachten

¹ Die Wettbewerbskommission verfasst für andere Behörden Gutachten zu Wettbewerbsfragen von grundsätzlicher Bedeutung. Sie kann das Sekretariat in Fällen von untergeordneter Bedeutung beauftragen, an ihrer Stelle Gutachten zu erstellen.

² Die Wettbewerbskommission und das Sekretariat können für Gutachten eine nach dem Aufwand bemessene Gebühr verlangen.»

Art. 48 KG: «Veröffentlichung von Entscheiden und Urteilen

¹ Die Wettbewerbsbehörden können ihre Entscheide veröffentlichen.

² Die Gerichte stellen dem Sekretariat die Urteile, die in Anwendung dieses Gesetzes gefällt werden, unaufgefordert und in vollständiger Abschrift zu. Das Sekretariat sammelt diese Urteile und kann sie periodisch veröffentlichen.»

1 Der Grundsatz

1.1 Pflicht, die Sache der Wettbewerbskommission vorzulegen

Gestützt auf Art. 15 Abs. 1 KG ist der Zivilrichter verpflichtet, die Sache der Wettbewerbskommission zur Begutachtung vorzulegen, «wenn die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in einem zivilrechtlichen Verfahren in Frage steht».

1. Die Formulierung von Art. 15 Abs. 1 KG muss so verstanden werden, dass der durch den Richter zu beurteilende Fall ein Problem aufwirft, dessen Lösung nicht ohne weiteres auf der Hand liegt. Im umgekehrten Fall, d.h. dort, wo objektiv betrachtet kein Zweifel über die Lösung besteht, ist der Richter nicht gehalten, sich an die Kommission zu wenden.

2. Der alleinige Umstand, dass eine Partei bzw. beide Parteien die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in Frage stellen, ist für die Begründung einer derartigen Pflicht nicht ausreichend. Der Richter bleibt frei in seiner Beurteilung.

3. Verzichtet der Richter auf die Einholung eines Gutachtens bei der Kommission, obschon dies im konkreten Fall angezeigt gewesen wäre, kann eine Partei mit den im Zivilrecht zur Verfügung stehenden Rechtsmitteln die Verletzung von Verfahrensbestimmungen rügen.

1.2 Recht, die Sache der Wettbewerbskommission vorzulegen

4. Unabhängig von Art. 15 KG steht dem Richter gemäss Art. 47 Abs. 1 KG das Recht zu, jederzeit während des Verfahrens die Kommission um die Erstellung eines Gutachtens zu ersuchen.

5. Unabhängig von Art. 47 KG steht dem Richter jederzeit das Recht zu, mit dem Sekretariat der Kommission auf informellem Weg Kontakt aufzunehmen, um weitere Informationen zu allgemeinen Fragen des Kartellrechts zu erhalten.

1.3 Besondere Fälle

6. Wird in einem zivilrechtlichen Verfahren die Anordnung vorsorglicher Massnahmen verlangt, ist der Richter nicht gehalten, bei der Kommission ein Gutachten einzuholen (so entschieden vom Präsidenten der ersten Zivilabteilung des Bundesgerichts (Entscheid Blue Window) und vom Präsidenten der Wettbewerbskommission).

7. Im Falle eines Direktprozesses vor Bundesgericht ist die mit dem Fall befasste Abteilung nicht verpflichtet, wettbewerbsrechtliche Fragen, die sich bei der Beurteilung stellen, der Kommission zu unterbreiten, obschon die Einholung eines Gutachtens bei heiklen Fragen opportun erscheinen würde.

8. Die Frage, ob Art. 15 KG auch im Schiedsverfahren Anwendung findet, wurde aufgeworfen, jedoch nicht gelöst.

2 Das Verfahren

2.1 Überweisung der Sache

9. Das Gesuch um die Erstellung eines Gutachtens ist an das Sekretariat der Kommission zu richten. Zu enthalten hat es eine bereinigte Darstellung des Sachverhalts, klar formulierte Fragen und, sofern nötig, sämtliche Zusatzinformationen, die für die Beantwortung der gestellten Fragen erforderlich sein könnten.

10. Dies setzt in jedem Fall voraus, dass der Schriftenwechsel abgeschlossen ist, bzw. dass der Richter bestimmte Instruktionsmassnahmen durchgeführt hat, welche die in Frage stehenden Wettbewerbsbeschränkungen betreffen.

11. Es ist Sache des Richters, gestützt auf die einschlägigen zivilprozessrechtlichen Bestimmungen zu entscheiden, ob sich eine Sistierung des Verfahrens bis zum Erhalt des Gutachtens als notwendig erweist.

2.2. Die Erstellung des Gutachtens

12. Das Sekretariat der Kommission bereitet einen Gutachtenentwurf vor und unterbreitet diesen der Kommission zur Genehmigung.

13. Es ist Sache der Kommission zu entscheiden, welche Bedeutung sie dem Gutachten beimisst. Das Gutachten kann in Form eines ausführlichen Berichts oder einer summarischen Stellungnahme abgefasst werden.

14. Das Sekretariat kann die mit der Erstellung des Gutachtens entstandenen Kosten dem Gericht auferlegen, das sie wiederum auf die Parteien überwälzt (analoge Anwendung von Art. 47 Abs. 2 KG).

2.3 Die Bedeutung des Gutachtens

15. Das Gutachten wird dem Gericht zugestellt. Da es sich um ein juristisches Gutachten handelt, sollte dieses den Parteien zur Stellungnahme unterbreitet werden.

16. Das Gutachten der Kommission kann nicht angefochten werden. Die Parteien können im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens rügen, dass der Richter bei seinem Urteil dem Gutachten der Kommission gefolgt bzw. nicht gefolgt ist.

3 Verhältnis zu den Verfahren vor den Wettbewerbsbehörden

3.1. Vorabklärungen

17. Das Sekretariat wird in der Regel keine Vorabklärung eröffnen (Art. 26 KG), wenn bereits ein Zivilprozess hängig ist.

18. Wird das Sekretariat von einem Unternehmen zur Eröffnung einer Vorabklärung aufgefordert, wird es regelmässig darauf verzichten, wenn es der Ansicht ist, dass der Fall ein zivilrechtliches Problem (Wahrung individueller Rechte) und nicht ein solches verwaltungsrechtlicher Natur (generelle, den Wettbewerb betreffende Probleme) aufwirft.

3.2. Untersuchungen

19. Der blosse Umstand, dass die Kommission mit einem Gesuch um die Erstellung eines Gutachtens befasst ist, hindert sie nicht daran, eine Untersuchung zu eröffnen, weil das Problem in ihre Zuständigkeit fällt (Art. 27 KG). Der Rahmen der Untersuchung wird aber nicht zwingenderweise mit demjenigen des Zivilprozesses identisch sein.

20. Die beiden, voneinander unabhängigen Verfahren können Gegenstand unterschiedlicher Beschwerden bilden und, im schlimmsten Fall, zu unterschiedlichen Ergebnissen führen.

4 Anrufung des Bundesrates

Gestützt auf Art. 8 KG können «Wettbewerbsabreden und Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, die von der zuständigen Behörde für unzulässig erklärt wurden, vom Bundesrat auf Antrag der Beteiligten zugelassen werden, wenn sie in Ausnahmefällen notwendig sind, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen».

21. Während des Verfahrens steht einer Partei jederzeit die Möglichkeit offen, überwiegende öffentliche Interessen geltend zu machen. Die Geltendmachung derartiger Interessen kann somit selbst noch im Verfahren vor Bundesgericht erfolgen.

22. In diesem Fall muss die Sache dem Eidg. Volkswirtschaftsdepartement zur Behandlung überwiesen werden.

5 Veröffentlichung der zivilgerichtlichen Urteile

Gestützt auf Art. 48 KG können «die Wettbewerbsbehörden ihre Entscheide veröffentlichen. Die Gerichte stellen dem Sekretariat die Urteile, die in Anwendung des KG gefällt werden, unaufgefordert und in vollständiger Abschrift zu. Das Sekretariat sammelt diese Urteile und kann sie periodisch veröffentlichen».

Insbesondere während der Anfangsphase des Gesetzes ist es von Bedeutung, dass Unternehmen, Anwälte und Richter hinreichend über die sich bildende Praxis informiert werden.

23. Sämtliche Gerichte haben aus diesem Grund die Pflicht, eine vollständige Version sämtlicher Urteile, die in Anwendung des KG ergehen, dem Sekretariat zuzustellen. Dazu gehören ebenfalls die Urteile betreffend die Anordnung vorsorglicher Massnahmen.

24. Das Sekretariat entscheidet, ob die Urteile in der Zeitschrift «Recht und Politik des Wettbewerbs», «Droit et politique de la concurrence», «Diritto e politica della concorrenza» veröffentlicht werden. Falls nötig nimmt das Sekretariat vor der Veröffentlichung eines Urteils mit dem betreffenden Gericht Kontakt auf, um den Schutz von Geschäftsgeheimnissen sicherzustellen.

6 Übergangsrecht

25. Die vorstehenden Grundsätze sind ab Inkrafttreten des Gesetzes, d.h. ab dem 01.07.1996 anwendbar.

26. Sie sind somit auch in Prozessen anwendbar, die derzeit anhängig sind.

B 2.4 2. Les relations entre les tribunaux civils et la Commission de la concurrence

Le 13 juin 1997, une rencontre a eu lieu à Berne, à l'invitation de la Présidence de la Commission de la concurrence, entre des délégations du Tribunal fédéral et des tribunaux cantonaux d'une part, et une délégation de la Commission de la Concurrence et de son Secrétariat d'autre part. Des représentants de la Fédération suisse des avocats y ont participé en qualité d'observateurs. Il y fut question des relations qu'impose la nouvelle Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart; RS 251) entre les juges civils et les autorités de la concurrence lorsqu'un procès civil soulève un problème dont la solution dépend de cette loi. Les participants ont procédé à un large échange de vues sur ces questions. Les conclusions auxquelles ils sont arrivés sont reproduites ci-après; il ne s'agit là que de positions provisoires, destinées à orienter la pratique.

Les problèmes sont principalement conditionnés par trois dispositions de la nouvelle loi:

Art. 15 LCart: «Appréciation du caractère licite d'une restriction à la concurrence:

¹ Lorsque la licéité d'une restriction à la concurrence est mise en cause au cours d'une procédure civile, l'affaire est transmise pour avis à la Commission de la concurrence.

² Lorsqu'une restriction à la concurrence en soit illicite est présentée comme étant nécessaire à la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants, la question est transmise au Conseil fédéral, qui statue.»

Art. 47 LCart: «Avis

¹ La commission élabore des avis à l'intention d'autres autorités sur des questions de principe touchant la concurrence. Dans des cas d'importance mineure, elle peut charger le secrétariat de cette tâche.

² La Commission et le secrétariat peuvent pour cela percevoir un émolument destiné à couvrir les frais.»

Art. 48 LCart: «Publication de décisions et de jugements

¹ Les autorités en matière de concurrence peuvent publier leurs décisions.

² Les tribunaux doivent transmettre au secrétariat, sans en être requis, une version complète des jugements qu'ils ont rendus en vertu de la présente loi. Le secrétariat rassemble ces jugements et peut les publier périodiquement.»

1 Le principe

1.1 L'obligation de soumettre le dossier à la Commission

Selon l'art. 15 al. 1 LCart, le juge civil a l'obligation de demander l'avis de la Commission de la concurrence, «lorsque la licéité d'une restriction à la concurrence est mise en cause au cours d'une procédure civile».

1. La formule doit être comprise en ce sens que le cas soumis au juge soulève effectivement un problème dont la solution n'est pas évidente; dans le cas contraire, c'est-à-dire s'il n'y a objectivement pas de doute, le juge n'est pas tenu de s'adresser à la Commission.

2. Le seul fait qu'une des parties, voire les deux mettent en cause la licéité d'une restriction n'est à lui seul pas suffisant; le juge reste libre d'apprécier.

3. Si le juge renonce à demander l'avis de la Commission dans le cas où il apparaît qu'il aurait dû le faire, une partie peut recourir selon les voies du droit civil pour violation des règles de procédure.

1.2 Le droit de soumettre le dossier à la Commission

4. Conformément à l'article 47 alinéa 1 LCart, un juge civil conserve le droit, indépendamment de l'article 15, de demander un avis à la Commission et ce à n'importe quel stade de la procédure.

5. Même indépendamment de cette règle, un juge civil conserve toujours le droit de prendre un contact informel avec le secrétariat de la Commission s'il souhaite obtenir des informations complémentaires sur le droit des cartels en général.

1.3 Cas particuliers

6. En cas de mesures provisionnelles requises dans une procédure civile, le juge n'est pas tenu de solliciter l'avis de la Commission (solution déjà décidée par le Président de la Première Cour civile du Tribunal fédéral [décision Blue Window] et par le Président de la Commission de la concurrence).

7. En cas de procès direct devant le Tribunal fédéral, la Cour saisie n'a en soi pas l'obligation de soumettre les questions qui surgissent à la Commission, même s'il paraîtrait opportun qu'elle sollicite un avis sur les questions délicates.

8. La question de savoir si l'article 15 LCart est aussi applicable en cas de litige soumis à un tribunal arbitral a été évoquée, mais n'a pas été résolue.

2 La procédure

2.1 La transmission du dossier

9. La demande d'avis doit être adressée au secrétariat de la Commission. Elle doit contenir un état de fait épuré, des questions précises

et, au besoin, toute information complémentaire qui pourrait être nécessaire pour y répondre.

10. Cela suppose en tout cas que soit achevé l'échange des écritures, voire que le juge ait effectué certaines mesures d'instruction touchant précisément les restrictions de concurrence.

11. Il appartient au juge de décider, selon les règles de la procédure civile applicable, s'il est nécessaire de suspendre la cause jusqu'à la réception de l'avis.

2.2 L'établissement de l'avis

12. Le secrétariat de la Commission prépare un projet d'avis, qui est soumis à la Commission pour approbation.

13. Il appartient à la Commission de décider de l'importance de l'avis qu'elle entend donner. Il peut s'agir d'un exposé circonstancié, ou d'une détermination sommaire.

14. Le secrétariat peut faire supporter par le tribunal, qui les répercutera sur les parties, les frais liés à l'établissement de l'avis (application analogique de l'article 47 alinéa 2 LCart).

2.3 La portée de l'avis

15. L'avis est adressé au tribunal. Comme il s'agit d'une forme d'expertise judiciaire, il devrait être soumis aux parties pour détermination.

16. Contre l'avis de la Commission, il n'y a pas de recours possible. Les parties conservent la faculté de remettre en cause selon les voies de la procédure civile la décision finalement prise par le juge civil de suivre ou de ne pas suivre l'avis de la Commission.

3 Relations avec des procédures ouvertes par les autorités de concurrence

3.1 Enquêtes préalables

17. En principe, le secrétariat refusera d'ouvrir une enquête préalable (art. 26 LCart) lorsqu'est ouverte une procédure civile.

18. Il est fréquent que le secrétariat refuse d'ouvrir une enquête préalable, alors qu'il y est invité par une entreprise, s'il a le sentiment que le cas pose un problème de droit civil (défense des droits individuels) et non de droit administratif (problème général de concurrence).

3.2 Enquêtes ordinaires

19. En soi, il est parfaitement possible que la Commission, saisie d'une demande d'avis par un tribunal, décide d'ouvrir une enquête au fond, parce que le problème entre dans sa compétence (cf. art. 27 LCart). Le cadre de son enquête ne sera toutefois pas nécessairement identique à celui du procès civil.

20. Les deux procédures, qui sont en soi totalement indépendantes l'une de l'autre, peuvent faire l'objet de recours différents et même - dans le pire des cas - aboutir à des résultats différents.

4 Appel au Conseil fédéral

En vertu de l'article 8 LCart, «les accords en matière de concurrence et les pratiques d'entreprises ayant une position dominante dont l'autorité compétente a constaté le caractère illicite peuvent être autorisés par le Conseil fédéral à la demande des entreprises concernées si, à titre exceptionnel, ils sont nécessaires à la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants.»

21. Une partie peut invoquer les motifs prépondérants d'intérêt public dans n'importe quel stade de la procédure; elle peut donc même le faire encore dans la procédure de recours au Tribunal fédéral.

22. Dans ces cas, le dossier doit être transmis au Département fédéral de l'économie publique.

5 Communications des décisions civiles

En vertu de l'article 48 LCart, «les autorités en matière de concurrence peuvent publier leurs décisions. Les tribunaux doivent transmettre au secrétariat, sans en être requis, une version complète des jugements qu'ils ont rendus en vertu de la présente loi. Le secrétariat rassemble ces jugements et peut les publier périodiquement».

Il est essentiel, surtout dans cette phase d'introduction de la loi, que l'on puisse suffisamment informer les entreprises, les avocats et les juges de la pratique qui se dessine.

23. Tous les tribunaux ont de ce fait l'obligation de transmettre un exemplaire en version intégrale de toutes les décisions qu'ils rendent en application de la loi sur les cartels, y compris sur les mesures provisionnelles.

24. Le secrétariat décide si celles-ci seront publiées dans la Revue «Recht und Politik des Wettbewerbs, Droit et politique de la concurrence, Diritto e politica della concorrenza». Au besoin, il prend contact préalablement à cette publication avec le juge du tribunal pour s'assurer qu'il n'y a pas de secrets d'affaires à sauvegarder.

6 Droit transitoire

25. Les principes qui précèdent s'appliquent à partir de l'entrée en vigueur de la loi, soit le 1er juillet 1996.

26. Ils s'appliquent donc aussi aux procès qui sont actuellement pendants.