

Marta Michałek*

Szwajcarskie prawo konkurencji w zarysie

Spis treści

- I. Uwagi wprowadzające
- II. Historia
- III. Źródła prawa konkurencji
- IV. Cel i zakres zastosowania ustawy
- V. Organy prawa konkurencji
- VI. Porozumienia antykonkurencyjne
- VII. Nadużycie pozycji dominującej
- VIII. Kontrola koncentracji
- IX. Sankcje
- X. Uwagi końcowe

Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest szwajcarskie prawo konkurencji, przedstawione w zarysie w oparciu o stosowną legislację oraz orzecznictwo. W opracowaniu zaprezentowano wybrane najważniejsze aspekty (zarówno materialno-prawne, jak i proceduralne) szwajcarskiej regulacji antymonopolowej dot. *inter alia* zakresu jej zastosowania, organów ochrony konkurencji, a także „trzech tradycyjnych filarów prawa konkurencji”, tj. porozumień ograniczających konkurencję, nadużycia pozycji dominującej oraz kontroli koncentracji. W tekście wskazane zostały również niektóre różnice i podobieństwa z polskim i unijnym reżimem omawianej gałęzi prawa. Uwagi końcowe poświęcone zostały projektowi rychłej nowelizacji ustawy federalnej o kartelach i innych ograniczeniach konkurencji oraz kwestii zacieśniania się stosunków pomiędzy Szwajcarią i Unią Europejską w dziedzinie prawa konkurencji.

Słowa kluczowe: przedsiębiorstwo; najcięższe porozumienia; zakaz *per se*; pozycja dominująca; kontrola; test dominacji plus; sankcje; program łagodzenia kar; nowelizacja.

I. Uwagi wprowadzające

Szwajcarskie prawo konkurencji, podobnie jak zasadniczo każda regulacja tej dziedziny prawa, stanowi materię obszerną, stąd też niemożliwym jest omówienie jej w sposób wyczerpujący i dogłębny w ramach niniejszego opracowania, którego celem jest jedynie wprowadzenie

* Autorka jest doktorantką w Katedrze Filozofii Prawa i Nauki o Państwie, Instytutu Nauk o Państwie i Prawie, Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego oraz w Katedrze Prawa Ekonomicznego i Prawa Międzynarodowego Prywatnego, Wydziału Prawa Uniwersytetu we Fryburgu, w Szwajcarii; e-mail: marta.maria.michalek@gmail.com.

Czytelnika w tematykę szwajcarskiego reżimu antymonopolowego. W poniższym tekście zostaną przedstawione wybrane główne aspekty szwajcarskiej regulacji prawa konkurencji obejmujące kwestie zarówno materialno-prawne, jak i proceduralne, z uwzględnieniem stosownych przykładów z orzecznictwa oraz proponowanych zmian.

II. Historia

Pierwsza regulacja prawa konkurencji w Szwajcarii pojawiła się w ustawie federalnej¹ z 30 września 1943 r. o nieuczciwej konkurencji i opierała się głównie na zasadzie dobrej wiary². Natomiast pierwszy akt prawny całkowicie poświęcony prawu konkurencji³, tj. ustawa federalna o kartelach i organizacjach analogicznych, został uchwalony 20 grudnia 1962 r.⁴ Ustawa ta koncentrowała się na prawie prywatnym, w szczególności na ochronie jednostki przed działaniami karteli i nie zawierała żadnych postanowień odnośnie do kontroli koncentracji. Na mocy tego aktu została powołana Komisja ds. Karteli, która nie posiadała żadnych kompetencji decyzyjnych.

Wskutek odmowy narodu szwajcarskiego do przystąpienia do Unii Europejskiej, wyrażonej w ogólnokrajowym referendum 6 grudnia 1992 r., zainaugurowana została procedura całkowitej rewizji ustawy z 1962 r., co doprowadziło do przyjęcia 6 października 1995 r. nowej ustawy federalnej o kartelach i innych ograniczeniach konkurencji (dalej: LCart)⁵, a tym samym do reorganizacji regulacji szwajcarskiego prawa konkurencji⁶. Przede wszystkim, zakresem obowiązywania ustawy zostały objęte „trzy tradycyjne filary prawa konkurencji”⁷, tj. porozumienia ograniczające konkurencję, nadużycie pozycji dominującej oraz kontrola koncentracji. Komisja ds. Karteli została zastąpiona nowym organem – Komisją ds. Konkurencji⁸ (dalej: Comco), której to przyznano kompetencje decyzyjne⁹. Nowe przepisy nabrały charakteru prawa publicznego i zostały oparte głównie na prawie administracyjnym.

Kolejnym istotnym krokiem na drodze kształtowania się obecnie obowiązującego prawa konkurencji w Szwajcarii była nowelizacja z 20. czerwca 2003 r.¹⁰, która to, mając na celu wzmocnienie skuteczności regulacji¹¹, wprowadziła m.in. sankcje bezpośrednie¹² oraz program łagodzenia kar¹³.

¹ W Szwajcarii ustawy mogą być również uchwalane na poziomie kantonu. Stąd też istotne jest podkreślenie federalnego, czyli ogólnokrajowego charakteru aktu prawnego.

² Ustawa ta została całkowicie znowelizowana w 1986 r.; V. Martenet, A. Heinemann, *Droit de la concurrence*, Schulthess Verlag, Zurych 2012, s. 15. Zob. także T. Skoczny, *Ustawodawstwo antymonopolowe na świecie w latach 1890-1089*, Wydawnictwo Przemiany, Warszawa 1990, s. 75–76.

³ A. Kellerhals, *Wettbewerb in der Schweiz* [w:] R. Sethe, A. Heinemann, R.M. Hilty, P. Nobel, R. Zäch (red.), *Kommunikation: Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag*, Stämpfli Verlag AG, Berno 2011, s. 295.

⁴ A wszedł w życie 14.02.1964 r. Akt ten był nowelizowany w 1985 r.

⁵ Fr. *Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence* / niem. *Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen*; *Recueil officiel / Amtliche Sammlung* (dalej: RO) 1996 546.

Artykuł ten został opracowany na podstawie francuskiej oraz niemieckiej wersji stosownych aktów prawnych, stąd też wszelkie odwołania lingwistyczne będą co do zasady dwujęzyczne. Jednakże, jako że decyzje szwajcarskiego organu ds. ochrony konkurencji oraz orzeczenia sądów są wydawane oraz publikowane wyłącznie w języku danego postępowania i, poza nielicznymi wyjątkami, nie są następnie tłumaczone na inne języki urzędowe, będą one oznaczane jedynie w jednym języku.

⁶ V. Martenet, A. Heinemann, *Droit de la concurrence...*, s. 16.

⁷ Ibidem.

⁸ Fr. *Commission de la concurrence* / niem. *Wettbewerbskommission*.

⁹ W.A. Stoffel, *Swiss Competition Law: Where from and where to?*, [w:] P. Gauch, F. Werro, P. Pichonnaz (red.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Schulthess Médias Juridiques SA, Genewa - Zurych - Bazylea 2008, s. 682

¹⁰ W.A. Stoffel, *Das revidierte des Wettbewerbsgesetz: Grundzüge und Einführung des neuen Rechts – Die Tragweite des zweiten Paradigmawechsels innerhalb von zehn Jahren / La Loi sur la concurrence révisée: fondements et introduction du nouveau droit – La portée de la 2ème réorientation fondamentale en dix ans*, [w:] Stoffel/Zäch (red.), *Kartellgesetzrevision 2003. Neuerungen und Folgen*, Zurych 2004, s. 1–3.

¹¹ Ibidem, s. 21.

¹² Ch. Bovet, *New competition rules and other related developments in Switzerland*, *Zusammenfassung der Rechtsprechung / Résumé de la jurisprudence*, SZWRSDA 2/2004, s. 133.

¹³ Fr. *programme de clémence* / niem. *Bonusregelung*.

W obliczu toczącej się nieustannie dyskusji na temat dalszych zmian LCart, Rada Federalna¹⁴ podjęła już pod koniec pierwszej dekady XXI w. istotne działania w tym kierunku, czego wynikiem było opracowanie i złożenie do parlamentu szwajcarskiego, 22 lutego 2012 roku, projektu dot. nowelizacji tego aktu¹⁵. Projekt przewiduje zarówno zmiany instytucjonalne, jak i materialne, które zostaną pokrótce omówione w dalszej części opracowania. Niektóre z nich są bardzo kontrowersyjne, stąd też wywołały żywe dyskusje. Projekt ten, uzupełniony również dodatkowymi wnioskami¹⁶, pozostaje aktualnie przedmiotem burzliwych obrad parlamentarnych i nie można jeszcze przewidzieć kiedy i w jakim zakresie proponowane zmiany wejdą w życie.

III. Źródła prawa konkurencji

Wymienienie źródeł szwajcarskiego prawa konkurencji należy zacząć od Konstytucji Federalnej¹⁷, która to gwarantuje wolność gospodarczą¹⁸, równość traktowania konkurentów oraz ustanawia reżim gospodarki rynkowej opartej m.in. na wolnej konkurencji¹⁹.

Jednakże, podstawowym aktem prawnym regulującym materię prawa konkurencji jest ww. LCart²⁰. Regulacja ta została uzupełniona stosownymi rozporządzeniami wydanymi przez Radę Federalną²¹, jak również Komunikatami i Wyjaśnieniami Comco²², stanowiącymi tzw. *soft law*.

Dodatkowo, istnieje wiele aktów prawnych, które są związane *sensu largo* z prawem konkurencji, jak np. ustawa federalna z 6 października 1995 r. o rynku wewnętrznym²³, ustawa federalna z 20 grudnia 1985 dot. nadzoru cen²⁴ czy też ustawa federalna z 6 października 1995 r. o przeszkodach technicznych w handlu²⁵.

¹⁴ Fr. *Conseil fédéral* / niem. *Bundesrat*. Rada Federalna jest rządem szwajcarskim.

¹⁵ *Message relatif à la révision de la loi sur les cartels et à une loi sur l'organisation de l'autorité de la concurrence / Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde, Feuille Fédérale / Bundesblatt* (dalej: FF) 2012 3631. Projekt został przygotowany na podstawie obszernego raportu pt. „*Les entreprises et la concurrence. Evaluation de la loi sur les cartels*”, sporządzonego przez grupę ekspertów na życzenie Rady Federalnej 14 stycznia 2009. Dokument ten dostępny jest pod adresem: http://www.economiesuisse.ch/fr/themen/wb/kartellrecht/pages/_detail.aspx?artID=WN_kartell_20130304.

¹⁶ Indywidualne wnioski parlamentarne dotyczą wprowadzenia sankcji karnych wobec osób fizycznych, czyli tematu, który jest przedmiotem żywej dyskusji już od paru lat (zob. np. C. Baudenbacher, *Droit suisse des cartels: comparaison internationale et bonnes pratiques*, „*La Vie économique Revue de politique économique*” 2009, No. 4, s. 22–24) oraz zakazu nielegalnego zróżnicowania cen. Ten drugi postulat legislacyjny odnosi się do przedsiębiorstw sprzedających markowe produkty za granicą po niższych cenach niż w Szwajcarii i przewiduje zakazanie tym podmiotom, po pierwsze, odmowy sprzedaży ich produktów szwajcarskim klientom poprzez ich zagranicznych dystrybutorów po ich niższej zagranicznej cenie oraz, po drugie, podejmowania działań zmierzających do zahamowania biernej sprzedaży tych produktów w Szwajcarii przez osoby trzecie. Jednakże krytycy wskazują przede wszystkim na niemożność rzeczywistego wdrożenia takiego zakazu w praktyce.

¹⁷ *Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 / Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999*, RO 1999 2556.

¹⁸ Art. 94 ust. 1 Konstytucji.

¹⁹ Wyrok Federalnego Sadu Administracyjnego w sprawie *Circus Gasser Olympia AG*, ATF 121 I 279, par. 4–6.

²⁰ LCart został stworzony niezależnie od unijnego prawa konkurencji (wyrok Federalnego Sądu Najwyższego z dnia 11 kwietnia 2011 r., sprawy połączone 2C_343/2010 i 2C_344/2010, pkt 4.3). W związku z tym przepisy, ich interpretacja oraz indywidualne rozwiązania w znacznie mierze odbiegają od orzecznictwa sądów unijnych oraz praktyki decyzyjnej Komisji Europejskiej.

²¹ Przykładowo: *Ordonnance du 25 février 1998 relative aux émoluments prévus par la loi sur les cartels / Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz*, RO 1998 919.

²² Np. Komunikat dot. porozumień wertykalnych (*Communication sur les accords verticaux du 28 juin 2010 / Vertikalbekanntmachung vom 28. Juni 2010*), Wyjaśnienia dot. porozumień wertykalnych w sektorze samochodowym (*Note explicative accords verticaux automobiles / Erläuterungen zu vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel*) czy Wyjaśnienia dot. terminów (*Note sur les délais / Merkblatt Fristen*).

²³ *Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur / Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt*, RO 1996. Przedmiotem tej ustawy jest ułatwienie mobilności zawodowej i wymiana handlowej w Szwajcarii oraz zwiększenie konkurencyjności ekonomii szwajcarskiej.

²⁴ *Loi fédérale du 20 décembre 1985 concernant la surveillance des prix / Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985*, RO 1986 895. Akt ten przewiduje możliwość podjęcia środków zapobiegających powstaniu cen abuzyjnych.

²⁵ *Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les entraves techniques au commerce / Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über die technischen Handelshemmnisse*, RO 1996 1725. Ustawa ta wpływa na polepszenie skuteczności konkurencji poprzez zapobieganie stwarzania przeszkód technicznych w handlu lub poprzez redukcję i eliminowanie tych już powstałych.

IV. Cel i zakres zastosowania ustawy

Ustawodawca wyznaczył LCart podwójny cel, polegający na zapobieganiu negatywnym gospodarczym lub społecznym skutkom karteli i innych ograniczeń konkurencji oraz na promowaniu konkurencji²⁶ w ramach liberalnej gospodarki rynkowej (art. 1 LCart). Tym samym poza aspektami ekonomicznymi, rozważania dotyczące ogólnych interesów są również brane pod uwagę²⁷.

Szwajcarskie prawo konkurencji oparte jest na zasadzie skutku oraz eksterytorialności, co oznacza, że przepisy LCart stosuje się do działań, które wywołują skutki w Szwajcarii, nawet jeśli zostały one podjęte za granicą (art. 2 ust. 3 LCart)²⁸.

Odnosnie do zakresu podmiotowego regulacji, LCart ma zastosowanie do przedsiębiorstw, zarówno tych powstałych na podstawie prawa prywatnego, jak i prawa publicznego, które (1) są stroną karteli lub innych porozumień w dziedzinie konkurencji; (2) posiadają znaczącą siłę rynkową lub (3) uczestniczą w koncentracji przedsiębiorstw (art. 2 ust. 1 LCart).

Pojęcie „przedsiębiorstwo²⁹”, którym posługuje się LCart, rozumiane jest szeroko i bazuje na ujęciu ekonomicznym. Ustawodawca doprecyzował bowiem, że chodzi o każde przedsiębiorstwo, niezależnie od jego organizacji lub formy prawnej, zaangażowane w procesie gospodarczym, który to oferuje lub nabywa towary lub usługi. Oznacza to, że podmioty, takie jak spółki anonimowe prawa publicznego³⁰, przedsiębiorstwa publiczne³¹ lub inne podmioty publiczne nieposiadające osobowości prawnej³² czy wręcz wspólnoty³³, mogą być objęte zakresem tej ustawy. Również, analogicznie do Polski i Unii Europejskiej, grupa przedsiębiorstw może być uznana za przedsiębiorstwo.

V. Organy

Egzekwowanie przestrzegania prawa konkurencji w Szwajcarii jest scentralizowane, stąd też organ ochrony konkurencji, którym jest ww. Komisja ds. Konkurencji wraz z jej Sekretariatem, działa na poziomie federalnym. Comco, której siedziba znajduje się w Bernie, składa się z 11 do 15 (aktualnie 12) członków (prawników i ekonomistów), a kierowana jest przez prezesa i dwóch wiceprezesów. Większość członków Comco muszą stanowić niezależni eksperci (tj. osoby, które nie mają udziałów ani innych powiązań z żadną ekonomiczną grupą). Sekretariat liczy ponad 60 pracowników (z czego znaczącą część stanowią ekonomiści) i podzielony jest na cztery działy tematyczne zajmujące się następującymi rynkami: produktów, usług, infrastruktury oraz budownictwa. Głównym zajęciem Sekretariatu jest przygotowanie i prowadzenie spraw³⁴.

²⁶ Szwajcaria należy do grona licznych państw, które, mimo stosowania bezpośrednich odwołań do „konkurencji” w ustawie antymonopolowej, nie zdecydowały się na wprowadzenia definicji legalnej tego pojęcia.

²⁷ Co przejawia się przykładowo w kompetencji Rady Federalnej do autoryzacji ograniczenia konkurencji ze względu na nadrzędne interesy ogólne (art. 8 i 11 LCart).

²⁸ Ch. Tagmann B. C. Lauterburg, *Switzerland* [w:] I. K. Gotts (red.), *The Private Competition Enforcement Review*, Law Business Research Ltd, Londyn 2011, s. 311

²⁹ Fr. *entreprise* / niem. *Unternehmen*; Gwoli zachowania spójności ze szwajcarską regulacją, autorka niniejszego tekstu będzie posługiwać się słowem „przedsiębiorstwo” (a nie „przedsiębiorca”).

³⁰ Wyr. FSA (ATF 137 II 199), par. 3.1., JdT 2001 I 157.

³¹ Wyr. FSA (ATF 129 II 497), par. 3.2.5. Dokument ten oraz inne wyroki FSA dostępne pod adresem: <http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-leitentscheide1954.htm>.

³² Stanowisko Sekretariatu Komisji ds. Konkurencji w sprawie *Armasuisse* (07.08.2007), *Droit et politique de la concurrence en pratique / Recht und Politik des Wettbewerbs* (dalej: DPC) 2007/4, s. 517, pkt 19–22.

³³ Stanowisko Sekretariatu Komisji ds. Konkurencji w sprawie *Ville de Lucerne* (11.10.2002), DPC 2003/01, s. 75, pkt 15–24.

³⁴ R. Malacrida, *Administrative Law Proceedings under the New Cartel Law*, [w:] M. Amstutz, M. Ruffner, R. Malacrida, S. Bühler, U. Lehmann (red.), *Introduction to Swiss Anti-Trust Law*, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, Bazylea 1998, s. 61–62.

Podobnie jak w regulacjach polskiej i unijnej, szwajcarski organ antymonopolowy posiada zarówno kompetencje śledcze, jak i decyzyjne, co jednak jest żywo krytykowane³⁵. Inny przedmiot krytyki stanowi brak wyraźnego rozróżnienia odpowiedzialności pomiędzy Comco i Sekretariatem³⁶.

W Szwajcarii nie istnieje obecnie specjalny sąd antymonopolowy, dlatego sądami, rozpatrującymi sprawy z zakresu prawa konkurencji, są Federalny Sąd Administracyjny (dalej: FSA) oraz Federalny Sąd Najwyższy (dalej: FSN). FSA działa jako sąd niższej instancji odwoławczej, który według przepisów sprawuje pełną jurysdykcję, czyli powinien dokonać kompletnej rewizji decyzji Comco, tj. co do faktów i co do prawa³⁷. W praktyce jednak, FSA pozostawia Comco pewien margines „technicznej dyskrecjonalności”³⁸, a tym samym FSA *de facto* znacząco zmniejsza zakres weryfikacji decyzji odnośnie do faktów. FSN działa jako sąd wyższej instancji odwoławczej, który weryfikuje decyzje Comco i orzeczenia FSA wyłącznie pod kątem ich zgodności z prawem.

Wyjątkowo organem stosującym prawo konkurencji może być Rada Federalna, która to posiada kompetencję do autoryzacji, na wniosek zainteresowanych przedsiębiorstw, zarzucanych im działań z uwagi na nadrzędny interes publiczny.

VI. Porozumienia antykonkurencyjne

Wykrywanie i zwalczanie karteli oraz innych porozumień ograniczających konkurencję jest zdecydowanie centralnym punktem działalności Comco.

Na gruncie LCart „porozumienie” oznacza każdą umowę (bilateralną lub wielostronną) oraz uzgodnioną praktykę kilku przedsiębiorstw, bez względu na ich formę i charakter oraz to czy zawarte zostały przez przedsiębiorstwa działające na tych samych lub różnych szczeblach obrotu, których celem lub skutkiem jest znaczące ograniczenie lub wyeliminowanie skutecznej konkurencji na rynku (art. 4 ust. 1 LCart).

Szwajcarska regulacja została oparta na zasadzie nadużycia (a nie zasadzie zakazu *per se*) i zakazuje porozumień³⁹, które szkodzą w sposób znaczący konkurencji na rynku niektórych towarów lub usług (art. 5 ust. 1 LCart)⁴⁰. Akcent został zatem położony na skutki ekonomiczne porozumienia. W konsekwencji zaistnienie antykonkurencyjnego porozumienia samo w sobie nie oznacza jeszcze, że jest ono niezgodne z prawem⁴¹. By zostać uznanym za niezgodne z prawem, porozumienie musi ograniczać w stopniu znaczącym lub wręcz eliminować skuteczną konkurencję, nie mogąc jednocześnie być uzasadnionym względami wydajności ekonomicznej⁴².

³⁵ A. Kellerhals, *Wettbewerb in der...*, s. 304–306.

³⁶ C. Baudenbacher, *Droit suisse des cartels: comparaison internationale et bonnes pratiques*, La Vie économique, „Revue de politique économique” 2009, No. 4, s. 21

³⁷ Odwołanie może opierać się na zarzutach (1) niewłaściwego zastosowania przepisów LCart; (2) niepełnego lub błędnego ustalenia faktów przez organy ochrony konkurencji lub (3) braku uzasadnienia decyzji Komisji.

³⁸ F. Hoffet, M. Dietrich, G. Brei, A. Burger, *Switzerland* [w:] *The European Antitrust Review 2013*, „Global Competition Review”, s. 152.

³⁹ Fr. *accords* / niem. *Abreden*.

⁴⁰ W. A. Stoffel, *Swiss Competition Law...*, s. 683

⁴¹ Ponadto w szwajcarskim prawie konkurencji również obowiązuje zasada *de minimis*, zgodnie z którą ograniczenie nie jest znaczące, jeśli strony porozumienia nie posiadają pewnej siły rynkowej.

⁴² W. A. Stoffel, *Kartellrecht* [w:] T. Geiser, P. Krauskopf, P. Münch (red.), *Handbücher für die Anwaltspraxis. Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht*, Helbing & Lichtenhanh, Bazylea 2005, s. 14.

Do kategorii czynników sprzyjających wydajności ekonomicznej należy zaliczyć:

- zmniejszenie kosztów produkcji lub dystrybucji,
- ulepszenie produktów lub procesów produkcyjnych,
- promowanie badań lub rozpowszechnianie wiedzy technicznej lub profesjonalnego know-how oraz
- bardziej racjonalne wykorzystanie zasobów.

Ustawodawca szwajcarski wprowadził jednakże wrzuszalne domniemanie skutku eliminowania konkurencji odnoszące się do najcięższych ograniczeń prawa konkurencji, wskazanych w art. 5 ust. 3 i 4 LCart, a mianowicie:

- 1) porozumień horyzontalnych, które:
 - (a) bezpośrednio lub pośrednio ustalają ceny,
 - (b) ograniczają ilość produkowanych lub nabywanych towarów lub świadczonych usług,
 - (c) dokonują podziału geograficznego rynków lub podziału pomiędzy partnerami handlowymi oraz
- 2) porozumień wertykalnych, które:
 - (a) zawierają minimalne lub sztywne ceny odsprzedaży lub
 - (b) umów dystrybucyjnych dot. podziału terytorialnego, które wykluczają dostęp do rynku innym dostawcom⁴³.

VII. Nadużycie pozycji dominującej

Szwajcarska Komisja ds. Konkurencji działa również aktywnie w zakresie zwalczania nadużywania pozycji dominującej⁴⁴. Mimo iż więcej dochodzeń prowadzonych jest w sprawach porozumień ograniczających konkurencję⁴⁵, to warto zwrócić uwagę, że najwyższe kary finansowe zostały nałożone na przedsiębiorstwa właśnie za nadużycie ich pozycji dominującej⁴⁶.

Zgodnie z artykułem 4 ust. 2 LCart pozycja dominująca istnieje wówczas, gdy „jedno lub więcej przedsiębiorstw aktywnych na danym rynku jest w stanie działać, jako dostawca lub odbiorca, w znacznym stopniu niezależnie od innych uczestników rynkowych (konkurentów, dostawców lub konsumentów)”⁴⁷. Szwajcarska regulacja obejmuje zatem także zbiorową pozycję dominującą⁴⁸.

W Szwajcarii nie ma natomiast domniemanie posiadania pozycji dominującej, tj. ani prawo, ani orzecznictwo nie odnoszą się do jakiegokolwiek progu udziału w rynku, po przekroczeniu którego przedsiębiorstwo jest uznawane za posiadające pozycję dominującą. Wysoki udział w rynku (między 45 a 80%) stanowi jedynie pewną wskazówkę i nie jest wystarczający do udowodnienia

⁴³ Wyliczenie to ma charakter wyczerpujący.

⁴⁴ W. A. Stoffel, *Swiss Competition Law...*, s. 685

⁴⁵ Czasami stanowią one aż 40% działalności Comco.

⁴⁶ Comco nałożyła rekordową grzywnę w wysokości 333.365.685 franków szwajcarskich na Swisscom za narzucanie nieuczciwych cen na rynku zakończenia połączeń telefonii komórkowej. Decyzja ta została jednak uchylona przez FSA w lutym 2010 roku, co zostało potwierdzone następnie przez FSN 11 kwietnia 2011 r. (wyrok w sprawach połączonych 2C_343/2010 i 2C_344/2010).

⁴⁷ Rozszerzenie definicji pojęcia dominacji o wertykalne relacje zależności ekonomicznej, zachodzące pomiędzy dostawcą a jego klientem oraz pomiędzy kupującym a jej klientami, nastąpiło na mocy nowelizacji LCart z 2003 r. i rychło znalazło odzwierciedlenie w praktyce. W postępowaniu w sprawie *CoopForte* (DPC 2005/1, s. 146), Comco zbadała system bonusowy, wprowadzony w życie przez Coop, drugą co do wielkości sieć supermarketów w Szwajcarii. W swojej decyzji Comco odróżniła dominację w klasycznym tego słowa znaczeniu od zależności ekonomicznej: przedsiębiorstwo mające pozycję dominującą zachowuje się niezależnie od swoich konkurentów, zależność ekonomiczna odnosi się zaś do sytuacji, w której przedsiębiorstwo działa niezależnie od swoich klientów. Zwłaszcza producent jest zależny od dystrybutora, gdy spełnione są dwa warunki.

Po pierwsze, producent nie ma innego porównywalnego nabywcy, a jednocześnie popyt wśród innych kupujących (nabywców) jest na tyle marginalny, że nie pozwala na pokrycie stałych kosztów produkcji. Uznaje się, że stosunki handlowe z danym nabywcą są niezbędne dla producenta, gdy reprezentują one więcej niż 30% działalności tego ostatniego. Jednakże, jeżeli producent ma realną możliwość sprzedawać swoje produkty innym nabywcom, to nie pozostaje on w relacji zależności od głównego nabywcy.

Po drugie, producent specjalizuje się w produkcji dóbr nabywcy i nie może przestawić się na produkcję innych towarów. Sprzedawca detaliczny powinien wówczas w pewnym stopniu odpowiadać za specyficzną inwestycję. Comco zauważyła jednak, że nowa dominująca pozycja nie powinna być rozumiana jako sposób ochrony nieefektywnych przedsiębiorstw.

⁴⁸ Pierwszą sprawą która dotyczyła zbiorowej dominacji była fuzja *Price Waterhouse i Coopers & Lybrand STG* (Decyzja Comco, z 20.04. 1998 r. DPC 1998/2, s. 214 i nast.). W sprawie *Mobilfunkmarkt* (decyzja Comco z 3.12.2001 r., DPC 2002/1, s. 97, pkt 111 i nast.), Comco badała kwestię istnienia zbiorowej pozycji dominującej równoległe z kwestią istnienia porozumienia w formie praktyki uzgodnionej. Natomiast, jedna z najbardziej dogłębnych analiz w odniesieniu do kwestii zbiorowej pozycji dominującej została przeprowadzona w sprawie dot. rynku mięsa wieprzowego (decyzja Comco w sprawie *Migros (Micarna) i Coop (Bell Holding)*, DPC 2004/3, s. 674 i nast). Zob. Także: W.A. Stoffel, *Law, Control and Delegation* [w:] R. Sethe, A. Heinemann, R.M. Hilty, P. Nobel, R. Zäch (red.), *Kommunikation: Festschrift...*, s. 315

posiadania pozycji dominującej⁴⁹. Do innych czynników istotnych przy ocenie kwestii posiadania pozycji dominującej przez przedsiębiorstwo można zaliczyć m.in. stabilny lub rosnący wysoki udział w rynku, słabych kontrahentów lub konkurentów będących w trudnej sytuacji finansowej, istnienie koszty dostosowawczych, czy też istnienie tzw. produktów *must-in-stock*. Comco w każdym przypadku prowadzi dogłębną analizę cech rynku właściwego, nawet gdy udział przedsiębiorstwa w danym rynku wynosi 100%⁵⁰. Możliwym jest bowiem, że jeśli bariery wejścia na rynek są niskie, a potencjalna konkurencja jest silna, wysoki udział w rynku nie uzasadnia stwierdzenia posiadania pozycji dominującej⁵¹.

Samo posiadanie pozycji dominującej nie jest zabronione⁵². Zgodnie z artykułem 7 ust. 1 LCart, działania przedsiębiorstw posiadających pozycję dominującą uważane są za sprzeczne z prawem, jeżeli, „nadużywając swojej pozycji na rynku, utrudniają oni innym przedsiębiorstwom rozpoczęcie lub kontynuowanie konkurencji na rynku, lub działają na niekorzyść partnerów handlowych”. Podobnie do rozwiązań polskich i unijnych, ust. 2 art. 7 zawiera przykładowy katalog praktyk wykluczających lub eksploatacyjnych, w którym wymienione zostały:

- a) odmowa utrzymywania stosunków handlowych (np. odmowa dostawy lub nabycia towarów);
- b) dyskryminacja partnerów handlowych dot. cen lub innych warunków handlowych;
- c) narzucenie niesłusznych cen lub innych niesłusznych warunków transakcji;
- d) zaniżanie cen lub zmienianie innych warunków handlowych, skierowane przeciwko konkretnym konkurentom;
- e) ograniczanie produkcji, dostaw lub rozwoju technicznego;
- f) uzależnianie zawarcia umowy od zaakceptowania lub wykonania dodatkowych świadczeń przez partnerów handlowych.

Jak w przypadku porozumień antykonkurencyjnych, także w zakresie praktyk unilateralnych LCart nie zawiera zakazów *per se*. Niezgodny z prawem charakter działania powinien zostać określony indywidualnie dla każdego przypadku, biorąc pod uwagę warunki rynkowe. Praktyka decyzyjna Comco pokazuje, że mimo niewyodrębnienia oddzielnej sekcji w strukturze decyzji, bierze ona pod uwagę efekt analizowanego działania na rynek właściwy.

Rynek właściwy został zdefiniowany w art. 11 Rozporządzenia z 17 czerwca 1996 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw⁵³ jako obejmujący „wszystkie te towary lub usługi, które, ze względu na ich cechy oraz zamierzone stosowanie, uważane są za zamienne przez konsumentów, z jednej strony, oraz przez dostawców, z drugiej strony”. Artykuł ten wyznacza kryteria służące do zdefiniowania rynku właściwego również w sprawach dot. nadużycia pozycji dominu-

⁴⁹ Decyzja Komisji odwoławczej (*Commission de recours pour les questions de concurrence / Rekurskommission für Wettbewerbsfragen*) w sprawie X AG, Bern, DPC 1998/4, s. 674, pkt 4.1.

⁵⁰ Decyzja Comco w sprawie *Terminierungsgebühren beim SMS - Versand via Large Account*, DPC 2008/2, s. 242, pkt 39.

⁵¹ Comco nie stwierdziła zaistnienia dominacji w przypadku udziału w rynku wynoszącego 69%, ponieważ w danej sprawie przedsiębiorca stracił wcześniej część swojego udziału w rynku z powodu wejścia na niego nowych konkurentów (Decyzja Comco w sprawie *Mobilfunkmarkt (Swisscom)*, DPC 2002/1, s. 97, pkt 116). W innej sprawie, udział w rynku od 50 do 70% nie był wystarczający do stwierdzenia zaistnienia pozycji dominującej ze względu na silną konkurencję ze strony dwóch innych rzeczywistych konkurentów. Badania rynku wykazały bowiem, że wiodący przedsiębiorca nie był w stanie podnieść swoich cen, a tym samym ignorować konkurencji na rynku właściwym (Decyzja Comco w sprawie *Johnson & Johnson*, DPC 2003/2, s. 245, pkt 32 i nast.). Z drugiej strony, szpitale publiczne okazały się być dominującym przedsiębiorstwem przy udziale w rynku wynoszącym 45%. W tym przypadku, brak potencjalnej konkurencji oraz istnienie specyficznej relacji zależności pomiędzy szpitalami publicznymi i ubezpieczycielami działającymi w zakresie prywatnych ubezpieczeń uzasadniały stwierdzenie pozycji dominującej (Decyzja Comco w sprawie *Zusatzversicherung Canton Luzern*, DPC 2008/4, s. 573, pkt 155 i nast.). 50% udział w rynku w połączeniu ze słabą potencjalną konkurencją oraz wysokimi barierami wejścia na rynek uzasadniały stwierdzenie dominacji na rynku reklamy na afiszach (Decyzja Comco w sprawie *Plakatierung in der Stadt Luzern*, DPC 2003/1, s. 84, pkt 48 i nast.).

⁵² W. A. Stoffel, *Kartellrecht...*, p. 16

⁵³ *Ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises / Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen*, RO 1996.

jącej⁵⁴. Oznacza to, że kryterium stosowanym przy definicji rynku jest zastępowalność produktów, oceniana w szczególności za pomocą tzw. testu SSNIP⁵⁵.

VIII. Kontrola koncentracji

W zakresie kontroli koncentracji, która to została ukształtowana w formie systemu prewencyjnego⁵⁶, poza stosownymi przepisami LCart, szczególne znaczenie ma ww. rozporządzenie w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw.

Podobnie jak w Polsce czy w Unii Europejskiej (UE), za koncentracje uznaje się: (1) fuzje wcześniej niezależnych przedsiębiorstw oraz (2) transakcje, w wyniku których jedno lub więcej przedsiębiorstw bezpośrednio lub pośrednio przejmuje kontrolę nad jednym albo paroma wcześniej niezależnymi przedsiębiorstwami lub ich udziałami, e.g., poprzez nabycie udziałów kapitałowych lub zawierania umów (art. 4 ust. 3 LCart)⁵⁷. Analogicznie do reżimu unijnego, jedynie tzw. koncentracyjne *joint ventures*, czyli wspólne przedsiębiorstwa sprawujące wszystkie funkcje niezależnego podmiotu gospodarczego w sposób ciągły, podlegają przepisom kontroli koncentracji⁵⁸.

Kontrola została zdefiniowana w prawie konkurencji jako zdolność wywierania decydującego wpływu na działalność innego przedsiębiorstwa powstała poprzez nabycie jego udziałów lub w jakikolwiek inny sposób. W szczególności, ta zdolność jest uznana za istniejącą, jeżeli przedsiębiorstwo jest w stanie określać produkcję, ceny, inwestycje, zaopatrzenie, sprzedaż lub dystrybucję zysków innego podmiotu. Kontrola jest również domniemana w przypadku istnienia decydującego wpływu na główne aspekty działalności gospodarczej przedsiębiorstwa lub jego ogólnej polityki gospodarczej. Nie jest przy tym istotne czy kontrola przysługuje bezpośrednio lub pośrednio lub czy jest ona rzeczywiście sprawowana.

Zgłoszenie zamiaru koncentracji jest obowiązkowe, jeżeli transakcja będzie miała wyraźne znaczenie gospodarcze w Szwajcarii, co jest określane na podstawie ww. „doktryny skutków” oraz wysokości obrotów osiągniętych przez przedsiębiorstwa uczestniczące⁵⁹. Dwa progi dot. obrotu muszą być osiągnięte kumulatywnie (art. 9 ust. 1 LCart). Po pierwsze, w ostatnim roku obrotowym przed połączeniem, zgłoszony przez zainteresowane przedsiębiorstwa, łączny obrót musi wynieść co najmniej 2 mld franków szwajcarskich w skali światowej lub co najmniej 500 milionów franków szwajcarskich na terytorium Szwajcarii⁶⁰. Po drugie, co najmniej dwa przedsiębiorstwa uczestniczące w transakcji muszą uzyskać indywidualne obroty w Szwajcarii w wysokości min. 100 mln franków szwajcarskich każdy.

Ponadto, jeśli Comco stwierdzi, że dane przedsiębiorstwo posiada pozycję dominującą na pewnym rynku, każda koncentracja dotycząca tego przedsiębiorstwa na rynku, na którym jest

⁵⁴ Decyzja Comco w sprawie *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*, DPC 2012/1, s. 95, pkt 113 i nast.

⁵⁵ *Small but significant non-transitory increase in price* / „Mały, ale znaczący nieprzejściowy wzrost cen”; decyzja Comco w sprawie *Vertrieb von Werbematerialien*, DPC 2001, s. 239, pkt 27 i nast.

⁵⁶ W. A. Stoffel, *Kartellrecht...*, p. 16

⁵⁷ Nabycie udziałów mniejszościowych nie wchodzi zatem w zakres tego pojęcia, z wyjątkiem sytuacji, gdy, w wyniku ustaleń umownych lub okoliczności faktycznych, przejęta zostaje faktyczna kontrola nad akcjonariatem mniejszościowym. Natomiast nabycie udziałów mniejszościowych może zostać zakwalifikowane jako porozumienie antykonkurencyjne, jeżeli zainteresowani przedsiębiorcy zamierzają współpracować.

⁵⁸ Art. 2 Rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw.

⁵⁹ Uważa się jednak, że, niezależnie od rzeczywistych skutków w Szwajcarii, jeśli progi obrotu wyznaczone w LCart są osiągnięte, koncentracja wywiera wpływ na rynek szwajcarski, co pociąga za sobą obowiązek dokonania zgłoszenia.

⁶⁰ Ogólnie, wyznacznikiem dla geograficznego podziału obrotu jest umowne miejsce dostawy produktu (miejsce świadczenia usługi) oraz miejsce, gdzie odbywa się konkurencja z innymi alternatywnymi dostawcami. Adres rozliczeniowy, tj. widniejący na fakturze, nie ma w tej kwestii znaczenia.

ono dominantem, będzie podlega obowiązkowi zgłoszenia, niezależnie od kwestii przekroczenia ww. progów.

Tak jak w Polsce czy UE, zgłoszenie powinno zostać dokonane przed zakończeniem koncentracji; nie istnieją wyjątki od tej zasady. Jako że nie zostały wprowadzone żadne konkretne terminy dot. dokonania tej czynności, w praktyce zgłoszenia są dokonywane już po podpisaniu stosownych umów, ale przed ostatecznym zakończeniem transakcji.

Odnośnie do podmiotów odpowiedzialnych za dokonanie zgłoszenia, to w przypadku fuzji, są nimi przedsiębiorstwa uczestniczące w koncentracji. Muszą one wspólnie dokonać zgłoszenia oraz wskazania Comco przynajmniej jednego wspólnego przedstawiciela. W przypadku nabycia kontroli nad przedsiębiorstwem, zgłoszenie musi być dokonane przez przedsiębiorstwo lub przedsiębiorstwa przejmujące kontrolę.

Analogicznie do regulacji unijnej, szwajcarska procedura dot. kontroli koncentracji jest dwufazowa. Pierwsza faza procedury obejmuje wstępne badanie notyfikowanej koncentracji pod kątem jej wpływu na sytuację na rynku, a w szczególności wystąpienia ewentualnych antykonkurencyjnych skutków, na podstawie którego Comco ma obowiązek powiadomić przedsiębiorstwa w przeciągu jednego miesiąca od dokonania przez nie kompletnego zgłoszenia czy wyraża zgodę na koncentrację, czy też niezbędne jest jej dogłębne zbadanie⁶¹. W przypadku braku takiego powiadomienia w ww. terminie, koncentracja może zostać legalnie zakończona. Jeżeli jednak Comco wyda postanowienie o kontynuowaniu postępowania, które to jest ogłaszane publicznie. Transakcja nie może zostać zakończona przed wydaniem przez Comco ostatecznej decyzji w tej sprawie⁶². Druga faza procedury powinna zostać zakończona w ciągu czterech miesięcy⁶³.

Przechodząc do oceny merytorycznej koncentracji, należy zauważyć, że w ramach obecnego szwajcarskiego reżimu dot. kontroli koncentracji stosuje się tzw. test dominacji plus, zgodnie z którym koncentracja może zostać zabroniona jedynie, jeżeli zostaną kumulatywnie spełnione dwie przesłanki: po pierwsze, koncentracja doprowadzi do stworzenia lub umocnienia pozycji dominującej na rynku właściwym⁶⁴ oraz, po drugie, jeśli ta pozycja dominująca może doprowadzić do wyeliminowania efektywnej konkurencji na rynku właściwym⁶⁵. W praktyce niezmiernie trudnym dla Comco jest wykazanie możliwego skutku eliminacji konkurencji, co powoduje, że decyzje zakazujące koncentracji są wydawane niezwykle rzadko.

IX. Sankcje

Na mocy art. 49a LCart kary finansowe są nakładane na przedsiębiorstwa, które:

- 1) uczestniczą w kartelach, tj. porozumieniach horyzontalnych określonych w art. 5 ust. 3 LCart;
- 2) uczestniczą w najcięższych porozumieniach wertykalnych stypizowanych w art. 5 ust. 4 LCart;

⁶¹ W praktyce, okres jednego miesiąca może być skrócony w przypadku mniej skomplikowanych zgłoszeń, jeśli przed formalnym złożeniem jego projekt zostanie przedłożony Comco do wstępnej weryfikacji, dzięki czemu Comco jest w stanie zająć stanowisko rychło po otrzymaniu ostatecznego zgłoszenia.

⁶² Wyjątkowo możliwe jest jednak wydanie przez Comco zgody na wcześniejsze zakończenie koncentracji. Ponadto, w pewnych ograniczonych okolicznościach i w oparciu o znaczące względy (np. reorganizacja), uczestniczące przedsiębiorstwa mogą wnioskować o wyrażenie zgody na tymczasowe zakończenie transakcji.

⁶³ W drugim etapie postępowania odbywają się przesłuchania, a strony mogą przekazywać dalsze informacje i materiały. Ponadto, Sekretariat wysyła ankiety do konkurentów, dostawców i klientów przedsiębiorstw uczestniczących, w celu pogłębienia analizy rynku. Otrzymane odpowiedzi mają zwykle istotny wpływ na ostateczne stanowisko przyjęte przez Comco.

⁶⁴ Chyba że w wyniku zamierzonej koncentracji wzmocniona zostanie konkurencja na innym rynku, co przeważa nad negatywnymi konsekwencjami zw. z powstaniem lub umocnieniem pozycji dominującej na rynku właściwym.

⁶⁵ Art. 10 ust. 2 LCart; V. Martenet, *L'entreprise ou la division défailante et le contrôle des concentrations* [w:] R. Sethe, A. Heinemann, R.M. Hilty, P. Nobel, R. Zäch (red.), *Kommunikation: Festschrift...*, s. 702

3) nadużywają pozycji dominującej zgodnie z art. 7 LCart.

Maksymalna wysokość takiej sankcji administracyjnej nie może przekroczyć 10% obrotów zrealizowanych w Szwajcarii w okresie ostatnich trzech lat obrotowych (art. 49a ust. 1 i 50 ust. 1 LCart)⁶⁶. Wytyczne dot. wymierzania, w szczególności kalkulowania, kary są określone w rozporządzeniu w sprawie sankcji⁶⁷, a zatem są one wiążące dla organu decyzyjnego. Comco wydała również Wyjaśnienia odnoszące się do Rozporządzenia w sprawie sankcji⁶⁸. Wysokość kary oblicza się, biorąc pod uwagę czas trwania i wagę bezprawnych porozumień lub praktyk, jak również domniemany zysk osiągnięty z ww. naruszeń prawa konkurencji. Ponadto, wpływ na wysokość kary mają czynniki obciążające (takie jak recydywa, wiodąca rolę w porozumieniu lub braku współpracy z organami konkurencji) oraz czynniki łagodzące (np. bierna rola w porozumieniu, skuteczna współpraca z organami konkurencji czy stosowanie surowych i skutecznych programów zapewniania zgodności działania z regułami konkurencji⁶⁹).

Art. 51 LCart odnosi się natomiast do sankcji stosowanych w sprawach z zakresu kontroli koncentracji. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli koncentracja, która kwalifikuje się do zgłoszenia zostanie zakończona bez jego dokonania lub przed jej zatwierdzeniem, na uczestniczące przedsiębiorstwa nakładana jest kara finansowa do 1 miliona franków szwajcarskich⁷⁰. Dodatkowo przedsiębiorstwa te mogą zostać zobowiązane do podjęcia środków w celu przywrócenia skutecznej konkurencji poprzez unieważnienie transakcji, zaprzestanie sprawowania skutecznej kontroli lub przez jakiegokolwiek inne stosowne działania (art. 51 LCart).

Dodatkowo, przedsiębiorstwo, które narusza warunki ugody, wykonalnej decyzji Komisji ds. Konkurencji lub orzeczenia FTA i FTS, może zostać ukarane karą finansową wynoszącą do trzykrotności jego zysku uzyskanego w związku z nieprzestrzeganiem ww. aktów. Jeśli taki zysk nie może być obliczony lub oszacowany, wysokość kary nie może przekroczyć 10% ostatniego rocznego obrotu tego przedsiębiorstwa osiągniętego w Szwajcarii (art. 50 LCart).

Wreszcie, na przedsiębiorstwo, które mimo wezwania nie udzieliło informacji lub nie przedłożyło dokumentów albo jedynie częściowo wypełnia swoje obowiązki w trakcie toczącego się dochodzenia, może zostać nałożona kara w wysokości do 100 tys. franków szwajcarskich.

Z punktu widzenia prawa cywilnego, sankcją za działalność w antykonkurencyjnym porozumieniu jest całkowita lub częściowa nieważność przedmiotowej umowy. W doktrynie powszechnie uważa się, że nieważność umowy ma zastosowanie *ex tunc*. Nie zostało to jednak jeszcze potwierdzone przez sąd.

⁶⁶ W.A. Stoffel, *Das revidierte...*, s. 6.

⁶⁷ *Ordonnance du 12 mars 2004 sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence / Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen*, RO 2004 1397.

⁶⁸ *Notes explicatives relatives à l'ordonnance sur les sanctions Lcart / Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung*. Dokument dostępny pod adresem <http://www.weko.admin.ch/dokumentation/01007/?lang=fr>

⁶⁹ *Fr. programmes de compliance / niem. Compliance-Programms*.

⁷⁰ Wysokość nałożonej kary jest obliczana na podstawie następujących obiektywnych kryteriów:

- znaczenia w przedsiębiorstwach uczestniczących na rynku właściwym, mierzonego w oparciu o ich obroty uzyskane w Szwajcarii;
- czy *prima facie* koncentracja stanowi zagrożenie dla konkurencji (uznaje się, że tak, jeżeli całkowity łączny udział w rynku przedsiębiorstw uczestniczących w koncentracji wynosi minimum 20%, a gdy w danej sprawie nie można połączyć udziałów rynkowych, jeżeli udział w rynku choć jednego z tych przedsiębiorstw wynosi minimum 30%); oraz
- czy koncentracja niekorzystnie wpływa na skuteczną konkurencję, tj. czy to stwarza lub wzmacnia pozycję dominującą na rynku, która to eliminuje skuteczną konkurencję (bez jednoczesnego wzmocnienia konkurencji na innym rynku w sposób przeważający nad negatywnymi skutkami pozycji dominującej na rynku).

Ponadto, choć nie nastąpiło to jeszcze w praktyce, to teoretycznie zarząd danego przedsiębiorstwa może również zostać ukarany i zobowiązany do zapłacenia do 20.000 franków szwajcarskich.

Inne sankcje cywilne mogą wynikać z roszczeń o odszkodowanie, naprawę lub restytucję, pochodzących od osób trzecich, które doznały szkód przez nielegalną działalność porozumienia.

Przedsiębiorstwo może uniknąć nałożenia kary finansowej w czterech następujących przypadkach:

- 1) jeżeli przedsiębiorstwo jako pierwsze współpracuje z Comco, w ramach programu łagodzenia kar, w celu odkrycia i eliminacji ograniczeń konkurencji (art. 49a ust. 2 LCart);
- 2) jeżeli przedsiębiorstwo doniesie o ograniczeniu konkurencji, zanim ono zacznie przynosić jakiegokolwiek skutki (tzw. procedura sprzeciwu) (art. 49a ust. 3 pkt a) LCart);
- 3) przedawnienia, gdy w chwili wszczęcia dochodzenia, zarzucane ograniczenie konkurencji nie było już stosowane przez więcej niż pięć lat (art. 49a ust. 3 pkt b) LCart);
- 4) jeżeli Rada Federalna, na wniosek przedsiębiorstwa, zgodzi się na autoryzację zarzucanego ograniczenia konkurencji ze względu na nadrzędny interes publiczny (art. 8 i 11 LCart); jednakże takie zezwolenie nie zostało jeszcze udzielone w praktyce.

Ponadto, w Szwajcarii od prawie 10 lat funkcjonuje program łagodzenia kar, który, ze względu na dość dużą popularność wśród przedsiębiorstw będących lub mających zostać stronami postępowania antymonopolowego, należy uznać za skuteczne narzędzie wykrywania i zwalczania porozumień ograniczających konkurencję.

By móc pomyślnie wnioskować o całkowite lub częściowe zwolnienie od nałożenia kary, przedsiębiorstwo musi spełnić szereg przesłanek zarówno pozytywnych, jak i negatywnych. Zgodnie z rozporządzeniem w sprawie sankcji, Comco przyznaje pełen immunitet od nałożenia kary, jeśli przedsiębiorstwo jako pierwsze (alternatywnie):

- dostarczy informacji umożliwiających jej wszczęcie dogłębnego dochodzenia, ale jedynie pod warunkiem, że Comco, w chwili złożenia wniosku o złagodzenie kary, nie posiadała wystarczających informacji do wszczęcia wstępnego lub dogłębnego dochodzenia;
- przedstawi dowody umożliwiające Comco wykrycie najcięższego horyzontalnego lub wertykalnego porozumienia⁷¹, pod warunkiem, że:
 - 1) żadnemu innemu przedsiębiorstwu, będącego jego uczestnikiem, nie został już wydany warunkowy immunitet od nałożenia kary oraz
 - 2) Comco nie miała, w momencie złożenia wniosku o złagodzenie kary, wystarczających dowodów stwierdzenia naruszenia ustawy kartelu w związku z danym najcięższym porozumieniem horyzontalnym lub wertykalnym.

Jednakże, poza powyższymi głównymi przesłankami, przedsiębiorstwo pragnące skorzystać z dobrodziejstwa pełnego zwolnienia od kary, musi spełnić szereg dodatkowych warunków⁷². Sekretariat wielokrotnie podkreślał, że nie jest wystarczającym jedynie przedstawienie elementów faktycznych, dlatego wnioskodawca, pragnący uzyskać całkowite lub częściowe zwolnienie od nałożenia kary, musi przynajmniej przyznać się do udziału w nielegalnym porozumieniu oraz potwierdzić, co do zasady, że bezprawne porozumienie wywołało skutki na rynku.

⁷¹ Stypizowanego w art. 5 ust 3 i 4 LCart.

⁷² Immunitet zostanie przyznawany wyłącznie wtedy, gdy przedsiębiorstwo:

- a) nie nakłaniało innych przedsiębiorstw do udziału w naruszeniu;
- b) nie było ani inicjatorem, ani przywódcą antykonkurencyjnego porozumienia;
- c) dobrowolnie przedstawia Comco wszystkie informacje i dowody znajdujące się w jego posiadaniu, dotyczące niezgodnej z prawem praktyki;
- d) współpracuje w sposób stały i sprawny w czasie całej procedury administracyjnej przed Comco;
- e) przerwie swój udział w naruszeniu nie później niż w momencie, w którym dostarcza Comco informacje lub dowody dotyczące bezprawnej praktyki lub po otrzymaniu pierwszego nakazu od Comco.

Jeżeli przedsiębiorstwo nie spełnia powyższych warunków, ale współpracuje z Comco i zaprzestało uczestnictwa w naruszeniu prawa konkurencji nie później niż w momencie złożenia dowodów, Comco, co do zasady, zredukuje nałożoną na niego karę maksymalnie o 50%.

Ponadto, zgodnie z instytucją *Amnesty Plus*⁷³, wysokość kary może zostać obniżona nawet o 80% w przypadku, gdy przedsiębiorstwo dostarczy informacji na temat innego najcięższego ograniczenia konkurencji w rozumieniu artykułu 5 ust. 3 lub ust. 4 LCart, które to nie były znane Comco w momencie ujawnienia go przez przedsiębiorstwo.

Co do zasady, prawo nie przewiduje żadnych konkretnych terminów na złożenie wniosków o złagodzenie kary. Jedynym wyjątkiem jest artykuł 49a ust. 3 LCart, zgodnie z którym kara nie zostanie nałożona na przedsiębiorstwo, które doniesie organowi konkurencji o ograniczeniu konkurencji zanim zacznie ono powodować jakiegokolwiek skutki. Niemniej jednak ważne jest ze względu na zakres korzyści, jakie przedsiębiorstwo może uzyskać, aby zgłosiło się do Sekretariatu na możliwie wczesnym etapie.

Przedsiębiorstwa mogą ubiegać się o złagodzenie kary na piśmie lub ustnie (wówczas oświadczenia ustne zostaną utrwalone w protokole Comco). Comco przyjmuje również, w zależności od konkretnego przypadku, doniesienia anonimowe. Tożsamość wnioskodawcy będzie jednak musiała zostać ujawniona Comco na późniejszym etapie postępowania.

X. Uwagi końcowe

W ramach uwag końcowych należy zauważyć, że Szwajcarskie prawo konkurencji, choć dość rozbudowane, pozostaje ciągle na etapie ukształtowania się, co jest spowodowane nieustannym dylematem dot. dokonania wyboru pomiędzy postulatami *stricte* autonomicznej regulacji i wykładni prawa konkurencji, odseparowanych od dorobku prawnego UE, z jednej strony, a sytuacją geopolityczną wiążącą się z nieustającymi de facto wpływami unijnymi oraz istniejącymi chęciami⁷⁴ czerpania inspiracji z rozwiązań przyjętych w unijnym prawie konkurencji, z drugiej.

W tym kontekście warto, po pierwsze, rzucić okiem na główne założenia rychłej kolejnej nowelizacji, obejmującej zarówno kwestie instytucjonalne, jak i materialno-prawne, w obliczu której stoi aktualnie szwajcarskie prawo konkurencji.

W ramach reformy instytucjonalnej, propozycja Rady Federalnej sugeruje wprowadzenie Organu ds. Konkurencji, w skład którego nie wchodziłoby już żaden przedstawiciel stowarzyszeń przemysłowych lub handlowych. W sprawach dot. porozumień antykonkurencyjnych oraz nadużycia pozycji dominującej zajmowałby się on jedynie prowadzeniem dochodzenia, ale już nie byłby uprawniony do podejmowania decyzji. Natomiast w sprawach z zakresu kontroli koncentracji organ ten zachowałby również kompetencje decyzyjne. Nową rolą FSA byłoby podejmowanie, na wniosek Organu ds. Konkurencji, decyzji w sprawach z zakresu ww. praktyk ograniczających konkurencję. FSA dalej działałaby jako sąd niższej instancji odwoławczej w sprawach dot. kontroli koncentracji. W przeciwieństwie do obecnej sytuacji, FSA składałby się z sędziów z doświadczeniem z zakresu przedsiębiorczości lub posiadających szczególną wiedzę o ekonomii konkurencji. FSN działałaby jako jedyny sąd apelacyjny w sprawach dotyczących praktyk multi- i unilateralnych

⁷³ Wprowadzoną w art. 8 ust 3 rozporządzenia w sprawie sankcji.

⁷⁴ Widocznymi wśród praktyków, doktryny oraz czasami samej Comco (np. decyzja Comco w sprawie *Elektroinstallationsbetriebe Bern*, DPC 2009/3, s. 216, pkt 138). Por. C. Baudenbacher, *Wie sollen Konflikte im Verhältnis Schweiz-EU gelöst werden?* [w:] R. Sethe, A. Heinemann, R.M. Hilty, P. Nobel, R. Zäch (red.), *Kommunikation: Festschrift...*, s. 821–838; W. A. Stoffel, *Swiss Competition Law...*, s. 689.

oraz jako wyższa instancja odwoławcza w sprawach z zakresu kontroli koncentracji. Oczekuje się, że proponowany nowy układ instytucjonalny będzie wyraźniej oddzielać zadania śledcze od decyzyjnych, a tym samym poprawi zarówno jakość, jak i akceptowalność decyzji w sprawach konkurencji. Ponadto, zmiana ta ma doprowadzić do uskutecznienia i przyśpieszenia procedur ze względu na ograniczenie odwołań. Rządowa propozycja spotkała się jednak z ostrą krytyką, zwłaszcza wśród byłych urzędników Comco, którzy bronią istniejącego układu instytucjonalnego.

Przechodząc do najważniejszych propozycji zmian dot. regulacji materialno-prawnej, należy zauważyć, że w znacznym stopniu zmierzają one w kierunku dostosowania szwajcarskiego prawa konkurencji do rozwiązań przyjętych w Unii Europejskiej. Rada Federalna zasugerowała, przede wszystkim, że, wzorem rozwiązania przyjętego w UE, zakaz antykonkurencyjnych porozumień powinien mieć charakter *per se* w odniesieniu do najcięższych ograniczeń konkurencji określonych w art. 5 ust. 3 i 4 LCart, które nie mogą być uzasadnione względami wydajności ekonomicznej. Zgodnie z nową regulacją, w sprawach ograniczeń zakazanych *per se*, nastąpiłoby przerzucenie ciężaru dowodu na przedsiębiorstwa, nie byłoby już bowiem wymagane od Organu ds. Konkurencji udowodnienie wystąpienia znaczącego negatywnego wpływu na konkurencję.

Następnie, w celu umożliwienia bardziej elastycznej, a przez to skuteczniejszej kontroli koncentracji, projekt przewiduje albo przejście od obecnie stosowanego testu *CSDP*⁷⁵ do testu *SIEC*⁷⁶ stosowanego w UE, albo pozostanie przy teście *CSDP*, ale przy jednoczesnym usunięciu wymogu eliminacji skutecznej konkurencji.

Po drugie, należy zwrócić uwagę na aktualne wzmacnianie się stosunków pomiędzy Szwajcarią i Unią Europejską w dziedzinie prawa konkurencji, tj. nawiązanie formalnej współpracy pomiędzy Comco a Komisją Europejską. Konfederacja Szwajcarska i UE po prawie dwuletnich negocjacjach podpisały bowiem 17 maja 2013 r. porozumienie w sprawie współpracy w zakresie stosowania prawa konkurencji⁷⁷. Celem tego porozumienia jest, po pierwsze, przyczynienie się do skutecznego egzekwowania prawa konkurencji każdej ze stron w ramach współpracy i koordynacji, włączając w to wymianę informacji pomiędzy organami ochrony konkurencji, po drugie zaś, uniknięcie lub zmniejszenie możliwości zaistnienia potencjalnych konfliktów między stronami we wszelkich sprawach dotyczące stosowania prawa konkurencji każdej ze stron.

Choć porozumienie to ma charakter proceduralny i nie wiąże się z harmonizacją prawa materialnego, to jednak stanowi niewątpliwie istotny krok, który wpłynie na skuteczność egzekwowania szwajcarskiego (oraz unijnego) prawa konkurencji.

⁷⁵ Tj. *creation or strengthening of dominant position which eliminates effective competition* / stworzenia lub umocnienia pozycji dominującej, która eliminuje skuteczną konkurencji.

⁷⁶ Tj. *significant impediment to effective competition* / znaczącego utrudnienia skutecznej konkurencji.

⁷⁷ *Accord entre l'Union européenne et la Confédération suisse concernant la coopération en matière d'application de leurs droits de la concurrence / Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihrer Wettbewerbsrechte*, dostępne pod adresem: <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/30698.pdf>. By móc wejść w życie, porozumienie to musi zostać zatwierdzone, przez oba parlamenty, tj. europejski i szwajcarski.