

Kartellrechtsreform 2005

Cartel Law Amendment 2005

Es ist erst drei Jahre her, dass das österreichische Kartellrecht das letzte Mal novelliert wurde. Während damals das Schwergewicht auf der Schaffung neuer Behörden (Bundswettbewerbsbehörde und Bundeskartellanwalt) und verfahrensrechtlichen Neuerungen lag, geht es bei der nunmehrigen Reform primär um inhaltliche Themen. Sie bildet den vorläufigen Schlusspunkt der Angleichung an das EG-Kartellrecht. In letztgenanntem Rechtsbereich hatte die EG-Verordnung 1/2003 einen kompletten Paradigmenwechsel beim Vollzug mit sich gebracht: An Stelle der Erteilung konstitutiver Freistellungsentscheidungen durch die Europäische Kommission für angemeldete Kartelle gibt es auf Gemeinschaftsebene ein dezentrales System der Legalausnahme, bei dem die Unternehmen selbst auf eigenes Risiko zu beurteilen haben, ob ihre Praktik gegen Kartellrecht verstößt oder nicht. Die vorliegenden Neuerungen im österreichischen Kartellrecht, welche mit Beginn des Jahres 2006 in Kraft getreten sind, tragen in erster Linie dieser Veränderung der europarechtlichen Rahmenbedingungen Rechnung und sind schon deshalb sachlich gerechtfertigt, weil damit die bisherigen abweichenden inhaltlichen Regelungen für rein innerösterreichische Sachverhalte weitgehend vermieden werden. Im Einzelnen sehen die Änderungen wie folgt aus:

It has only been three years since the Austrian cartel law was last amended. Whereas at that time the focus was on the creation of new authorities (Federal Competition Authority and Federal Cartel Prosecutor) and procedural changes, the new amendment primarily concerns substantive issues. The present amendment is, for the time being, the last brick of alignment with EC cartel law. As regards the latter regime, EC Regulation 1/2003 had brought a complete paradigm shift in enforcement. Instead of constitutive exemption decisions by the European Commission for notified cartels, there is now a decentralized system of exemption by law on a Community level, where the undertakings themselves have to assess at their own risk, whether their practice infringes cartel law or not. The present alterations to Austrian cartel law, which have entered into force at the beginning of 2006, primarily reflect this change in the European law framework and are justified alone due to the fact that the existence of deviating substantive provisions for merely domestic cases will be by and large avoided in future. In more detail, the changes look as follows:

Kartelle

Wie bereits auf Gemeinschaftsebene bedürfen nun auch Kartelle, die in ihren Auswirkungen auf Österreich beschränkt sind, keiner expliziten Genehmigungsentcheidung (durch das Kartellgericht) mehr; eine solche ist gar nicht mehr vorgesehen. Genauer gesagt sind jene Kartelle automatisch freigestellt, die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten. Die entsprechende Bestimmung ist Art. 81 EG-Vertrag praktisch wortgleich nachgebildet.

Die neue Rechtslage bringt freilich auch eine Verringerung der Rechtssicherheit für die betroffenen Unternehmen mit sich, müssen sie bzw. deren Anwälte doch in Hinkunft auch bei Kartellvereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen mit bloß lokaler oder regionaler Bedeutung selbst abschätzen, ob die Rechtfertigungsvoraussetzungen vorliegen. Gerade bei einer Materie wie dem Kartellrecht, für dessen Auslegung ökonomische Überlegungen eine überragende Rolle spielen, kann dies mitunter – auch für den Spezialisten – ausgesprochen schwierig sein. Jedenfalls verliert aufgrund der weitgehenden Angleichung des österreichischen an das EG-Kartellrecht in diesem Bereich die – oftmals schwer zu beantwortende – Frage, ob eine Vereinbarung geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen (für welchen Fall EG-Kartellrecht zur Anwendung gelangt), wesentlich an Bedeutung.

Auch die bisherige eigentümliche Unterscheidung zwischen horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbe-

Cartels

As is already the case on a Community level, from now on also cartels limited to Austria in their effects do no longer require an explicit approval decision (by the Cartel Court); in fact, there is no such decision anymore at all. More precisely, those cartels are automatically exempted which contribute to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which do not impose on the entrepreneurs concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives, or afford such entrepreneurs the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question. The relevant provision reproduces Art 81 EC Treaty almost literally.

The new legal situation, however, also entails a reduction of legal certainty for the undertakings concerned, since they and their attorneys respectively henceforth have to assess for themselves in case of cartel agreements and concerted practices with merely local or regional effect, whether the prerequisites for justification are fulfilled. It is exactly in a field like cartel law, for the interpretation of which economic deliberations play an outstanding role, that this may – even for the specialist – be extremely difficult. In any case, due to the far-reaching alignment of Austrian with EC cartel law in this field the often hard to decide question, whether an agreement is capable of affecting interstate-trade (in which case EC cartel law is applicable) loses an essential part of its importance.

Also, the former peculiar distinction between horizontal and vertical competitive restraints is not of significance

schränkungen ist künftig ohne Bedeutung; Sonderbestimmungen für vertikale Vertriebsbindungen gibt es demnach keine mehr. Bis dato war es hingegen so, dass vertikale Vertriebsbindungen lediglich dem Kartellgericht unter Vorlage eines Musters notifiziert werden mussten, jedoch bis zu einer allfälligen Untersagung legal vereinbart und durchgeführt werden konnten. Horizontale Kartelle, also Vereinbarungen zwischen Unternehmen der gleichen Marktstufe, waren demgegenüber bis zur ihrer Genehmigung durch das Kartellgericht nichtig und durften bei sonstiger Geldbuße bis dahin nicht durchgeführt werden. Für beide Arten von Wettbewerbsbeschränkungen gilt in Zukunft das System der Legalausnahme. Das heißt aber auch, dass vertikale Beschränkungen, welche die Freistellungsvoraussetzungen nicht erfüllen, verboten sind, weshalb sie nichtig sind und nicht durchgeführt werden dürfen.

Weiters fällt die Differenzierung zwischen Absichts- und Wirkungskartellen – bei letzteren ist eine Wettbewerbsbeschränkung an sich nicht intendiert – weg; die Privilegierung der Wirkungskartelle – diese durften bis zur Untersagung durchgeführt werden – wird beseitigt. Abgeschafft wird im Übrigen auch die Sonderregelung hinsichtlich unverbindlicher Verbandsempfehlungen. Eine Verschärfung gegenüber dem Gemeinschaftsrecht ist darin gelegen, dass Empfehlungen zur Einhaltung bestimmter Preise, Preisgrenzen etc. selbst dann verboten sein sollen, wenn sie kein Kartell darstellen, es sei denn, es handelt sich um Empfehlungen, in denen ausdrücklich auf die Unverbindlichkeit hingewiesen wird und zu deren Durchsetzung wirtschaftlicher oder gesellschaftlicher Druck weder ausgeübt werden soll noch ausgeübt wird.

Auch nach der künftigen Rechtslage kann der Bundesminister für Justiz im Verordnungswege feststellen, dass bestimmte Gruppen von Kartellen (bisher zB Einkaufsgemeinschaften, Bietergemeinschaften in Vergabeverfahren) die Freistellungskriterien erfüllen; dies aller-

anymore. Thus, there are no special provisions for vertical distribution restraints in future. Till now, such vertical distribution restraints only had to be notified to the Cartel Court while submitting a sample agreement, but could be legally agreed upon and implemented before a possible prohibition decision. As opposed to this, horizontal cartels, i.e. agreements between undertakings operating at the same market level, were void prior to the approval by the Cartel Court and could not be implemented till then without triggering a fine. For both kinds of competitive restraints, the system of exemption by law applies henceforth. This also means, however, that vertical restraints not fulfilling the exemption requirements are prohibited, for which reason they are void and must not be implemented.

Furthermore, the differentiation between cartels by intention and cartels by effect – in the latter case a competitive restraint is not intended – has been dropped; the privileged treatment of cartels by effect – they were implementable prior to a prohibition decision – is cancelled. The special provisions regarding non-binding association recommendations have also been cancelled. A tightening compared to Community law is constituted by the fact that recommendations to observe certain prices, price limits etc. shall be forbidden even if they cannot be considered a cartel, unless these recommendations do explicitly refer to their non-binding character and no economic or social pressure is and shall be exerted for the purpose of their enforcement.

It is also under the new legal regime that the Federal Minister of Justice can determine by means of a regulation that certain groups of cartels (hitherto e.g. joint purchasing agreements, joint bidding agreements in public procurement) fulfil the exemption criteria. However,

dings nur deklarativ und nicht mehr – wie nach der bisherigen Rechtslage – konstitutiv. Wie weit er von dieser Ermächtigung Gebrauch machen wird, steht allerdings noch nicht fest.

Neben den schon bisher bekannten Ausnahmen für Bagatellkartelle, Buchpreisbindungen, Genossenschaften und Kreditinstitute wird eine neue Ausnahme vom Kartelltatbestand für landwirtschaftliche Erzeugerbetriebe eingeführt.

Nach der alten Rechtslage genehmigte, jedoch nach der neuen Rechtslage verbotene Kartelle dürfen noch bis längstens 31.12.2006 durchgeführt werden.

Zusammenschlusskontrolle

Hier kommt es insbesondere zu einer Hinaufsetzung der Jahresumsatzschwellen für die Anmeldepflicht: Die Schwelle der Inlandsjahresumsätze aller beteiligten Unternehmen insgesamt beträgt künftig EUR 30 Mio (statt wie bisher EUR 15 Mio). Die Bagatellschwelle für den weltweiten Jahresumsatz mindestens zweier beteiligter Unternehmen wird von jeweils EUR 2 Mio auf EUR 5 Mio erhöht (die Schwelle für die weltweiten Jahresumsätze der beteiligten Unternehmen insgesamt – EUR 300 Mio – bleibt unverändert). Außerdem werden bestimmte Zusammenschlüsse mit vernachlässigbarer Inlandsauswirkung von vornherein von der Anmeldepflicht ausgenommen: Nur ein Unternehmen erzielt mehr als EUR 5 Mio Jahresumsatz in Österreich und die anderen beteiligten Unternehmen erzielen zusammen insgesamt nicht mehr als EUR 30 Mio Jahresumsatz weltweit.

Bei den Gemeinschaftsunternehmen kommt es zu einer Angleichung an die EG-Fusionskontrolle: Künftig soll es für das Vorliegen eines Zusammenschlusses nur mehr darauf ankommen, ob das Gemeinschaftsunternehmen

this can only be done in a declaratory manner, therefore not – as was the case so far – in a constitutive way. It remains to be seen, though, to which extent this authority will be made use of.

Apart from the exceptions already known for de minimis cartels, resale price maintenances for books, cooperatives and credit institutions, a new exception to the cartel prohibition is introduced for agricultural production businesses.

Cartels admitted under the old but forbidden under the new legal regime may be implemented until December 31, 2006 latest.

Merger Control

In this regard, there is especially a raising of the annual turnover thresholds for the obligation to notify. Henceforth, the threshold for the domestic annual turnover of all undertakings concerned in total is EUR 30 million (instead of EUR 15 million as hitherto). The de minimis threshold for the worldwide annual turnover of at least two undertakings concerned is raised from EUR 2 million to EUR 5 million each (the threshold for the worldwide annual turnover of the undertakings concerned in total – EUR 300 million – remains unchanged). Furthermore, certain concentrations with a negligible domestic effect are as such exempted from the obligation to notify: Only one undertaking has more than EUR 5 million annual turnover in Austria and the other undertakings concerned together do not have more than EUR 30 million annual worldwide turnover in total.

As regards joint ventures, there is an alignment with EC merger control: Henceforth, the only thing crucial for the existence of a concentration is, whether the joint venture fulfils on a lasting basis all the functions of an

auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (Vollfunktions-GU). Demgegenüber kommt es nicht mehr darauf an, ob es hierdurch zu einer Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Gründerunternehmen im Verhältnis zueinander oder im Verhältnis zum Gemeinschaftsunternehmen kommt (kooperatives GU). Freilich unterfallen Wirkungen des Gemeinschaftsunternehmens im Sinne des Kartellbegriffs dennoch dem Kartellverbot; eine fusionskontrollrechtliche Nichtuntersagung ändert daran nichts.

In Zukunft sind Zusammenschlüsse nicht mehr beim Kartellgericht, sondern bei der Bundeswettbewerbsbehörde anzumelden. Hiefür fällt eine Pauschalgebühr von EUR 1.500,- an. Dadurch, dass nach der neuen Rechtslage die fünfmonatige Entscheidungsfrist für das Kartellgericht erst mit der Stellung des Prüfungsantrages durch eine der Amtsparteien (statt wie bisher mit dem Einlangen der Anmeldung) beginnt, verlängert sich de facto das Verfahren in einem solchen Fall um rund einen Monat. Das Äußerungsrecht anderer Unternehmen zum Zusammenschluss binnen 14 Tagen ab Bekanntmachung der Zusammenschlussanmeldung besteht nach wie vor. Wird von einer Amtspartei beim Kartellgericht ein Prüfungsantrag gestellt, können betroffene Unternehmen Äußerungen an dieses ohne Bindung an Fristen abgeben. Auch nach der neuen Rechtslage kommt dritten Unternehmen jedoch keine Parteistellung zu, sodass diese nach wie vor kein Recht auf eine bestimmte Behandlung ihrer Äußerung haben. Die Bekanntmachung der Anmeldung erfolgt übrigens künftig nicht mehr in der Wiener Zeitung, sondern auf der Website der Bundeswettbewerbsbehörde (www.bwb.gv.at).

Rechtsdurchsetzung

An Stelle einer Mehrzahl von verschiedenen Eingriffsbefugnissen des Kartellgerichtes hat dieses in Hinkunft einheitlich Zuwiderhandlungen gegen kartellrechtliche

independent economic entity (full-functional joint venture). Therefore, it is not decisive any longer, whether this leads to a co-ordination in the competitive conduct of the founding undertakings with respect to one another or to the joint venture (co-operative joint venture). Nevertheless, effects of the joint venture fulfilling the criteria of a cartel do fall under the cartel prohibition, a non-prohibition under the merger control regime being irrelevant in this respect.

From now on, mergers shall no longer be notified to the Cartel Court, but to the Federal Competition Authority instead. The flat-rate fee for this is EUR 1.500,-. Due to the fact that – according to the new regime – the five months time period for a decision by the Cartel Court is only triggered by the motion for a closer examination through one of the Public Parties (instead of the arrival of the notification, as hitherto), the proceedings in such a case take about a month longer in practice. The right of other undertakings to issue a statement with respect to the merger within 14 days from the merger notification is maintained. If one of the Public Parties files a motion for closer examination with the Cartel Court, undertakings affected may issue statements to the Court without any deadline. The new regime, however, still does not grant third undertakings the status of a party, so that they are still not entitled to a certain treatment of their statement. Besides, the publication of the notification does not take place in the Wiener Zeitung any longer, but on the website of the Federal Competition Authority (www.bwb.gv.at).

Enforcement

Instead of a number of different enforcement powers of the Cartel Court, the Court now has to put an end to infringements of cartel law prohibitions and give the

Verbote abzustellen und die hierfür erforderlichen Aufträge zu erteilen. Solche Aufträge können auch eine Änderung der Unternehmensstruktur, also Entflechtungen, betreffen, dürfen aber nicht unverhältnismäßig sein. Als weitere Neuerung kann das Kartellgericht anstatt einer Abstellungsverfügung Verpflichtungszusagen der beteiligten Unternehmen für bindend erklären, wenn zu erwarten ist, dass es aufgrund dessen zu keinen Zuwiderhandlungen mehr kommen wird.

Im Gegensatz zur bisherigen Rechtsprechung wird dem Kartellgericht nunmehr explizit die Möglichkeit eingeräumt, auch für die Vergangenheit festzustellen, inwiefern ein bestimmter Sachverhalt dem Kartellgesetz unterliegt, soweit daran ein berechtigtes Interesse besteht. Das ist deshalb wichtig, da es nach der alten Rechtslage dem belangten Unternehmer möglich war, einen Auftrag durch das Kartellgericht zu vermeiden, indem er (uU kurz) vor Entscheidungserlass das inkriminierte Verhalten einfach einstellte. Allgemein bietet die Feststellungsbefugnis des Kartellgerichts für die betroffenen Unternehmen in einem System der Legal Ausnahme immerhin eine gewisse Rechtssicherheit. Eine Feststellungsbefugnis über die Anwendbarkeit von EG-Kartellrecht soll demgegenüber dem Kartellgericht auch weiterhin nicht zukommen; das diesbezügliche Monopol kommt demnach weiterhin der Europäischen Kommission zu. Hierzu befugt ist diese freilich nur bei Tangierung des öffentlichen Interesses und ohne Rechtsanspruch der betroffenen Unternehmen.

Im Bereich der Sanktionen ist nunmehr das Verschuldensprinzip ausdrücklich normiert: Nur vorsätzliche oder fahrlässige Kartellrechtsverstöße können Geldbußen nach sich ziehen. Der bisherige Mindestbetrag für Geldbußen entfällt. Die Verjährungsfrist für den Antrag auf Verhängung einer Geldbuße verlängert sich von drei auf fünf Jahre. Neu eingeführt wird das Zwangsgeld zwecks Durchsetzung von Entscheidungen des Kartellgerichtes. Das Zwangsgeld pro Tag beträgt bis zu 5%

respective orders required in a uniform manner. Such orders may also concern changes of the structure of the undertaking, i.e. divestitures, although they must not be disproportional. As a further innovation, the Cartel Court may – instead of an order for putting to an end – declare commitments of the undertakings concerned binding, if it is to be expected that, as a consequence, there will be no further infringements.

As opposed to the existing judicial practice, the Cartel Court is now explicitly granted the authority to establish also for the past, in what way certain facts are subject to the Cartel Act, provided that there is a legitimate interest to do so. This is of importance, since – according to the old legal regime – the sued entrepreneur was able to avoid an order by the Cartel Court by simply ceasing the incriminated conduct prior to (possibly shortly before) the delivery of the judgement. Generally, the Cartel Court's authority of establishment provides the undertakings concerned at least with some legal certainty in a system of exemption by law. However, the Cartel Court is still not granted the authority to establish the applicability of EC cartel law; the relevant monopoly, therefore, still lies with the European Commission. Yet the authority of the latter only refers to cases touching upon public interest without the undertakings concerned having legal title thereto.

In the field of sanctions, the principle of fault is now explicitly contained in the law: Only intentional or careless infringements of cartel law can trigger fines. The hitherto existing minimum amount of fines is abolished. The prescription period for the motion to impose a fine is now five instead of three years. Another novelty is the coercive penalty for enforcing decisions of the Cartel Court. The coercive penalty per diem amounts to up to 5% of the last year's average daily turnover. The initial

des letztjährigen durchschnittlichen Tagesumsatzes. Von der zunächst geplanten Einführung einer Befugnis der Bundeswettbewerbsbehörde, die Erteilung von Auskünften und die Vorlage von Unterlagen mittels grundsätzlich unanfechtbaren Bescheides aufzutragen, wurde letztlich doch Abstand genommen.

Kronzeugenregelung

Diese neu eingeführte Regelung dient der Erleichterung der Aufdeckung von Kartellverstößen. Hiernach kann die Bundeswettbewerbsbehörde von einem Antrag auf Verhängung einer Geldbuße Abstand nehmen, sofern das fragliche Unternehmen (a) seine Mitwirkung am Kartell eingestellt hat, (b) die Bundeswettbewerbsbehörde über das Kartell informiert hat, bevor diese selbst davon erfahren hat, (c) in weiterer Folge uneingeschränkt und zügig mit der Bundeswettbewerbsbehörde zwecks vollständiger Sachverhaltsaufklärung kooperiert hat und (d) andere Teilnehmer nicht zur Teilnahme am Kartell gezwungen hat. Weiß die Bundeswettbewerbsbehörde bereits von dem betreffenden Kartell, kann sie eine geminderte Geldbuße beantragen. Bis dato war im Fall der verbotenen Durchführung eines Kartells bei der Ausmessung der Geldbuße lediglich auf die Mitwirkung an der Aufklärung der Rechtsverletzung Bedacht zu nehmen.

Im Gegensatz zur Rechtslage auf Gemeinschaftsebene gewährt die vorliegende Regelung keinen Rechtsanspruch auf die dargestellte Behandlung; die Unterlassung eines Antrages auf Verhängung einer Geldbuße bzw. der Antrag auf eine geminderte Geldbuße liegt vielmehr im Ermessen der Bundeswettbewerbsbehörde. Überdies soll dem ansuchenden Unternehmen lediglich eine nicht rechtsverbindliche Mitteilung über eine Gewährung des angestrebten Kronzeugenstatus gegeben werden können. Immerhin ist es untersagt, Informationen aus dem Netzwerk der mitgliedstaatlichen Behör-

plan to grant the Federal Competition Authority the power to order the giving of information and the submission of documents by means of a principally unappealable decision was eventually not realized.

Leniency Program

This new provision serves the purpose of facilitating the detection of cartel infringements. Accordingly, the Federal Competition Authority can refrain from filing a motion for the imposition of a fine, if the undertaking in question has (a) ceased its activity in the cartel, (b) informed the Federal Competition Authority of the cartel, before it has come to know about it itself, (c) co-operated with the Federal Competition Authority hereinafter in an unrestricted and speedy manner in order to completely clarify the case and (d) not forced other participants to participate in the cartel. If the Federal Competition Authority has already come to know about the cartel in question, it can file a motion for a reduced fine. Up to date, in case of forbidden implementation of a cartel, one only had to take into consideration the contribution in the detection of the infringement when assessing the fine.

Contrary to the legal situation on an EC level, the said provision does not confer a right to being treated in the above way; rather, it is within the discretion of the Federal Competition Authority, whether or not to file a motion for imposition of a fine and reduced fine respectively. Furthermore, the requesting undertaking shall only be given a non-binding notice on the granting of the leniency-status. At least it is forbidden to use information derived from the network of the Member States' authorities originating from a request for leniency treatment as a basis for a motion to impose a fine. Beyond

den, die auf einem Ersuchen um Kronzeugenbehandlung basieren, als Grundlage für einen Antrag auf Verhängung einer Geldbuße heranzuziehen. Darüber hinaus hat die Bundeswettbewerbsbehörde inzwischen – dem gesetzlichen Auftrag entsprechend – ein Handbuch über ihre Praxis in Sachen Kronzeugenregelung erstellt und auf ihrer Website veröffentlicht.

Die vorstehenden Ausführungen geben wie immer nur einen Überblick über die geänderte Rechtslage. Für Detailfragen in diesem Zusammenhang dürfen wir Sie ersuchen, sich an unsere Kanzlei zu wenden.

this, the Federal Competition Authority has meanwhile – in accordance with the statutory provisions – drawn up and published on its website a guide on its practice in terms of leniency.

As usual, the above information only gives an outline of the regime change. For detailed questions in this context, you are kindly requested to contact our law firm.

R E C H T S A N W A L T S K A N Z L E I
F O G L A R - D E I N H A R D S T E I N K E G

A-1015 Wien, Plankengasse 7, Postfach 38
Telefon: ++43·1·512 15 71 | Telefax: ++43·1·513 43 42 / ++43·1·512 15 71-27
website: <http://www.fdblawyers.com> | e-mail: office@fdblawyers.com