

**Walter Fellmann  
Tomas Poledna  
(Herausgeber / éditeurs)**

---

# **Aktuelle Anwaltspraxis La pratique de l'avocat**

**2009**



**Stämpfli Editions SA Berne  
Stämpfli Verlag AG Bern**

---

Walter Fellmann

Rechtsanwalt, Professor an der Universität Luzern

Tomas Poledna

Rechtsanwalt, Titularprofessor an der Universität Zürich

**Aktuelle Anwaltspraxis**      **2009**  
**La pratique de l'avocat**



Stämpfli Editions SA Berne · 2009

Stämpfli Verlag AG Bern · 2009

---

# Europäisches Wirtschaftsrecht im Verhältnis Schweiz-EU / Neue Entwicklungen

Michael Lips / Christophe Rapin und Christophe Pétermann / Lorenza Ferrari  
Hofer\*

## Inhaltsverzeichnis

I.	Grenzüberschreitende Hypotheken in der Europäischen Union – Revision des Schweizer Immobiliarsachenrechts .....	625
A.	Gesamteuropäischer Hypothekarmarkt .....	625
1.	Aktuelle Marktsituation .....	625
a)	Wirtschaftliche Bedeutung des Hypothekarmarkts ..	625
b)	Rechtliche Rahmenbedingungen .....	625
c)	Potenzial paneuropäischer Verbriefungen .....	626
2.	Vorgeschlagene rechtliche Neuordnung in der EU .....	627
a)	Ziele .....	627
b)	European Land Information Service (EULIS) .....	627
c)	Eurohypothek .....	628
d)	Eurotrust .....	629
3.	Stand der Arbeiten .....	629
a)	Verhaltenskodex (2001) .....	630
b)	Grünbuch der Hypothekarkredite in der EU (2005) ..	630
c)	Basic Guidelines (2005) .....	630
d)	Weissbuch über die Integration der EU- Hypothekarkreditmärkte (2007) .....	631
e)	Diskussionspapier des Zentrums für Europäische Rechtspolitik der Universität Bremen (2008) .....	631
f)	Heute .....	631
B.	Verhältnis zum Schweizer Recht .....	632
1.	EULIS .....	632
2.	Eurohypothek .....	632
3.	Eurotrust .....	632
C.	Revision des ZGB .....	633
1.	Wichtigste Änderungen .....	633
a)	Register-Schuldbrief .....	633

---

\* Dr. iur. MICHAEL LIPS, Rechtsanwalt LL.M., Pestalozzi Zürich; CHRISTOPHE RAPIN, avocat, Pestalozzi Genf und Bruxelles; CHRISTOPHE PÉTERMANN, avocat, Pestalozzi Bruxelles; Dr. iur. LORENZA FERRARI HOFER, Rechtsanwältin und Solicitor of England and Wales, Pestalozzi Zürich.

b)	Aufhebung kantonaler Bestimmungen zum Schuldbrief .....	634
c)	Aufhebung Gült.....	634
d)	Bauhandwerkerpfandrecht.....	635
e)	Formerfordernisse bei Grundpfandrechten und Dienstbarkeiten.....	636
f)	Grundbuch .....	636
2.	Stand der Arbeiten .....	637
D.	Literatur .....	637
II.	Droit européen des affaires / Nouveaux développements en matière d'abus de position dominante .....	638
A.	Introduction .....	638
B.	Traits principaux des Lignes directrices .....	639
1.	Approche générale .....	640
2.	Pouvoir de marché .....	640
3.	Abus de position dominante.....	641
4.	Pratiques d'éviction fondées sur les prix .....	643
5.	Nécessité objective et gains d'efficacité .....	644
C.	Jurisprudence récente suisse.....	645
1.	Taxes de terminaison en matière de téléphonie mobile ...	645
2.	Documed .....	646
3.	Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern .....	648
D.	Analyse de la jurisprudence suisse .....	651
1.	Position dominante.....	651
2.	Abus de position dominante.....	652
3.	Justifications .....	653
E.	Conclusion.....	653
III.	Datentransfer Schweiz – EU .....	654
A.	Datenschutz in der Schweiz.....	655
1.	Grundsätze .....	655
2.	Grenzüberschreitende Datenübermittlung .....	655
B.	Datenschutz in den EU-Ländern.....	657
1.	Grundsätze .....	658
2.	Grenzüberschreitende Datenübermittlung .....	659
C.	Datentransfer zwischen der Schweiz und den EU-Ländern ...	660
1.	Übertragung von Personendaten aus der Schweiz in ein EU-Land.....	660
2.	Übertragung von Personendaten aus den EU-Ländern in die Schweiz .....	661
D.	Datentransfer in internationalen Unternehmen.....	662
E.	Schlussfolgerungen .....	663
F.	Literatur .....	663

## I. Grenzüberschreitende Hypotheken in der Europäischen Union – Revision des Schweizer Immobiliarsachenrechts<sup>1</sup>

### A. Gesamteuropäischer Hypothekarmarkt

#### 1. Aktuelle Marktsituation

##### a) Wirtschaftliche Bedeutung des Hypothekarmarkts

Hypotheken und die damit zusammenhängenden Märkte haben, auch nach Ansicht der Europäischen Kommission, eine wichtige Bedeutung für die Wirtschaft. Zudem weisen die Hypothekarkreditmärkte einen grossen Grad an Komplexität auf. Der Kreditnehmer ist auf den einzelnen Stufen der Wertkette mit unterschiedlichen Marktteilnehmern konfrontiert.<sup>2</sup> Die gesamtwirtschaftliche Bedeutung des Hypothekarmarktes wird an dessen Anteil am Bruttoinlandprodukt («BIP») der EU-Staaten deutlich. So waren im Jahr 2007 in allen 27 EU-Staaten Hypothekarkredite für private Wohnbauten im Wert von gut sechs Billionen Euro ausstehend, was rund 50% des BIP dieser Staaten entspricht. Je nach Land ist dieser Prozentsatz niedriger oder höher, die Werte schwanken zwischen 3.5% (Rumänien) und 100% (Holland).<sup>3</sup>

##### b) Rechtliche Rahmenbedingungen

Trotz der grossen Bedeutung des Hypothekarkreditmarktes ist dieser heute in Europa stark fragmentiert. Nationale Märkte sind europaweit nicht bzw. nur sehr wenig integriert, und nicht alle möglichen Hypothekar-Produkte sind in allen Ländern verfügbar.<sup>4</sup> Grenzübergreifende Geschäfte bilden nur einen kleinen Nischenmarkt.<sup>5</sup>

Das liegt im Wesentlichen daran, dass jedes Land eine andere gesetzliche Regelung kennt. So werden in den verschiedenen Ländern Europas unterschiedliche Typen von Hypotheken verwendet. Dabei werden hauptsächlich die folgenden drei Modelle unterschieden.

Die *kontinentaleuropäische akzessorische Hypothek* ist am weitesten verbreitet und in beinahe allen EU-Ländern verfügbar. Sie zeichnet sich durch die Akzessorietät zum besicherten Kredit aus. Somit ist diese Hypothek an das Bestehen des Vertragsverhältnisses zwischen Kreditgeber und -nehmer gebunden und kann nicht ohne besicherten Kredit bestehen.

<sup>1</sup> Dieser Teil wurde bearbeitet durch MICHAEL LIPS. Er bedankt sich bei Herrn lic.iur.oec. HSG PHILLIP SCHMIDT, Pestalozzi Zürich, für seine Mitarbeit bei der Sammlung des Materials und bei der Verfassung des Textes.

<sup>2</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION, 2005, S. 4.

<sup>3</sup> EUROPEAN MORTGAGE FEDERATION.

<sup>4</sup> FINANCIAL SERVICES AUTHORITY.

<sup>5</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION, 2005, S. 6.

Ganz anders die *kontinentaleuropäische nicht-akzessorische Hypothek*, welche unabhängig von der besicherten Schuld bestehen kann. Dieser Typus ist vor allem in Deutschland (Sicherungsgrundschuld), in der Schweiz (Schuldbrief) und in Ländern Osteuropas verbreitet.

Die *Common Law Hypothek* in Grossbritannien und Irland schliesslich ist zwar in gewissen Bereichen so flexibel wie die kontinentaleuropäische nicht-akzessorische Hypothek. Doch dieser Typus basiert, wie der Name schon sagt, auf dem Common Law und lässt sich daher nicht ohne Weiteres auf kontinentaleuropäische Rechtssysteme übertragen.<sup>6</sup>

Was die Frage der Verbriefung von Hypotheken betrifft, existiert in einigen wenigen europäischen Ländern der *papierlose Register-Schuldbrief*. So etwa in Deutschland, England und Wales, Estland, Schweden und Spanien.

### c) Potenzial paneuropäischer Verbriefungen

Gemäss einer Studie des International Monetary Fund («IMF») aus dem Jahr 2005 ist seit Mitte der 1990er Jahre ein rapider Anstieg von Verbriefungen von Finanzprodukten zu beobachten. Bei dieser sogenannten Securitization werden Wertpapiere durch Vermögenswerte gesichert (Asset Backed Securities, ABS). Dazu gehören auch die sogenannten Mortgage Backed Securities (MBS), die auf grundpfandlich gesicherten Forderungen beruhen. CMBS (Commercial MBS) sind durch Gewerbeimmobilien oder gewerblich vermietete Wohnimmobilien besichert, während RMBS (Residential MBS) durch private Wohnimmobilien besichert sind. Laut IMF besteht allerdings ein noch weitaus grösseres Potenzial für paneuropäische Verbriefungen, welches aber vor allem wegen der fehlenden gemeinsamen rechtlichen Rahmenbedingungen der einzelnen EU-Staaten nicht ausgeschöpft wird.<sup>7</sup>

Eine Studie von London Economics kommt zum Schluss, dass eine vollständige Integration der EU-Hypothekarkreditmärkte im Jahr 2015 einen Zuwachs von 0.7% des EU-BIP ergeben würde, was einem Anstieg um EUR 85.8 Milliarden entspräche. Zudem würde der private Konsum um 0.5% zunehmen. Diese Schätzungen beruhen auf der Annahme, dass bei einer vollständigen Integration der EU-Hypothekarkreditmärkte in allen EU-Staaten der jeweils tiefste Zinssatz und das gesamte Hypothekarproduktportfolio verfügbar wären.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> AZNAR, S. 13 ff.

<sup>7</sup> IMF, 2005, S. 91.

<sup>8</sup> LONDON ECONOMICS, August 2005, S. 4 f.

2. *Vorgeschlagene rechtliche Neuordnung in der EU*

a) Ziele

Durch eine Neuordnung der rechtlichen Rahmenbedingungen der europäischen Hypothekarmärkte soll in erster Linie die Fragmentierung der Märkte durchbrochen und das Potenzial paneuropäischer Verbriefungen ausgeschöpft werden. Zudem soll der freie Kapitalverkehr gefördert und damit tiefere Kosten und verbesserte Kundenmobilität erreicht werden. Dies insbesondere durch ein breiteres, flexibleres und transparenteres Angebot an Hypothekarkrediten sowie durch stärkeren Wettbewerb unter den Kreditgebern.

Mit den folgenden Instrumenten sollen diese Ziele erreicht werden.

b) European Land Information Service (EULIS)

Der European Land Information Service (EULIS) macht die Informationen aus den Grundbüchern der einzelnen EU-Mitgliedsstaaten auf einer einheitlichen Plattform elektronisch verfügbar. Mit EULIS kann der Nutzer online direkt auf die betreffenden Grundbücher zugreifen, was die Integration der europäischen Hypothekarkreditmärkte fördert. Je nach lokaler Ausgestaltung der betreffenden Grundbücher sind unterschiedliche Informationen verfügbar. Auch die Preise und Nutzungsbedingungen richten sich nach den jeweiligen landesspezifischen Vorgaben. Der Zugriff auf EULIS ist öffentlich, setzt aber eine Registrierung des Nutzers voraus. Registrierte Nutzer sind zum Beispiel Banken, Immobilienmakler, Rechtsanwälte, etc. Mittelfristig soll EULIS die Grundbücher aller europäischen Länder enthalten.<sup>9</sup> Auch nicht EU-Mitgliedsstaaten können ihre Grundbücher via EULIS zugänglich machen, wie es zum Beispiel Norwegen bereits getan hat.

Der offizielle Start von EULIS war Ende 2006. Heute bieten sechs Staaten diesen Service an (England inkl. Wales, Irland, Holland, Norwegen, Schweden, Litauen). Zwar ist der Nutzen der Plattform zurzeit noch begrenzt, doch weitere elf Staaten bereiten einen Anschluss an EULIS vor.<sup>10</sup>

Die Europäische Kommission fördert EULIS und empfiehlt den EU-Mitgliedsstaaten sich diesem Service anzuschließen.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> EULIS.

<sup>10</sup> EULIS: Countries.

<sup>11</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION, 2007, S. 9.

c) Eurohypothek

Wie erwähnt ist der europäische Hypothekarmarkt aufgrund der unterschiedlichen rechtlichen Rahmenbedingungen in den einzelnen Ländern stark fragmentiert.<sup>12</sup> Eine sogenannte Eurohypothek als einheitliches Hypothekarinstrument soll dies ändern.

Bereits seit Jahrzehnten wird die Idee einer solchen Eurohypothek diskutiert. Im Jahr 2005 unterbreitete die Mortgage Credit Foundation<sup>13</sup> einen konkreten Vorschlag und formulierte die wesentlichen Elemente sowie die minimalen Anforderungen an eine solche Eurohypothek.<sup>14</sup> Diese lassen sich wie folgt zusammenfassen.

Bei der Eurohypothek handelt es sich um eine Spezialhypothek, welche als alternatives Sicherungsmittel neben den bestehenden nationalen Grundpfandarten stehen soll und insbesondere für den grenzüberschreitenden Verkehr bestimmt ist. Die Eurohypothek soll eine nicht-akzessorische Grundschuld sein, welche das Recht des Gläubigers auf Zahlung eines bestimmten Geldbetrags mit einer Realsicherheit unterlegt. Massgebend für Übertragung und Rangordnung soll das Recht des Staates sein, in welchem das Grundstück liegt (*lex rei sitae*). Nach diesem Recht soll auch das zuständige Grundbuchamt bestimmt werden. Die Eurohypothek soll nur mit dem Einverständnis des Grundstückinhabers erstellt werden können. Der Schuldner der zu sichernden Schuld und der Eigentümer des Grundstückes sollen verschiedene Personen sein können. Auch formell soll die Eurohypothek die Voraussetzungen der zuständigen nationalen Gesetzgebung erfüllen, sie soll aber auf jeden Fall ins Grundbuch oder in ein analoges Register eingetragen werden müssen, um Wirkung gegenüber Dritten zu entfalten. Ausserdem soll sie nach Wahl der Parteien entweder in der Form eines verbrieften oder eines papierlosen Rechts ausgegeben werden können. Mit der papierlosen Form lassen sich die Kosten und Risiken von Ausgabe, Aufbewahrung und Übertragung eines Wertpapiers vermeiden. Schliesslich soll die Eurohypothek einzelne oder mehrere Grundstücke und/oder Gebäude in einzelnen oder mehreren Ländern besichern können.<sup>15</sup>

Die Eurohypothek setzt einen Sicherungsvertrag voraus. Dieser regelt die Bedingungen, unter welchen der Gläubiger die Hypothek halten und verwer-

---

<sup>12</sup> Siehe A.1.b).

<sup>13</sup> Die Stiftung für den Hypothekarkredit wurde 1991 vom polnischen Finanzminister zur Unterstützung des Aufbaus eines leistungsfähigen Systems des Hypothekarkredits in Polen gegründet. Mitglieder der Stiftung sind heute das Finanzministerium, das Justizministerium, die polnische Nationalbank, wissenschaftliche Institutionen sowie sechzehn Banken, die an diesem Geschäftsbereich besonders interessiert sind.

<sup>14</sup> MORTGAGE CREDIT FOUNDATION, S. 11 ff.

<sup>15</sup> MORTGAGE CREDIT FOUNDATION, S. 13 ff.

ten darf.<sup>16</sup> Zudem setzt die Eurohypothek ein funktionierendes und transparentes Grundbuch oder ein ähnliches Landregister voraus. Daraus müssen die Grundstücke und ihre Lasten ersichtlich sein, einschliesslich der Rangordnung verschiedener Grundlasten und -pfänder. Das Register muss interessierten Personen zugänglich sein. Schliesslich muss die Vollstreckung der Hypothek im Fall der Insolvenz des Schuldners geregelt sein.<sup>17</sup>

d) Eurotrust

Der Eurotrust hat trotz ähnlicher Terminologie keinen Zusammenhang zum Haager Trust Übereinkommen. Vielmehr soll der Eurotrust eine Ergänzung zur Eurohypothek bilden, auf einem vertraglichen Treuhandverhältnis beruhen und sowohl obligatorische Wirkungen als auch Wirkungen erga omnes aufweisen. Dabei bezweckt der Eurotrust, die Eurohypothek – als zwar nicht-akzessorische, aber doch vom Sicherungsvertrag abhängige Grundschuld – weiter zu flexibilisieren, insbesondere im Verhältnis zwischen Hypothek und dem zu sichernden Kredit sowie in Mehrparteienverhältnissen. Unter einem Eurotrust soll die Eurohypothek nicht nur den Vertragspartner des Schuldners unter dem Sicherungsvertrag absichern, sondern mehrere, insbesondere auch später hinzutretende, neue Kreditgeber.<sup>18</sup>

Zum Beispiel soll der Eurotrust bei einem syndizierten Kredit den Wechsel von Kreditgebern oder den Beitritt neuer Kreditgeber während der Laufzeit des Kredites erleichtern. Auch sollen in einem Eurotrust Kredite zusammengeführt werden können (auch in internationalem Pooling) und als Basis für Covered Bonds (z.B. Mortgage Backed Securities) dienen.<sup>19</sup>

Die detaillierte rechtliche Ausgestaltung des Eurotrust steht allerdings noch nicht fest.

3. *Stand der Arbeiten*

Seit Jahrzehnten gibt es Bemühungen und Pläne, den europäischen Hypothekarmarkt durch ein einheitliches Instrument stärker zu integrieren. Dabei steht die Eurohypothek im Vordergrund, weniger hingegen der Eurotrust. Bislang konnten diese Bemühungen allerdings noch nicht realisiert werden, vermutlich auch wegen der fehlenden Bereitschaft einzelner Staaten, sich auf einen gemeinsamen rechtlichen Rahmen zu einigen.

<sup>16</sup> MORTGAGE CREDIT FOUNDATION, S. 15 f.

<sup>17</sup> MORTGAGE CREDIT FOUNDATION, S. 19 ff.

<sup>18</sup> AZNAR, S. 21 ff.

<sup>19</sup> AZNAR, S. 22 ff.

a) Verhaltenskodex (2001)

Im Jahr 2001 einigten sich europäische Verbraucherorganisationen und europäische kreditwirtschaftliche Verbände auf einen freiwilligen Verhaltenskodex über vorvertragliche Informationen für wohnungswirtschaftliche Kredite. Der Kodex beruht auf rein privater Initiative und kam ohne Mitwirkung von Behörden und Gesetzgebern zustande. Daher ist er auch nicht bindend im Sinne eines Gesetzes. Ziel dieses freiwilligen Verhaltenskodex ist die Verbesserung und Vereinheitlichung vorvertraglicher Information bei wohnungswirtschaftlichen Krediten. Das wird unter anderem durch ein europäisches standardisiertes Merkblatt erreicht, welches von allen teilnehmenden Unternehmen verwendet werden soll<sup>20</sup> und heute bereits in einer überarbeiteten Version vorliegt. Bisher haben Kreditgeber in 20 EU-Staaten und in Norwegen den Verhaltenskodex eingeführt. Nicht in allen diesen Staaten beteiligen sich sämtliche Kreditgeber, doch der Durchschnitt dürfte bei gut 90% liegen.<sup>21</sup>

b) Grünbuch der Hypothekarkredite in der EU (2005)

Im Jahr 2005 publizierte die Europäische Kommission das sogenannte «Grünbuch über Hypothekarkredite in der EU» als nicht verbindliches Grundsatzpapier. Darin sah die Kommission Handlungsbedarf zur Integration der Hypothekarkreditmärkte. Als Vorteile einer solchen Integration wurden eine allgemeine Senkung von Hypothekarkosten und Wohnbaudarlehen genannt wie auch die Erweiterung des Angebotes an Nebenprodukten zum eigentlichen Kreditgeschäft, zum Beispiel Ausfallversicherungen.<sup>22</sup>

c) Basic Guidelines (2005)

Im Jahr 2005 veröffentlichte die Mortgage Credit Foundation die wesentlichen Anforderungen an die Eurohypothek.<sup>23</sup> Diese Basic Guidelines wurden von einer internationalen Expertengruppe erarbeitet. Besonders hervorzuheben sind die Unabhängigkeit der Hypothek von der zu sichernden Forderung, der Registerzwang und schliesslich die Anwendbarkeit der *lex rei sitae*.<sup>24</sup>

---

<sup>20</sup> EUROPEAN BANKING FEDERATION, ET AL., S. 2.

<sup>21</sup> EUROPEAN BANKING INDUSTRY COMMITTEE, 2009, S. 2 ff.

<sup>22</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION, 2005, S. 6.

<sup>23</sup> Siehe A.2.c).

<sup>24</sup> MORTGAGE CREDIT FOUNDATION, S. 13 ff.

d) Weissbuch über die Integration der EU-Hypothekarkreditmärkte (2007)

Ende 2007 publizierte die Europäische Kommission das sogenannte «Weissbuch über die Integration der EU-Hypothekarkreditmärkte» und wies darin erneut auf die Vorteile einer Integration hin, insbesondere auf die grössere Effizienz der Kreditgeber und die Erweiterung des Produktangebots. Laut Kommission sollen die grenzübergreifende Vergabe und die Refinanzierung von Hypothekarkrediten erleichtert, das Produktangebot erweitert, das Verbrauchervertrauen erhöht und die Kundenmobilität gefördert werden. Zu diesem Zweck sah die Kommission primär Handlungsbedarf bei den vorvertraglichen Informationen der Kreditnehmer, beim effektiven Jahreszins, bei der verantwortungsvollen Kreditvergabe und bei Regelungen zur vorzeitigen Rückzahlungen von Krediten. Laut Kommission seien europaweite Rechtsnormen für einige zentrale Punkte die wirksamste Option. Allerdings wollte die Kommission noch weitere Untersuchungen und Konsultationen durchführen, wie beispielsweise Kosten-Nutzen-Analysen, Verbrauchertests, etc. und verschiedene nationale Lösungen evaluieren. Erst dann soll eine endgültige Entscheidung über das weitere Vorgehen getroffen werden. Dieser Prozess dauert zurzeit an.<sup>25</sup>

e) Diskussionspapier des Zentrums für Europäische Rechtspolitik der Universität Bremen (2008)

Diese akademische Analyse von Notwendigkeit und Ausgestaltung der Eurohypothek zeigt insbesondere auf, wie wichtig ein integrierter Markt von verbrieften Grundschulden nicht nur für den Primärmarkt, sondern auch für den Sekundärmarkt ist. Je besser die Konditionen auf dem Sekundärmarkt sind, desto besser können auch die Konditionen der Hypotheken selbst ausgestaltet werden.<sup>26</sup>

f) Heute

Der nächste Bericht der Kommission darf mit konkreten Vorschlägen zum weiteren Vorgehen erwartet werden. Er sollte die Ergebnisse der im Weissbuch angekündigten Untersuchungen und Konsultationen enthalten.

<sup>25</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION, 2007, S. 2 ff.

<sup>26</sup> AZNAR, S. 1 ff.

## B. Verhältnis zum Schweizer Recht

Zu prüfen bleibt die Vereinbarkeit der vorgeschlagenen europäischen Neuordnung mit dem Schweizer Recht.

### 1. *EULIS*

Es stellt sich die Frage, ob EULIS gewisse minimale Anforderungen stellt, insbesondere bezüglich der zugänglichen Informationen. So ermöglichen gewisse EU-Staaten via EULIS nicht nur den Zugang zu den vollständigen Grundbucheinträgen, sondern auch zu den dafür relevanten Dokumenten (Belege). Art. 970 ZGB hingegen sieht für das schweizerische Grundbuch nur eine beschränkte Öffentlichkeit vor. Ohne Glaubhaftmachung eines Interesses sind nur die Bezeichnung des Grundstücks, die Grundstücksbeschreibung, der Name und die Identifikation des Eigentümers, die Eigentumsform und das Erwerbsdatum zugänglich.

Gleichwohl könnten die Schweizer Grundbücher – im Rahmen von Art. 970 ZGB und ohne Änderung dieser Bestimmung – via EULIS zugänglich gemacht werden. Dies, weil EULIS es den einzelnen Ländern überlässt, welche Informationen über diesen Service verfügbar sind. So bietet das Portal lediglich Zugang zu den lokalen Grundbüchern, enthält ein Glossar der verschiedenen lokalen Terminologien sowie eine detaillierte Darstellung der relevanten nationalen Normen. Auf das einzelne Grundbuch wird hingegen nach wie vor über die Website des jeweiligen nationalen Grundbuchs zugegriffen.

### 2. *Eurohypothek*

Nach heutiger Rechtslage ist die vorgängig beschriebene Eurohypothek<sup>27</sup> in der Schweiz nicht umsetzbar. Dies insbesondere deshalb, weil das ZGB den Register-Schuldbrief noch nicht kennt. Mit dessen Einführung werden auch die konzeptionellen Voraussetzungen für die Einführung der Eurohypothek geschaffen.

### 3. *Eurotrust*

Wie erwähnt steht die rechtliche Ausgestaltung des Eurotrust noch nicht fest.<sup>28</sup> Daher ist eine detaillierte Stellungnahme mit Blick auf das Schweizer Recht zurzeit nicht möglich. Soweit es jedoch um vertragliche Bestimmungen in Bereichen geht, zu welchen das Schweizer Recht – im Unterschied etwa zum Sachen-, Grundpfand-, Grundbuch- und Gesellschaftsrecht – keine ab-

---

<sup>27</sup> Siehe A.2.c).

<sup>28</sup> Siehe A.2.d).

schliessenden Regeln aufstellt, könnte ein Eurotrust durchaus auch unter Schweizer Recht verwendet werden.

### **C. Revision des ZGB**

Die laufende Revision des ZGB betrifft unterschiedliche Hypothekarinstrumente und ist auch mit Blick auf die europäische Entwicklung von Bedeutung.

#### *1. Wichtigste Änderungen*

##### a) Register-Schuldbrief

Die Revision sieht vor, neben dem heutigen Papier-Schuldbrief, der weiterhin bestehen bleibt, einen papierlosen Register-Schuldbrief einzuführen (Art. 843 E-ZGB). Dieser ist kein Wertpapier sondern ein reines Registerpfandrecht. Der Eintrag in das Grundbuch wirkt konstitutiv (Art. 857 Abs. 1 E-ZGB). Dabei ist eine Eintragung sowohl auf den Namen des Gläubigers als auch auf den Namen des Grundeigentümers möglich (Art. 857 Abs. 2 E-ZGB). Wie die Errichtung erfolgt auch die Übertragung ausschliesslich im Grundbuch (Art. 858 Abs. 1 E-ZGB). Ein Eigentümer-Register-Schuldbrief ist möglich, im Gegensatz zum Papier-Schuldbrief kann – mangels physischen Titels – aber kein Inhaber-Register-Schuldbrief bestehen.

Die Übertragung eines Register-Schuldbriefes erfolgt durch den Eintrag des neuen Gläubigers im Grundbuch, was eine schriftliche Erklärung des bisherigen Gläubigers voraussetzt. Das zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft kann formlos abgeschlossen werden, das Verfügungsgeschäft hingegen muss in der Form einer schriftlichen Grundbucheintragung erfolgen. Wie bei der Errichtung ist der Grundbucheintrag auch bei der Übertragung konstitutiv für den Rechtserwerb (Art. 858 Abs. 1 E-ZGB).

Die Verpfändung eines Register-Schuldbriefes erfolgt durch den Eintrag des Fahrnispfandgläubigers im Grundbuch, was eine schriftliche Erklärung des bisherigen Gläubigers voraussetzt (Art. 859 Abs. 1 E-ZGB). So werden in der Praxis, zum Beispiel bei der Refinanzierung des Hypothekengeschäfts, Schuldbriefe als Sicherungsinstrumente in der Form des Fahrnispfandes verpfändet.

Die Pfändung eines Register-Schuldbriefes erfolgt durch den Eintrag einer Verfügungsbeschränkung im Grundbuch (Art. 859 Abs. 2 E-ZGB).

Der Schuldner kann sich durch die Leistung seiner Schuld nur dann befreien, wenn diese an den zum Zeitpunkt der Zahlung im Grundbuch eingetragenen Gläubiger erfolgt (Art. 858 Abs. 2 E-ZGB).

Wie der heutige Papier-Schuldbrief und im Gegensatz zur Grundpfandverschreibung ist der Register-Schuldbrief nicht abhängig von der Forderung, also nicht-akzessorisch. Er kann, nach der Rückzahlung der ursprünglich besicherten Schuld, zur Sicherung anderer Verbindlichkeiten weiterverwendet werden (Art. 842 Abs. 2 und 853 E-ZGB). Die Schuldbriefforderung tritt – mangels anderer Vereinbarung – neben die zu sichernde Forderung, es erfolgt also keine Novation durch die Errichtung (Art. 842 Abs. 2 E-ZGB).

Schliesslich stehen dem Schuldner nur folgende drei Arten von Einreden offen: erstens solche Einreden, die sich aus dem Grundbuch (bzw. dem Pfandtitel, wenn verbrieft) ergeben, zweitens solche Einreden, die dem Schuldner persönlich gegen den ihn belangenden Gläubiger zustehen und drittens persönliche Einreden, welche sich aus dem Grundverhältnis ergeben und welche auch gegen bösgläubige Rechtsnachfolger geltend gemacht werden können (Art. 849 Abs. 1 und Art. 842 Abs. 3 E-ZGB).

#### b) Aufhebung kantonaler Bestimmungen zum Schuldbrief

Kantonale Bestimmungen zur Belastungsgrenze und zur Kündigung werden aufgehoben (siehe Art. 843 f. ZGB). Das betrifft die Kantone Obwalden und Zug (Belastungsgrenzen) sowie Zürich, Luzern, Uri, Zug, Solothurn, Schaffhausen, Appenzell-Ausserrhoden, Wallis und Genf (Kündigungsregeln).

Mit der Aufhebung dieser Bestimmungen will der Gesetzgeber in den betroffenen Kantonen die weitere Verbreitung des Schuldbriefs und damit die Ablösung von Grundpfandverschreibungen und Hypothekarobligationen fördern. Das soll die landesweite Geschäftstätigkeit der Banken im Kreditwesen erleichtern.<sup>29</sup>

#### c) Aufhebung Gült

Auch die Bestimmungen zur Gült (Art. 847 ff. ZGB) werden aufgehoben. Heute bestehende Gültensollen jedoch weiterhin und ohne Befristung im Grundbuch eingetragen bleiben und eine Löschung oder Umwandlung in eine andere Form findet von Bundesrechts wegen nicht statt. Vielmehr gilt für diese Gültensollen das bisherige Recht weiter (Art. 33a Abs. 1 und 2 SchlT E-ZGB).

Das kantonale Recht kann jedoch die Umwandlung bestehender Gültensollen in Pfandarten nach dem geltenden Recht vorsehen. Für geringfügige Beträge (laut Botschaft bis CHF 1'000)<sup>30</sup> kann dabei – analog zum Schuldbrief – auch eine persönliche Haftung des Schuldners eingeführt werden,

<sup>29</sup> Botschaft, S. 5295.

<sup>30</sup> Botschaft, S. 5340.

selbst wenn der Schuldner dem nicht zustimmt (Art. 33a Abs. 3 SchlT E-ZGB).

d) Bauhandwerkerpfandrecht

Auch nach dem Inkrafttreten der kommenden Änderungen bleibt das Grundkonzept des Bauhandwerkerpfandrechts unverändert. Das gilt insbesondere für das Pfandrecht der Subunternehmer, welches gemäss Vorentwurf durch ein Pfandrecht an der Forderung des Hauptunternehmers hätte ersetzt werden sollen. Noch unklar ist indes, ob Subunternehmer, die nicht vom Eigentümer selbst beauftragt wurden, diesen bei der Auftragsannahme schriftlich informieren müssen und nur dann ein Pfandrecht haben, wenn der Eigentümer den Beizug des Subunternehmers nicht ausdrücklich ablehnt. In diesem Punkt konnten sich der National- und der Ständerat noch nicht einigen.

Die Eintragsfrist für Bauhandwerkerpfandrechte wird von drei auf vier Monate verlängert. Damit müssen die Honorarforderungen der Bauunternehmer und Handwerker in Zukunft innert vier Monaten erfüllt werden.

Neu erwähnt das Gesetz Abbrucharbeiten ausdrücklich als anspruchsbegründend (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 E-ZGB). Das ist insbesondere bei der Umnutzung von Arealen von Bedeutung. Ferner wird der Kreis der Besteller erweitert. Bisher waren nur Eigentümer und Unternehmer und, laut Bundesgericht, auch Mieter und Pächter – sofern der Eigentümer zugestimmt hat und eine dauernde Wertvermehrung geschaffen wurde – dem Kreis der Besteller zuzurechnen. Neu werden auch Mieter, Pächter, künftige Erwerber und andere am Grundstück berechnete Personen als Besteller anerkannt, sofern der Eigentümer den Arbeiten zustimmt. Die Voraussetzung der dauernden Wertvermehrung entfällt (Art. 837 Abs. 1<sup>bis</sup> E-ZGB).

Schliesslich ist neu eine vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts möglich, wenn strittig ist, ob sich das betreffende Grundstück im öffentlich-rechtlichen Verwaltungsvermögen befindet, was die Belastung mit einem Bauhandwerkerpfandrecht ausschliesst (Art. 839 Abs. 4 E-ZGB). Die Abgrenzung zwischen Verwaltungs- und Finanzvermögen kann zum Beispiel bei der Auslagerung öffentlicher Aufgaben auf einen privaten Träger unklar sein (sogenannte Public Private Partnerships). Ein gerichtliches Verfahren entscheidet in diesen Fällen über die definitive Eintragung. Auch bezüglich dieser Änderung bestehen indes noch Differenzen zwischen National- und Ständerat.

e) Formerfordernisse bei Grundpfandrechten und Dienstbarkeiten

Neu muss auch der Eigentümerschuldbrief öffentlich beurkundet werden (Art. 799 Abs. 2 E-ZGB). Ferner gilt die Pflicht zur öffentlichen Beurkundung neu für alle Arten von Baurechten (inkl. Eigentümerbaurecht und nicht nur – wie heute – für selbständige und dauernde Baurechte) sowie für Baurechtszinsen und weitere Bestimmungen des Baurechtsvertrags, welche im Grundbuch vorgemerkt werden (Art. 779a E-ZGB).

Heute entstehen kantonale gesetzliche Pfandrechte zur Sicherung von Forderungen aus kantonalem Recht unmittelbar von Gesetzes wegen und ohne Eintragung im Grundbuch. Kantonale Gesetze haben solche Rechte vor allem zur Sicherung von Steuerforderungen eingeführt. Um die Publizitätswirkung des Grundbuchs zu verbessern und gutgläubige Dritte (Erwerber) zu schützen, werden gewisse gesetzliche Pfandrechte des kantonalen Rechts neu erst mit der Eintragung im Grundbuch entstehen (Art. 836 Abs. 1 E-ZGB). Das gilt dann, wenn das kantonale Recht dem Gläubiger einen Anspruch auf ein Pfandrecht einräumt. Demgegenüber bleibt der Eintrag im Grundbuch nach wie vor nicht konstitutiv, wenn das kantonale Recht vorsieht, dass das Pfandrecht bereits ohne Eintrag im Grundbuch entsteht (Art. 836 Abs. 2 E-ZGB). Aber auch gegenüber solchen Pfandrechten werden gutgläubige Dritte geschützt, sofern innert einer bestimmten Frist (sechs Monate nach Fälligkeit, spätestens zwei Jahre nach Entstehen der Forderung) kein Eintrag des Pfandrechts im Grundbuch erfolgt.

f) Grundbuch

Das Grundbuch soll ein aktuelles und zeitgemässes Bodeninformationssystem werden. Dazu sollen bedeutungslos gewordene Einträge (Dienstbarkeiten, Vormerkungen, Anmerkungen) bei jeder Teilung oder Vereinigung von Grundstücken bereinigt werden (Art. 974a und 974b E-ZGB).

Ferner müssen nach den neuen Bestimmungen alle öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, die eine dauernde Nutzungs- oder Verfügungsbeschränkung oder eine grundstücksbezogene Pflicht auferlegen, im Grundbuch angemerkt werden (Art. 962 Abs. 1 E-ZGB). Soweit keine Anmerkung im Grundbuch besteht, erfolgt ein Eintrag in den Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen gemäss dem Bundesgesetz über Geoinformation (GeoIG).

Schliesslich müssen gesetzliche Grundpfandrechte des kantonalen Rechts im Grundbuch eingetragen werden (Art. 836 E-ZGB).<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> Siehe C.I.e).

Eine Änderung des Umfangs der Öffentlichkeit des Grundbuchs (Art. 970 ZGB) ist nicht vorgesehen.

## 2. *Stand der Arbeiten*

Im Mai 2009 hat der Nationalrat die Vorlage als Zweitrat angenommen.

Differenzen zwischen den beiden Räten bestehen zurzeit, wie erwähnt, noch beim Bauhandwerkerpfandrecht für Subunternehmer, beim Bauhandwerkerpfandrecht an Grundstücken im Verwaltungsvermögen sowie bei den verschärften Formvorschriften von Grundpfandrechten und Dienstbarkeiten.

## D. **Literatur**

### **AZNAR, SERGIO NASARRE**

Eurohypothec & Eurotrust: ZERP-Diskussionspapier 7/2008, Bremen, September 2008 (*zit.* AZNAR).

### **BOTSCHAFT**

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht) vom 27. Juni 2007, Bundesblatt Nr. 30 vom 24. Juli 2007, S. 5283 ff. (*zit.* Botschaft).

### **EULIS**

Countries, <http://www.eulis.eu/countries/> (zuletzt besucht am 5. Juni 2009, *zit.* EULIS).

### **EULIS**

European Land Information System, <http://www.eulis.eu/home/> (zuletzt besucht am 5. Juni 2009, *zit.* EULIS: Countries).

### **EUROPEAN BANKING FEDERATION, ET AL.**

European Agreement on a Voluntary Code of Conduct on Pre-contractual information for Home Loans: First Annual Progress Report on Implementation in the European Union, 30.9.2002 (*zit.* EUROPEAN BANKING FEDERATION, ET AL.).

### **EUROPEAN BANKING INDUSTRY COMMITTEE**

European Agreement on a Voluntary Code of Conduct on Pre-contractual information for Home Loans: Third Progress Report on Implementation in the European Union, April 2009 (*zit.* EUROPEAN BANKING INDUSTRY COMMITTEE).

**EUROPEAN MORTGAGE FEDERATION**

Overview of EU residential mortgage markets 2007:

[www.hypo.org/content/Default.asp?PageID=202](http://www.hypo.org/content/Default.asp?PageID=202) (zuletzt besucht am 5. Juni 2009, *zit.* EUROPEAN MORTGAGE FEDERATION).

**FINANCIAL SERVICES AUTHORITY**

European work on mortgages, 2009:

[www.fsa.gov.uk/Pages/About/What/International/mortgages/index.shtml](http://www.fsa.gov.uk/Pages/About/What/International/mortgages/index.shtml) (zuletzt besucht am 23. April 2009, *zit.* FINANCIAL SERVICES AUTHORITY).

**INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF)**

Euro Area Policies: Selected Issues, Washington, 6.7.2005 (*zit.* IMF).

**KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN**

Grünbuch: Hypothekarkredite in der EU, Brüssel, 19.7.2005. (*zit.* EUROPÄISCHE KOMMISSION, 2005).

**KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN**

Weissbuch über die Integration der EU-Hypothekarkreditmärkte, Brüssel, 18.12.2007. (*zit.* EUROPÄISCHE KOMMISSION, 2007).

**LONDON ECONOMICS**

The Costs and Benefits of Integration of EU Mortgage Markets, August 2005 (*zit.* LONDON ECONOMICS).

**MORTGAGE CREDIT FOUNDATION**

Basic Guideline for a Eurohypothec, Warschau, Mai 2005 (*zit.* MORTGAGE CREDIT FOUNDATION).

**II. Droit européen des affaires / Nouveaux développements en matière d'abus de position dominante<sup>32</sup>**

**A. Introduction**

Depuis plusieurs années, l'approche du problème des abus de position dominante adoptée par la Commission européenne fait l'objet de critiques répétées de la part de la doctrine qui la considère comme étant trop formaliste et insuffisamment réceptive aux justifications économiques.<sup>33</sup> En réponse à ces critiques, la Commission européenne a publié le 3 décembre 2008 des Orientations sur les priorités de mise en œuvre retenues par la Commission

---

<sup>32</sup> Dieser Teil wurde bearbeitet durch CHRISTOPHE RAPIN und CHRISTOPHE PÉTERMANN. Die Autoren bedanken sich bei CLEMENS STREIT, lic. iur., LL.M., für seine Mitarbeit bei der Sammlung des Materials und bei der Verfassung des Textes.

<sup>33</sup> Cf. BELLAMY & CHILD, *European Community Law of Competition*, 6<sup>ème</sup> édition, Oxford, 2008, p. 912.

pour l'application de l'art. 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes (ci-après les «Lignes directrices»), fruit d'une réflexion initiée en 2003.<sup>34</sup> Par ces Lignes directrices, la Commission européenne cherche à rendre plus clair et plus prévisible le cadre d'analyse qu'elle utilise lorsqu'elle examine le comportement d'une entreprise sous l'angle de l'abus de position dominante. Bien qu'elles ne lient pas la Cour de justice ou le Tribunal de première instance des Communautés européennes, les Lignes directrices concilient l'état du droit positif développé par la jurisprudence de ces cours avec l'exigence d'une approche plus économique.<sup>35</sup> Il faut néanmoins relever que les Lignes directrices avaient pour vocation première de fixer les priorités de mise en œuvre de l'art. 82 du Traité CE par la Commission européenne, mais qu'elles sont devenues en réalité un ensemble de lignes d'interprétation matérielles de plus en plus détaillé et il faut bien le dire parfois confus. Ce document a soulevé un large débat dans la doctrine européenne.<sup>36</sup>

Dans la mesure où le droit suisse de la concurrence est fortement influencé par le droit communautaire<sup>37</sup>, la question de l'influence des nouvelles Lignes directrices européennes sur le droit suisse se posera tôt ou tard. La plupart des principes des Lignes directrices découlant de la jurisprudence rendue à ce jour par la Cour de Justice des Communautés européennes, la majorité d'entre eux trouvent déjà leur pendant dans la législation ou la jurisprudence suisse. L'analyse de la jurisprudence suisse récente en matière d'abus de position dominante nous permettra de constater la proximité des deux ordres juridiques mais aussi de mettre en lumière les difficultés que ne manque pas de soulever en Suisse comme dans l'Union européenne une approche de type économique des problèmes d'abus de position dominante.

## B. Traits principaux des Lignes directrices

Les Lignes directrices concernent donc l'existence d'une position dominante et ses abus potentiels, mais elles n'abordent pas l'étape préliminaire qui consiste à définir le marché pertinent. Cette première opération fait déjà

<sup>34</sup> Cf. PRIETO CATHERINE/ SIBONY ANNE-LISE/ WACHSMANN ANNE, Article 82 CE – Lignes directrices : la Commission européenne publie un guide de mise en œuvre de l'article 82 CE intégrant l'analyse économique à la qualification d'abus de position dominante, in : *Concurrences*, n° 1, 2009, p. 118.

<sup>35</sup> Cf. PRIETO CATHERINE/ SIBONY ANNE-LISE/ WACHSMANN ANNE, op. cit., p. 118.

<sup>36</sup> Cf. ROSATI FRANCESCO, The EU Commission's Guidance on exclusionary abuses : A step forward or a missed opportunity ?, in : *Concurrences*, n° 2, 2009, p. 10.

<sup>37</sup> Cf. TERCIER PIERRE/ BOVET CHRISTIAN, *Commentaire romand du droit de la concurrence*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2002, p. 371.

l'objet d'une communication spécifique de la Commission.<sup>38</sup> Les Lignes directrices sont axées sur les abus d'éviction seulement, et ne se penchent pas sur les abus d'exploitation. On distingue en effet les abus «d'éviction» par lesquels l'entreprise en position dominante tente d'exclure du marché des concurrents ou d'éviter que des concurrents potentiels n'entrent sur le marché, et les abus «d'exploitation», par lesquels l'entreprise en position dominante tente de maximiser les profits résultant de sa position dominante.<sup>39</sup>

Les Lignes directrices contiennent également un chapitre sur l'analyse spécifique de certains types d'abus de position dominante (rabais, ventes liées ou groupées, prédation), mais dans le cadre limité de cette contribution, nous nous concentrerons sur le cadre d'analyse général établi par la Commission européenne et les critiques dont il a fait l'objet.

### 1. *Approche générale*

Les deux grandes étapes du cadre d'analyse des abus de position dominante sont premièrement l'établissement par la Commission européenne de l'existence d'une position dominante et deuxièmement la constatation d'un abus de la part de l'entreprise dominante.

### 2. *Pouvoir de marché*

Concernant l'établissement de l'existence d'une position dominante sur le marché pertinent, la Commission choisit une approche économique qui ne se fonde pas uniquement sur les parts de marché.<sup>40</sup> Conformément à la jurisprudence européenne<sup>41</sup>, les lignes directrices définissent la position dominante comme une «position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement des consommateurs». <sup>42</sup> La Commission étudiera les facteurs suivants afin d'établir l'existence d'une position dominante: la part de marché de l'entreprise en cause et de ses concurrents, les possibilités d'entrée ou d'expansion des concurrents actuels ou potentiels

<sup>38</sup> Cf. Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, Journal Officiel n° C 372 du 9 décembre 1997, pp. 5-13.

<sup>39</sup> Cf. Lignes directrices, § 7.

<sup>40</sup> Cf. Lignes directrices, § 9 – 18.

<sup>41</sup> Cf. Cour de Justice des Communautés européennes, 14 février 1978, United Brands, affaire 27/76, § 65.

<sup>42</sup> Lignes directrices, § 10.

ainsi que les contraintes résultant de la puissance d'achat de certains clients.<sup>43</sup> L'évolution des parts de marché dans le temps est un autre facteur à prendre en compte.<sup>44</sup> L'entrée de concurrents potentiels ou l'expansion de concurrents réels de l'entreprise dominante peuvent dissuader celle-ci de relever ses prix si elles sont probables, interviennent en temps utile et sont suffisantes pour engendrer l'effet de dissuasion.<sup>45</sup>

La Commission étudiera tous les facteurs ci-dessus pour établir l'existence d'une position dominante<sup>46</sup>, mais elle estime en principe qu'en présence d'une part de marché inférieure à 40% sur le marché pertinent, l'existence d'une position dominante est «peu probable», tout en réservant l'existence de cas de position dominante en-dessous de ce seuil.<sup>47</sup> Cette présomption est l'une des nouveautés principales des Lignes directrices. La doctrine a salué le fait que ce seuil ait été élevé après avoir été fixé à 25% dans les travaux préparatoires mais elle regrette que la Commission n'ait pas établi de présomption irréfragable de l'absence de position dominante au-dessous de 40% de parts de marché, soit un «safe harbour».<sup>48</sup> En effet, la Commission, aussitôt après avoir énoncé le seuil de 40%, relativise la portée de cette limite en indiquant qu'elle ne vaut pas absolument. De façon plus générale, les Lignes directrices sont critiquées pour leur manque de clarté concernant des comportements non problématiques, ce qui entraîne un manque de sécurité juridique.<sup>49</sup>

### 3. *Abus de position dominante*

Cherchant à mettre au centre de ses préoccupations le consommateur, la Commission utilise les expressions d'«éviction préjudicielle pour les consommateurs» ou d'«éviction anticoncurrentielle» pour parler de l'abus de position dominante. L'entrave au libre jeu de la concurrence par une entreprise dominante afin d'évincer ses concurrents par des pratiques anticoncurrentielles doit avoir un effet défavorable sur le bien-être des consommateurs pour être sanctionnée.<sup>50</sup> La Commission indique qu'elle

<sup>43</sup> Cf. Lignes directrices, § 12.

<sup>44</sup> Cf. Lignes directrices, § 13.

<sup>45</sup> Cf. Lignes directrices, § 16. On notera que cette triple condition est similaire à l'analyse de la Commission concernant l'entrée de concurrents potentiels dans les Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (§§ 68 ss).

<sup>46</sup> Cf. Lignes directrices, § 15.

<sup>47</sup> Cf. Lignes directrices, § 14.

<sup>48</sup> Cf. MURPHY FRANCES/ LIBERATORE FRANCESCO, *The European Commission's Guidance on the Application of Article 82 EC*, disponible sur [www.mayerbrown.com/publications/article.asp?id=6883&nid=6](http://www.mayerbrown.com/publications/article.asp?id=6883&nid=6).

<sup>49</sup> Cf. OLIVER Geoffrey D., *A U.S. Perspective*, in : *Concurrences*, n° 2, 2009, p. 28.

<sup>50</sup> Cf. Lignes directrices, § 19.

interviendra «sur la base de preuves solides et convaincantes».<sup>51</sup> Certains auteurs saluent ce qui semble être un renforcement de la charge de la preuve pesant sur la Commission dans la ligne des exigences imposées à la Commission par la Cour de Justice dans le jugement de 2005 sur l'affaire Tetra Laval.<sup>52</sup>

La Commission énumère ensuite les facteurs déterminants pour la constatation d'une éviction anticoncurrentielle : la position de l'entreprise dominante, les conditions régnant sur le marché en cause (notamment les barrières à l'entrée), la position des concurrents de l'entreprise dominante (notamment la présence d'un concurrent particulièrement innovateur ou qui a la réputation de réduire systématiquement les prix, appelé «maverick»), la position des clients ou des fournisseurs d'intrants (notamment les conditions plus avantageuses faites à des clients susceptibles de changer de fournisseur), la portée du comportement abusif présumé (comportement de longue durée ou d'une régularité particulière), les preuves éventuelles d'une éviction réelle (y compris d'une absence d'entrée) et les preuves directes d'une stratégie d'éviction (principalement des documents internes à l'entreprise ou des menaces faites aux concurrents actuels ou potentiels).<sup>53</sup>

Certains de ces critères font l'objet de débats en doctrine. Ainsi l'application sélective du comportement aux clients susceptibles de changer de fournisseur est perçue par certains auteurs comme une pratique commerciale normale qui découle du fait que ces clients ont un pouvoir de négociation plus important.<sup>54</sup> Certains de ces critères engendrent un mélange entre les deux étapes de l'analyse soit l'existence d'une position dominante d'une part et l'existence d'un abus de l'autre. En effet, l'existence même d'une position dominante serait de nature à engendrer l'existence de barrière à l'entrée telles qu'économies d'échelle, gammes de produits plus larges, listes de clients ou connaissance du marché.<sup>55</sup> Il serait donc critiquable d'y voir des indices d'un abus.

Plusieurs de ces critiques s'inscrivent dans le cadre du manque de sécurité juridique des Lignes directrices. En effet, certains comportements commerciaux que l'on peut considérer comme normaux et pro-compétitifs peuvent selon les Lignes directrices constituer des abus dans certaines circonstances. Les entreprises dominantes risquent dès lors de ne plus s'engager dans de tels

<sup>51</sup> Cf. Lignes directrices, § 20.

<sup>52</sup> Cf. Prieto CATHERINE/ SIBONY ANNE-LISE/ WACHSMANN ANNE, op. cit., p. 120 ; Cour de Justice des Communautés européennes, 15 février 2005, Commission/Tetra Laval, C-12/03 P, Rec. p. I-987.

<sup>53</sup> Cf. Lignes directrices, § 20.

<sup>54</sup> Cf. ROSATI FRANCESCO, op. cit., p. 12.

<sup>55</sup> Cf. ROSATI FRANCESCO, op. cit., p. 12.

comportements pro-compétitifs car elles seront incapables de déterminer dans quelles conditions ces comportements deviendront des abus. Une telle attitude serait en définitive négative pour le consommateur.<sup>56</sup>

#### 4. *Pratiques d'éviction fondées sur les prix*

La Commission européenne poursuit la description de son cadre général d'analyse par un chapitre consacré aux pratiques d'éviction fondées sur les prix. Pour cette catégorie d'abus, elle insiste sur le test du « concurrent aussi efficace » (« as efficient competitor test »). Ce test reconnaît que la Commission doit intervenir en vue d'éviter les pratiques qui sont « de nature à entraver la concurrence d'entreprises considérées comme aussi efficaces que l'entreprise dominante »<sup>57</sup> mais ne doit en principe pas intervenir si le comportement d'une entreprise dominante aboutit à l'éviction d'un concurrent moins efficace. Un concurrent moins efficace peut néanmoins être pris en compte si l'entreprise dominante jouit d'avantages liés à la demande tels que les effets de réseau et d'apprentissage, que le concurrent moins efficace n'a pas encore pu obtenir. Cette protection envers un concurrent moins efficace a fait l'objet de critiques de la part de la doctrine selon laquelle il s'agit d'une brèche dans la sécurité juridique voulue par le test du concurrent aussi efficace<sup>58</sup> ou comme une volonté de la Commission de conserver un pouvoir discrétionnaire.<sup>59</sup>

Pour cette analyse, deux structures de prix sont étudiées : les coûts moyens évitables (CEM, en anglais « average avoidable costs », AAC) et le coût marginal moyen à long terme (CMMLT, en anglais « long-run average incremental costs », LRAIC). Les CEM sont les coûts qui auraient pu être évités si l'entreprise n'avait pas produit une unité supplémentaire, en l'occurrence celle qui aurait fait l'objet d'un comportement abusif. Dans la plupart des cas, les CEM sont similaires aux coûts variables moyens. Les CMMLT représentent la moyenne de tous les coûts variables et fixes qu'une entreprise supporte sur le long terme pour fabriquer un produit déterminé. Le CMMLT est généralement supérieur au CEM parce que, contrairement au CEM (qui ne comprend que les coûts fixes supportés pendant la période examinée), il inclut les coûts fixes propres au produit supportés avant la période d'exercice des pratiques abusives présumées (par exemples les coûts de mise en fonctionnement de l'entreprise).

<sup>56</sup> Cf. ROSATI FRANCESCO, op. cit. , p. 12.

<sup>57</sup> Lignes directrices, § 23.

<sup>58</sup> Cf. ROSATI FRANCESCO, op. cit. , p. 10.

<sup>59</sup> Cf. NINANE FLORENCE, *The Point of View of the In-House Counsels*, in : *Concurrences*, n° 2, 2009, p. 14.

Si le CEM n'est pas couvert par le prix de vente, il est probable que l'entreprise dominante sacrifie ses profits à court terme et qu'un concurrent aussi efficace ne peut satisfaire les consommateurs visés sans subir de pertes. Le fait que le CMMLT ne soit pas couvert indique que l'entreprise dominante ne couvre pas tous les coûts fixes (imputables) de la production du bien ou du service en cause et qu'un concurrent aussi efficace pourrait être évincé du marché.

Bien que cette évaluation fondée sur la structure du prix soit en grande partie une confirmation de la jurisprudence européenne<sup>60</sup>, elle a fait l'objet de critiques. D'une part, la Commission reconnaît que les données sur les coûts nécessaires à cette évaluation sont parfois indisponibles.<sup>61</sup> En particulier, le CMMLT n'est pas une structure de coût qui a un intérêt pour l'entreprise dominante et nécessite des investissements importants s'il doit être déterminé.<sup>62</sup> Ce faisant, l'entreprise dominante devrait donc évaluer la légalité de son comportement sur une base incertaine. D'autre part, la Commission peut se fonder sur les coûts des concurrents ou «d'autres données fiables comparables».<sup>63</sup> Ces données sont là encore inconnues des entreprises dominantes. Par ailleurs, cette approche soulève des problèmes de sécurité juridique.<sup>64</sup>

##### 5. *Nécessité objective et gains d'efficacité*

La nécessité objective et les gains d'efficacité supérieurs aux effets anti-concurrentiels sont deux arguments possibles pour justifier le comportement d'une entreprise dominante. Pour qu'un argument fondé sur les gains d'efficacité soit recevable, quatre conditions doivent être remplies : (i) les gains d'efficacité ont été ou sont susceptibles d'être réalisés grâce au comportement considéré, (ii) le comportement est indispensable à la réalisation de ses gains d'efficacité, (iii) les gains d'efficacité l'emportent sur les effets préjudiciables probables, et (iv) le comportement n'élimine pas une concurrence effective en supprimant la totalité ou la plupart des sources

<sup>60</sup> Cf. Cour de Justice des Communautés européennes, 3 juillet 1991, AKZO, affaire 62/86, § 71 ss. ; Cour de Justice des Communautés européennes, 10 avril 2008, Deutsche Telekom, affaire T-271/03, § 194 ; Commission européenne, 20 mars 2001, affaire COMP/35.141, Deutsche Post AG.

<sup>61</sup> Cf. Lignes directrices, § 25.

<sup>62</sup> Cf. ROSATI FRANCESCO, op. cit., p. 10; CHONÉ PHILIPPE, *A Welcome Advance in Anti-trust Enforcement*, in : *Concurrences*, n° 2, 2009, p. 32.

<sup>63</sup> Lignes directrices, § 25.

<sup>64</sup> Cf. PRIETO CATHERINE/ SIBONY ANNE-LISE/ WACHSMANN ANNE, op. cit., p. 12, qui rappellent que la Commission se réservait dans son Working paper de prendre pour base de calcul les coûts de concurrents apparemment efficaces, et que la même indétermination affecte les Lignes directrices dans une matière quasi pénale.

existantes de concurrence actuelle ou potentielle. Les preuves de la justification objective du comportement doivent être amenées par l'entreprise dominante.

### C. Jurisprudence récente suisse

#### 1. Taxes de terminaison en matière de téléphonie mobile<sup>65</sup>

En date du 1<sup>er</sup> janvier 2004, Swisscom et Orange ont introduit une taxe de connexion pour la distribution de SMS envoyés par les détenteurs de Large Account. Ces détenteurs ont accès au centre SMS du fournisseur de téléphonie mobile qui leur permet d'envoyer des SMS à un grand nombre de clients des divers fournisseurs de téléphonie mobile. La taxe a pour but d'éviter l'envoi de messages publicitaires non demandés envoyés en masse (spams).

La Commission de la concurrence («Comco») indique que chaque fournisseur de téléphonie mobile est le seul à pouvoir fournir les terminaisons pour la distribution des SMS aux clients de son réseau de téléphonie mobile. Malgré une position de monopole de fait et l'absence de concurrence actuelle, la Comco précise que l'étude de la nature du marché serait nécessaire pour établir une position dominante.<sup>66</sup> Au vu de l'absence d'abus, la Comco renonce néanmoins à une telle analyse.

La Comco exclut l'existence d'un abus pour trois raisons.

Premièrement, la Comco note qu'il est facile pour un détenteur de Large Account d'éviter la taxe de connexion pour la distribution de SMS puisque cette taxe ne concerne que les SMS qui sont envoyés d'un détenteur de Large Account du réseau d'un fournisseur de téléphonie mobile vers un client abonné auprès d'un autre fournisseur de téléphonie mobile. En ouvrant un Large Account auprès de chaque fournisseur de téléphonie mobile, le détenteur évite ainsi les taxes de connexion.<sup>67</sup>

Deuxièmement, la Comco rappelle qu'elle reconnaît comme justification d'une pratique *a priori* abusive d'une entreprise dominante une justification objective, une explication technique ou le fait que les conditions commerciales de l'entreprise dominante ne soient pas significativement différentes de celles qui s'appliqueraient en cas de concurrence efficace. La justification avancée par les fournisseurs de téléphonie mobile est la lutte contre les spams. Ce but correspond à la récente modification de la loi sur les

<sup>65</sup> Cf. Comco, Terminierungsgebühren beim SMS-Versand via Large Account 14 février 2007, in : *DPC 2008* n° 2 p. 242 ss.

<sup>66</sup> Cf. Terminierungsgebühren beim SMS-Versand via Large Account, § 39.

<sup>67</sup> Cf. Terminierungsgebühren beim SMS-Versand via Large Account, § 47.

télécommunications.<sup>68</sup> La Comco considère donc que l'introduction d'une incitation négative sous une forme économique est la mesure la plus efficace afin de lutter contre les spams.<sup>69</sup> La Comco considère que le tarif appliqué est proportionnel au but.

Troisièmement, la Comco reconnaît que les SMS envoyés par un détenteur de Large Account vers un autre fournisseur de téléphonie mobile constituent uniquement un faible pourcentage de tous les SMS envoyés. L'impact de l'introduction des taxes de connexion en cause est donc faible.<sup>70</sup>

La Comco conclut donc à l'absence d'abus de position dominante dans la fixation des taxes de terminaison pour les clients de Large Account par Swisscom et Orange.

## 2. *Documed*<sup>71</sup>

Dans cette affaire, la Comco enquête sur l'entreprise Documed qui abuserait de sa position dominante: premièrement, en imposant des prix trop élevés aux entreprises pharmaceutiques pour la publication d'informations sur les médicaments; deuxièmement, en refusant d'entretenir des relations commerciales avec des entreprises concurrentes, en ne leur transmettant pas les données brutes sur les médicaments. Ces données sont des informations fournies à Documed par les entreprises pharmaceutiques sur des médicaments autorisés par Swissmedic. Documed retravaille ces données et les publie dans le Compendium suisse des médicaments.

La Comco définit deux marchés pertinents: d'une part, le marché de la publication sur papier et en ligne des informations de la branche pharmaceutique (pour le personnel médical et les commerçants de médicaments), et d'autre part le marché de la publication en ligne des informations pour les patients (notices d'emballage des médicaments).

Concernant la publication d'informations de la branche pharmaceutique, la Comco constate qu'il n'existe pas de concurrence actuelle sur le marché et que Documed se trouve donc en position de monopole de fait.<sup>72</sup> La Comco constate ensuite la sortie d'une entreprise du marché en 2001 et deux tentatives infructueuses d'entrée. Enfin, la Comco constate l'existence de barrières à l'entrée puisqu'un concurrent doit respecter les exigences de

<sup>68</sup> Introduisant l'art. 3 let. o de la Loi fédérale sur les télécommunications du 30 avril 1997.

<sup>69</sup> Cf. Terminierungsgebühren beim SMS-Versand via Large Account, § 48-51.

<sup>70</sup> Cf. Terminierungsgebühren beim SMS-Versand via Large Account, § 55.

<sup>71</sup> Cf. Comco, Publikation von Arzneimittelinformationen, 7 juillet 2008, *in* : DPC 2008 n° 3 p. 385.

<sup>72</sup> Cf. Publikation von Arzneimittelinformationen, § 107.

Swissmedic concernant la publication des informations, notamment l'obligation de publier une information complète en français et en allemand et de distribuer gratuitement au moins 34'000 exemplaires de la feuille d'information. Ces barrières sont renforcées par le fait que Swissmedic risque d'abandonner l'exigence de la publication papier, ce qui rend incertain le fait que les coûts liés à l'entrée sur le marché pourraient être récupérés. En l'absence d'alternative pour la publication, la Comco constate une absence de puissance compensatrice des clients.<sup>73</sup> Elle conclut donc à une position dominante de Documed sur le premier marché pertinent.

Concernant le marché de la publication d'informations à l'intention des patients, la Comco constate que trois entreprises sont actives sur le marché. Cependant tous les clients qui ont une obligation de publier aussi bien des informations de la branche pharmaceutique que des informations à l'intention des patients, publient leur information par Documed et cela malgré les prix plus avantageux offerts par d'autres concurrents pour la publication d'informations pour les patients. Les deux autres entreprises actives sur le marché ont des parts de marché marginales. La Comco n'a pas connaissance de concurrents potentiels qui désirent entrer sur le marché et détermine que les clients ont donc peu de pouvoir sur le marché.<sup>74</sup> Elle conclut donc à une position dominante de Documed sur le deuxième marché également.

Divers abus de position dominante potentiels de la part de Documed sont ensuite examinés par la Comco.

Le premier abus étudié est la discrimination des clients par les prix. La Comco considère que ce genre d'abus est d'autant plus probable que l'entreprise fixe ses prix «après consultation» individuelle des clients. La Comco constate que les clients relatifs à certaines catégories de produits ont joui de rabais sur le prix de base qui ne se fondent sur aucune justification économique (*legitimate business reasons*) et constate donc un abus.<sup>75</sup>

Le deuxième abus étudié est l'existence de prix abusivement élevés. La Comco utilise deux méthodes pour déterminer le caractère abusif d'un prix : 1) la comparaison avec une situation fictive de concurrence effective ou avec d'autres pays et 2) la comparaison avec les coûts de l'entreprise dominante. Dans la première analyse, la comparaison est faite avec l'entreprise française Vidal SA qui se trouve également en situation de monopole et qui a des prix plus élevés que Documed.<sup>76</sup> Dans la deuxième analyse, la Comco a étudié les informations disponibles sur les coûts des prestations de Documed. La Comco

<sup>73</sup> *Ibid.*, §§ 108-119.

<sup>74</sup> *Ibid.*, §§ 123-125.

<sup>75</sup> *Ibid.*, §§ 143-145.

<sup>76</sup> *Ibid.*, § 178 ss.

propose d'établir quels seraient les coûts que devrait investir un concurrent potentiel de Documed pour entrer sur le marché mais constate que cette étude serait peu probante en raison du nombre d'incertitudes.<sup>77</sup> La Comco conclut à l'absence du deuxième type d'abus.

Le troisième abus étudié est le fait de lier la publication online avec la publication papier. La Comco centre son analyse sur la condition de l'existence de deux biens ou services distincts. La vente liée de deux produits ou services ne peut en effet être abusive que si les deux produits ou services liés sont distincts. La Comco nie l'existence de services distincts puisqu'une fois que les informations sont traitées pour la publication papier, leur mise en ligne est très simple et que les clients ne contractent pas avec deux fournisseurs distincts pour des raisons de réductions de coût (négociation de contrats distincts pour la publication online et la publication papier).<sup>78</sup> La Comco conclut à l'absence du troisième type d'abus.

Le quatrième abus étudié est le refus de fourniture. Selon la Comco, bien qu'une entreprise dominante soit en principe libre de refuser de contracter avec certaines entreprises, un tel refus peut être abusif si d'une part l'entreprise dominante détient soit une installation importante et qui ne peut pas être dupliquée à courte échéance soit une position de monopole factuel et d'autre part le refus empêche l'entrée de concurrents actuels ou potentiels sur le marché.<sup>79</sup> Swissmedic exige une publication intégrale des informations de la branche pharmaceutique. Selon un concurrent de Documed, cette publication nécessite un accès aux publications antérieures par Documed et le prix exigé par Documed pour ces publications est trop élevé. La Comco relève que les concurrents peuvent télécharger gratuitement les publications de Documed sans violer son droit de propriété intellectuelle ; il n'y a donc pas d'abus de position dominante à ce titre.<sup>80</sup>

La Comco conclut que seul le premier abus a été commis par Documed. Après signature d'un accord amiable, la sanction est fixée à CHF 50'000.

### 3. *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*<sup>81</sup>

La Comco s'intéresse dans cette affaire aux conventions tarifaires dans le secteur de l'assurance complémentaire hospitalière entre assureurs-maladie et hôpitaux publics et subventionnés par les pouvoirs publics (hôpitaux publics)

<sup>77</sup> *Ibid.*, §§ 183-185.

<sup>78</sup> *Ibid.*, §§ 196-201.

<sup>79</sup> *Ibid.*, § 207.

<sup>80</sup> *Ibid.*, § 211.

<sup>81</sup> Cf. Comco, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*, 6 octobre 2008, in : *DPC 2008* n° 4, p. 544.

dans le Canton de Lucerne. Nous n'analyserons pas ici la question de savoir si ces conventions constituent des accords anticoncurrentiels au sens de l'art. 5 LCart.

La Comco définit deux marchés pertinents : premièrement le marché des prestations non ambulatoires de santé du secteur privé dans les cantons de Lucerne et Nidwald et deuxièmement le même marché mais du secteur semi-privé.<sup>82</sup>

La Comco établit que les hôpitaux publics du canton de Lucerne ont une part de marché de 48% pour le secteur semi-privé et 37% pour le secteur privé. Les hôpitaux privés du canton de Lucerne ont une part de marché de 42% dans le secteur semi-privé et 51% dans le secteur privé (dont 45% dans un seul hôpital privé). Selon la Comco, une telle répartition des parts de marché ne saurait permettre à elle seule de déterminer l'existence d'une position dominante.<sup>83</sup>

Dans la mesure où le client d'une assurance complémentaire est couvert pour l'intégralité des coûts et ne connaît pas les coûts facturés, il y a une absence de concurrence actuelle sur les prix. Le choix du client se fait sur la qualité perçue de l'hôpital (recommandation du médecin généraliste et confiance à l'égard du chirurgien, etc.). Les indications sur la qualité effective (nombre de faux diagnostics, suivi des standards de qualité, etc.) ne sont pas publiées en Suisse, ce qui engendre une absence de concurrence actuelle sur la qualité.<sup>84</sup> L'absence de concurrence actuelle sur les prix et la qualité engendre une absence de puissance d'achat des patients.<sup>85</sup>

Sur la base des réponses des assureurs, la Comco estime qu'une entrée sur le marché dans les cinq prochaines années n'est pas probable. Même si les mouvements des patients vers des hôpitaux hors du marché géographique pertinent deviennent plus fréquents, ces nouveaux hôpitaux n'exerceraient pas une pression concurrentielle suffisante.<sup>86</sup>

La Comco conclut à une position dominante sur les deux marchés en cause.<sup>87</sup>

La Comco rappelle qu'il est illicite, pour une entreprise dominante, soit de handicaper d'autres entreprises dans l'entrée sur le marché ou l'exercice de la concurrence soit de désavantager des cocontractants sauf si cela est justifié objectivement.<sup>88</sup> La Comco considère le fait que l'entreprise dominante aligne

<sup>82</sup> Cf. Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern, § 153.

<sup>83</sup> *Ibid.*, § 156.

<sup>84</sup> *Ibid.*, § 157 ss.

<sup>85</sup> *Ibid.*, § 160.

<sup>86</sup> *Ibid.*, § 161.

<sup>87</sup> *Ibid.*, § 170.

<sup>88</sup> *Ibid.*, § 173.

son comportement sur celui d'une entreprise non dominante dans la même situation comme une justification.<sup>89</sup>

Le premier abus étudié est l'imposition de prix abusivement élevés. La Comco identifie deux méthodes d'analyse : la comparaison avec des marchés comparables et la comparaison avec les coûts de l'entreprise. La Comco indique que les assureurs ne se plaignent pas du niveau des prix de la plupart des conventions.<sup>90</sup> Selon les assureurs, les prix des hôpitaux publics dans le marché pertinent sont dans la norme des prix des hôpitaux suisses et même légèrement inférieurs aux prix des hôpitaux privés.<sup>91</sup> Une comparaison effective avec les prix des hôpitaux publics d'autres cantons suisses soulève le problème que dans ces autres cantons, les hôpitaux publics peuvent également se trouver en position dominante.<sup>92</sup> Une comparaison avec les prix des prestations de l'assurance de base est également exclue.<sup>93</sup> Malgré les critiques dogmatiques, la Comco procède à une comparaison avec les prix d'autres hôpitaux publics en Suisse.<sup>94</sup> La Comco conclut que sur la base de cette comparaison, elle ne trouve pas suffisamment d'éléments pour procéder à une recherche approfondie d'une fixation abusivement élevée des prix des hôpitaux publics de Lucerne. Elle note cependant que les prix des hôpitaux publics suisses pourraient être trop élevés en général.<sup>95</sup>

Le second abus étudié est la subvention des prestations sous le régime de l'assurance de base par des prestations sous le régime de l'assurance complémentaire (privée ou semi-privée).<sup>96</sup> La Comco note que ces subventions croisées peuvent résulter de la loi, auquel cas, elles ne doivent pas être interdites par le droit de la concurrence.<sup>97</sup> La Comco établit qu'il n'y a pas assez d'éléments dans le cas particulier pour justifier une enquête approfondie sur les coûts.<sup>98</sup>

La Comco conclut à l'absence d'abus de position dominante.<sup>99</sup>

---

<sup>89</sup> *Ibid.*, § 175.

<sup>90</sup> *Ibid.*, § 177 ss.

<sup>91</sup> *Ibid.*, § 184.

<sup>92</sup> *Ibid.*, § 186.

<sup>93</sup> *Ibid.*, § 188.

<sup>94</sup> *Ibid.*, § 191 ss.

<sup>95</sup> *Ibid.*, § 210.

<sup>96</sup> *Ibid.*, § 215 ss.

<sup>97</sup> *Ibid.*, § 216.

<sup>98</sup> *Ibid.*, § 222.

<sup>99</sup> *Ibid.*, § 234.

## D. Analyse de la jurisprudence suisse

### 1. Position dominante

Un débat qui devrait se développer à la suite de l'adoption des Lignes directrices européennes concerne la possibilité de constater une position dominante en présence de parts de marché faibles. Les Lignes directrices introduisent une présomption réfragable qu'en présence d'une part de marché inférieure à 40% il n'y a pas de position dominante, mais évitent soigneusement d'établir une présomption irréfragable (safe harbour). En Suisse, la jurisprudence n'a pas tranché la question. Tout au plus se limite-t-elle à renvoyer à la doctrine.<sup>100</sup> La doctrine suisse considère qu'une part de marché inférieure à 40% ne permet pas de conclure à l'existence d'une position dominante, à moins qu'il existe d'importantes barrières à l'entrée.<sup>101</sup> Certains suggèrent un «safe harbour» pour les parts de marché inférieures à 20% en prenant le soin d'ajouter «sauf structure particulière du marché»<sup>102</sup>, ce qui indique qu'il ne s'agit pas d'un véritable safe harbour. Dans les arrêts étudiés, on notera que les hôpitaux publics de Lucerne sont considérés dominants dans le secteur privé bien que leurs parts de marché de 37% soient inférieures à celle d'un seul hôpital privé (45%). Si cette approche peut sembler peu problématique dans un arrêt qui conclut à l'absence d'abus de position dominante, on rappellera que la constatation d'une position dominante engendre des conséquences pour l'entreprise, en particulier une obligation de notification de toute concentration d'entreprises conformément à l'art. 9 al. 4 LCart. La constatation d'une position dominante ne saurait donc être prise à la légère et il est souhaitable que la Comco amorçe une réflexion relative à la possibilité d'une présomption irréfragable en la matière.

Parmi les points positifs de l'évolution récente en matière d'abus de position dominante, on relèvera que pour la Comco, au même titre que pour la Commission européenne, l'existence de parts de marché élevées ne permet pas forcément de conclure à l'existence d'une position dominante. Comme l'illustre la décision sur la terminaison en matière de téléphonie mobile de 2008, la Comco estime qu'une évaluation de la concurrence actuelle et potentielle est nécessaire même en présence d'une situation de monopole.

<sup>100</sup> Cf. Ordonnance de mesures provisionnelles du 12 février 2004, Switzzernet SàRL/TDC Switzerland AG, DPC 2004 IV p. 1227 ; à noter cependant que la position dominante a été considérée comme vraisemblable dans le cas particulier alors que l'entreprise possédait une part de marché de 20%.

<sup>101</sup> Cf. Pierre TERCIER, Christan BOVET, op. cit., p. 209 et auteurs cités.

<sup>102</sup> Cf. Pierre TERCIER, Christan BOVET, op. cit., p. 209, citant également Roger ZÄCH, *Kontrolle des Verhaltens marktbeherrschender Unternehmen*, in : MEIER-SCHATZ, *Das neue Kartellgesetz*, Berne/Stuttgart/Vienne, 1998, p. 117ss proposant un safe harbour jusqu'à une part de marché de 30%.

Cette approche est confirmée dans la décision *Documed* dans laquelle la Comco étudie les entrées dans le marché survenues dans le passé et la puissance d'achat compensatrice des clients malgré le fait que *Documed* se trouve en position de monopole de fait.

D'un point de vue plus critique, on constate que l'approche de la Comco n'est pas toujours aussi complète. On notera notamment l'approche sommaire de la concurrence potentielle dans la décision *Documed*. La Comco y déclare simplement que la concurrence actuelle est faible et qu'elle n'a pas connaissance de possibles futurs nouveaux entrants sur le marché. Elle n'étudie cependant pas si les concurrents actuels, marginaux pour l'instant, pourraient développer leur part de marché. Le simple fait que des concurrents existants ont une part de marché faible ne saurait cependant permettre de conclure que l'entreprise dominante peut se comporter de façon indépendante sur le marché. Ce n'est pas dans la situation actuelle mais dans la perspective d'une augmentation du prix par l'entreprise dominante, qu'il faut étudier si les concurrents peuvent augmenter leurs parts de marché.

## 2. *Abus de position dominante*

Par les Lignes directrices, la Commission européenne semble concentrer son intervention sur le bienfait pour le consommateur, en ciblant les «évictions préjudiciables pour les consommateurs».<sup>103</sup> On regrettera que la Comco, même dans la récente décision concernant les hôpitaux publics de Lucerne, utilise encore une définition de l'abus qui ne mentionne ni le bienfait ni le méfait pour le consommateur de la pratique concernée.

On peut évoquer avec un certain scepticisme l'analyse des pratiques abusives d'exclusion fondée sur le modèle des CMMLT si elle devait être importée en Suisse. Les arrêts récents de la Comco illustrent sa volonté d'utiliser cette structure de coûts pour étudier des pratiques abusives d'exploitation. Cette méthode a notamment été utilisée dans la décision *Documed* étudiée ci-dessus et dans la décision *Swisscom Mobile* de 2007<sup>104</sup>, qui n'est pas abordée ici. Alors que les Lignes directrices utilisent le CMMLT pour fixer le prix minimum que l'entreprise dominante peut exiger, la pratique de la Comco utilise le CMMLT pour fixer le prix maximum que l'entreprise dominante peut exiger. Si l'approche européenne en la matière devait être reprise par la Comco, l'entreprise dominante se verrait obliger de fixer son prix au niveau du CMMLT. Un prix inférieur au CMMLT serait prédatore, un prix supérieur au CMMLT serait disproportionné. Dans les deux cas, l'entreprise pourrait être sanctionnée.

<sup>103</sup> Cf. Lignes directrices, § 19.

<sup>104</sup> Cf. Comco, *Terminierung Mobilfunk*, 5 février 2007, § 243 ss.

L'arrêt *Documed* illustre une critique formulée également au niveau européen à l'égard de l'analyse fondée sur le CMMLT : la difficulté de trouver les informations nécessaires à la constatation d'un abus. La Comco indique elle-même que l'information disponible est insuffisante et que les incertitudes sont trop nombreuses pour déterminer si *Documed* pratique des prix abusifs. Dans l'arrêt sur les hôpitaux publics du canton de Lucerne, on constate que de nombreuses conclusions reposent principalement sur les réponses données par les assureurs aux questionnaires de la Comco. La Comco semble ignorer que ces informations ne sont pas accessibles à l'entreprises avant son enquête. Il y a là encore une fois des éléments de forte insécurité juridique.

Cette insécurité juridique est présente également quand l'infraction est déterminée en fonction de structure de coûts ou de prix d'un concurrent ou d'une entreprise dans un pays tiers. Ici encore, la critique a déjà été formulée au niveau européen. La Comco a reconnu les limites d'une comparaison avec les prix dans d'autres marchés géographiques dans sa décision sur les hôpitaux publics à Lucerne en rappelant que les autres marchés géographiques pouvaient également être dominés par une entreprise. Une remarque identique s'applique pour la comparaison avec une entreprise en situation de monopole en France dans la décision *Documed*.

### 3. *Justifications*

On notera avec intérêt que la Comco accepte dans sa décision sur les hôpitaux publics de Lucerne que l'alignement du comportement de l'entreprise dominante sur ses concurrents constitue une justification pour un comportement *a priori* abusif. Cette justification peut être saluée alors qu'elle a été supprimée des Lignes directrices européennes après avoir figuré dans le document préparatoire.<sup>105</sup> On notera également que la Comco reconnaît comme justification dans la décision sur la terminaison en matière de téléphonie mobile en 2008 le fait que les conditions commerciales de l'entreprise dominante ne soient pas significativement différentes de celles qui s'appliqueraient en cas de concurrence efficace.

## E. Conclusion

L'approche suisse reste en de nombreux points conformes à l'approche européenne. On notera en particulier l'absence de véritable safe harbour pour des parts de marché faibles, l'utilisation de modèle de coûts pour l'étude des

<sup>105</sup> Cf. PRIETO CATHERINE/ SIBONY ANNE-LISE/ WACHSMANN ANNE, op.cit., p. 121. On indiquera cependant que le fait que cette justification n'apparaisse pas dans les Lignes directrices ne signifie pas qu'une telle justification sera systématiquement rejetée par la Commission européenne ou la Cour de Justice.

abus ou les conditions des justifications de ces derniers. A ce titre, la doctrine suisse peut se faire l'écho des remarques aussi bien positives que négatives de la doctrine européenne. Les divergences mineures entre la pratique suisse et la pratique européenne peuvent parfois être saluées, comme dans le cas de la reconnaissance expresse de l'alignement sur les concurrents comme justification d'un abus, et parfois soulever certaines critiques, tel que dans le cas de l'utilisation du CMMLT pour établir l'existence de prix abusifs.

On notera également que si l'approche de type économique doit être en principe saluée, la collecte de données sur les structures de coûts ou de prix qui sont nécessaires afin de constater l'existence d'une position dominante ou l'existence d'abus, soulève de grandes difficultés, dans la mesure où de telles données sont souvent inexistantes. Elles sont inexistantes non seulement pour la Comco qui rencontre des difficultés à rendre une décision satisfaisante mais elles sont inexistantes surtout pour les entreprises qui se trouvent dans l'incapacité de juger si leur comportement est anticoncurrentiel ou non. La sécurité juridique dans ce domaine doit impérativement être développée.

### III. Datentransfer Schweiz – EU<sup>106</sup>

Am 1. Januar 2008 kam das revidierte Bundesgesetz über den Datenschutz (Datenschutzgesetz, DSG) in Kraft. Die Übergangsfrist für die Meldepflichten der Inhaber von Datensammlungen ist am 31. Dezember 2008 abgelaufen.

Ab Januar 2009 besitzt die Schweiz eine Gesetzgebung zum Schutz von Personendaten, welche mehr Transparenz bei der Bearbeitung von Personendaten schafft, insbesondere durch die Einführung einer Informationspflicht gegenüber den betroffenen Personen. Im Weiteren wurde die grenzüberschreitende Datenbekanntgabe neu geregelt: Auf die Meldepflicht für die Übermittlung von Datensammlungen ins Ausland wurde verzichtet, soweit die Persönlichkeit der betroffenen Personen nicht gefährdet ist.

Vor diesem Hintergrund soll aufgezeigt werden, welche Auswirkung das neue Datenschutzgesetz **auf den Datentransfer zwischen EU-Ländern und der Schweiz** hat. Ein besonderer Blick soll dabei auf die Datenübermittlung innerhalb von internationalen Unternehmen geworfen werden.

---

<sup>106</sup> Dieser Teil wurde bearbeitet durch LORENZA FERRARI HOFER.

## A. Datenschutz in der Schweiz

### 1. Grundsätze

Bei der Bearbeitung von Personendaten – also Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen – gilt der allgemeine Grundsatz, wonach die **Persönlichkeit der betroffenen Personen nicht widerrechtlich verletzt werden darf** (Art. 12 Abs. 1 DSG).

Im Allgemeinen müssen alle Stufen der Datenbeschaffung und Datenbearbeitung (i) **rechtmässig** erfolgen, (ii) den Prinzipien von **Treu und Glauben** und **Verhältnismässigkeit** entsprechen und (iii) der **Zweck der Datenbearbeitung muss für die betroffenen Personen erkennbar** sein, indem er bei der Beschaffung angegeben wird, aus den Umständen ersichtlich wird oder vom Gesetz vorgesehen ist (Art. 4 Abs. 4 DSG).

Im Einzelnen muss jede Datensammlung und -bearbeitung (i) durch die Einwilligung der betroffenen Person, (ii) durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder (iii) durch das Gesetz gerechtfertigt sein (Art. 13 DSG).

Eine **Einwilligung der betroffenen Person** vermag eine Persönlichkeitsverletzung jedoch nur dann zu rechtfertigen, wenn sie auf einer angemessenen Information beruht und im Falle der Bearbeitung von Persönlichkeitsprofilen oder besonders schützenswerter Personendaten ausdrücklich erfolgt (Art. 4 Abs. 5 DSG). Werden besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile bearbeitet und ins Ausland übermittelt, dann muss die betroffene Person aktiv informiert werden: Ihr sind der Inhaber der Datensammlung, der Zweck der Datenbeschaffung sowie die Kategorien der allfälligen Datenempfänger mitzuteilen. Diese Informationspflicht entfällt nur, wenn die Datenspeicherung und -bekanntgabe ausdrücklich vom Gesetz vorgesehen sind oder die Information der betroffenen Person nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand möglich ist (Art. 7a DSG).

Darüber hinaus müssen die gesammelten Daten **richtig** sein (Art. 5 Abs. 1 DSG) und **vor unbefugtem Bearbeiten gesichert** werden (Art. 7 Abs. 1 DSG).

### 2. Grenzüberschreitende Datenübermittlung

Werden die in der Schweiz gesammelten Personendaten ins Ausland übermittelt – darunter fällt bereits das Einsichtsgewähren in einer Online-Datenbank aus dem Ausland – so ist dies nur zulässig, wenn das Bekanntgabeland über eine Gesetzgebung verfügt, die einen **angemessenen Datenschutz** gewährleistet (Art. 6 Abs. 1 DSG).

Die Länder mit angemessenem Datenschutz sind in einer unverbindlichen Liste<sup>107</sup> des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) aufgeführt. Dazu zählen – zumindest was den Datenschutz von natürlichen Personen betrifft – die Länder der Europäischen Union.

Die Datenbekanntgabe ins Ausland ist auch in Ländern ohne genügende Gesetzgebung zulässig, sofern eine der folgenden Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 lit. a bis f DSG gegeben ist:

- **hinreichende Garantien** gewährleisten einen angemessenen Schutz – namentlich durch Vereinbarung von vertraglichen Datenschutzklauseln oder durch Beitritt zu freiwilligen Regelwerken, wie dem «US Safe Harbor Privacy Framework»;
- die betroffene Person hat im Einzelfall und nach angemessener Information **eingewilligt**;
- die Bearbeitung steht im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Abschluss oder der **Abwicklung eines Vertrags** und es handelt sich um die Personendaten des Vertragspartners;
- die Bekanntgabe ist im Einzelfall für die **Wahrung eines überwiegenden öffentlichen Interesses** oder für die Feststellung, Ausübung oder Durchsetzung von **Rechtsansprüchen vor Gericht** unerlässlich;
- die Bekanntgabe ist **im Einzelfall erforderlich**, um das Leben oder die körperliche Integrität der betroffenen Person zu schützen;
- die betroffene Person hat die **Daten allgemein zugänglich** gemacht, ohne die Bearbeitung derselben ausdrücklich zu untersagen; oder
- die beteiligten **Unternehmen innerhalb eines Konzerns** haben verbindliche Datenschutzregeln aufgestellt, die einen angemessenen Schutz gewährleisten, und halten diese ein.

**Konzerninterne Datenschutzregeln**, die einen angemessenen Schutz gewährleisten, haben mindestens die Garantien vorzusehen, die in den Verträgen für den internationalen Datentransfer enthalten sein müssen, und sollen über (i) die Identität des Datenübersenders und des Empfängers, (ii) die Kategorien der zu übermittelnden Daten, (iii) die Zwecke der Übermittlung, (iv) die Kategorien der betroffenen Personen, und (v) die Aufbewahrungsdauer Auskunft geben. Die Datenschutzregeln müssen auch das Auskunfts- und

---

<sup>107</sup> Siehe [www.edoeb.admin.ch/themen/00794/00827/index.html?lang=de](http://www.edoeb.admin.ch/themen/00794/00827/index.html?lang=de) (zuletzt besucht am 8. Juli 2009).

Berichtigungsrecht sowie die Klagerechte der betroffenen Personen und einen Kontrollmechanismus vorsehen.<sup>108</sup>

Über den Abschluss von Datenübermittlungsverträgen und konzerninterne Datenschutzregeln ist der EDÖB zu informieren (Art. 6 Abs. 3 i.V.m. Art. 11a DSG).

Die Voraussetzungen von Art. 6 DSG für die grenzüberschreitende Datenübermittlung müssen kumulativ zu den weiteren Bearbeitungsgrundsätzen des DSG vorhanden sein. Dies bedeutet insbesondere, dass die Datenübermittlung und deren Zweck für die betroffenen Personen erkennbar sein und dass die nötigen Sicherheitsvorkehrungen (gemäss Art. 7 Abs. 1 DSG) getroffen werden müssen.<sup>109</sup>

## B. Datenschutz in den EU-Ländern

In der EU dient der Datenschutz grundsätzlich der **Sicherung der Persönlichkeit natürlicher Personen** beim freien Verkehr von Daten als Teil der Verwirklichung des Binnenmarkts.<sup>110</sup> Der Datenschutz ist in Richtlinien verankert und als solcher nur für die Mitgliedsstaaten, aber nicht für die Gemeinschaft oder für die Union selbst, verbindlich.

Die **Richtlinie 95/46/EG** zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutzrichtlinie, RL 95/56)<sup>111</sup> wurde 1995 nach langjährigen Verhandlungen angenommen und enthält die wesentlichen Grundsätze zur Verarbeitung von Personendaten, die in den nationalen Gesetzgebungen der Mitgliedsstaaten umzusetzen sind.

Die Datenschutzrichtlinie ist durch die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation<sup>112</sup> ergänzt worden, die den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation sicherstellen soll und eine bereichsspezifische Ergänzung der RL 95/56 darstellt.

<sup>108</sup> Erläuterungen zur Übermittlung von Personendaten ins Ausland, auf [www.edoeb.admin.ch](http://www.edoeb.admin.ch) (zuletzt besucht am 8. Juli 2009).

<sup>109</sup> ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 6 N 2.

<sup>110</sup> Als Rechtsgrundlage dient Art. 95 EGV i.V.m. Art. 14 EGV.

<sup>111</sup> ABl. 1995 L 281 31.

<sup>112</sup> Richtlinie 2002/58/EG vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, ABl. 2002 L 201 37. Die 2002-Richtlinie ersetzt die 1997 verabschiedete EG-Telekommunikations-Datenschutzrichtlinie, Richtlinie 97/66/EG vom 15. Dezember 1997 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation, ABl. 1998 L 24 1.

Im Allgemeinen kann festgehalten werden, dass sich Grundsätze der Datenverarbeitung, zumindest im Ansatz und ähnlich wie für das schweizerische Recht, bereits in der Datenschutzkonvention des Europarates finden.

### 1. Grundsätze

Nach den EU-Datenschutzrichtlinien ist – gleich wie im schweizerischen Datenschutzrecht – grundsätzlich nur eine **rechtmässige Verarbeitung** von Personendaten nach dem Grundsatz von Treu und Glauben erlaubt (Art. 6 (1) (a) RL 95/56).

Dieser Mindestgrundsatz ist durch das allgemeine Erfordernis der Datenverarbeitung **für festgelegte eindeutige und rechtmässige Zwecke** (Art. 6 (1) (b) RL 95/56) und die Grundsätze der **Erforderlichkeit** der Datenverarbeitung (Art. 6 (1) (e) RL 95/56) und der **Datenqualität** (Art. 6 (1) (d) RL 95/56) ergänzt.

Im Einzelnen darf eine Verarbeitung von Personendaten nach innerstaatlichem Recht nur dann erfolgen – im Sinne eines Verbots mit Erlaubnisvorbehalt –, wenn eine (gesetzlich verankerte) Rechtfertigung vorliegt<sup>113</sup>, namentlich wenn:

- die zweifelsfreie **Einwilligung** der betroffenen Person, also eine Willensbekundung, die ohne Zwang und in Kenntnis der Sachlage erfolgt, vorliegt;
- die Datenverarbeitung zur **Erfüllung eines Vertrags** mit der betroffenen Person erforderlich ist;
- die Datenverarbeitung für die **Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung** notwendig ist;
- die Datenverarbeitung der **Wahrung lebenswichtiger Interessen** der betroffenen Person dient;
- eine **Aufgabe im öffentlichen Interesse** oder in **Ausübung hoheitlicher Gewalt** wahrzunehmen ist oder
- eine **Interessenabwägung** zugunsten des berechtigten Interesses der datenverarbeitenden Person die Datenverarbeitung rechtfertigt, sofern keine Grundrechte der betroffenen Person verletzt werden.

Für die Verarbeitung besonders schützenswerter Personendaten kommen strengere Regeln zur Anwendung (Art. 8 RL 95/56).

---

<sup>113</sup> Art. 7 RL 95/56 enthält die Erlaubnistatbestände der Verarbeitung von Personendaten.

Eine rechtmässige Verarbeitung setzt im Weiteren die Einhaltung von formellen Verarbeitungsbedingungen voraus, wie die Datensicherung (Art. 17 RL 95/56) und die Vertraulichkeit (Art. 16 RL 95/56). Bei der vollständig oder teilweise automatisierten Verarbeitung von Personendaten und bei einer Mehrzahl von Verarbeitungen besteht zudem eine Meldepflicht bei den nationalen Kontrollstellen (Art. 18 (1) RL 95/56).

## 2. *Grenzüberschreitende Datenübermittlung*

Was die Datenübermittlung in andere Staaten betrifft, ist zuerst festzuhalten, dass **zwischen den Mitgliedsstaaten der Datenverkehr frei** ist und nicht beschränkt oder untersagt werden kann (Art. 1 (2) RL 95/46).

Werden Daten ausserhalb der EU übermittelt, dann ist der Transfer nur zulässig, wenn das Empfangsland ein **angemessenes Schutzniveau** bietet (Art. 25 (1) RL 95/56). Die Angemessenheit des Datenschutzes wird unter Berücksichtigung aller Umstände und im Einzelfall beurteilt, d.h. die Umstände betreffend die Art der Personendaten, die Zweckbestimmung und die Dauer der geplanten Verarbeitung.<sup>114</sup> Einzelne Staaten, darunter die Schweiz, sind zudem als Länder mit angemessenem Schutzniveau von der EU-Kommission ausdrücklich anerkannt worden.<sup>115</sup>

Die einzelnen Mitgliedstaaten können zudem **Ausnahmeregelungen** treffen, welche Datenübermittlungen auch in Länder erlauben, die kein angemessenes Datenschutzniveau vorsehen, soweit die Bedingungen eingehalten werden, welche sonst die Datenverarbeitung nach Artikel 7 lit. a-f RL 95/56 rechtfertigen (Art. 26 (1) RL 95/56).

Ausserdem besteht die Möglichkeit einer einzelfallbezogenen Genehmigung von Datenübermittlungen, wenn der Verantwortliche der Verarbeitung ausreichende Garantien, namentlich durch den Abschluss von Verträgen, gewährleistet, die den gesamten Umfang der Datenübermittlung betrifft (Art. 26 (2) RL 95/56). Aufgrund dieser Bestimmung hat die EU-Kommission **Stan-**

<sup>114</sup> Die Richtlinie 95/56 definiert die Elemente der Angemessenheit nicht, sondern listet die Merkmale auf, die zu berücksichtigen sind. Dabei liegt ein angemessenes Schutzniveau vor, wenn der Kernbestand der Privatsphäre, so wie er in den Mitgliedsstaaten übereinstimmend verstanden wird, im Wesentlichen geschützt ist, siehe EHMANN/HELFRICH, Art. 15 N 3ff. Zur Angemessenheit siehe auch das Arbeitspapier der Gruppe gemäss Art. 29 – Erste Leitlinien für die Übermittlung personenbezogener Daten in Drittländer – Mögliche Ansätze für eine Bewertung der Angemessenheit, DG MARKT D/5020/97, [http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/workinggroup/wpdocs/1997\\_de.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/workinggroup/wpdocs/1997_de.htm) (zuletzt besucht am 8. Juli 2009).

<sup>115</sup> Entscheidung der Kommission vom 26. Juli 2000 gemäß der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Angemessenheit des Schutzes personenbezogener Daten in der Schweiz.

**Standardvertragsregelungen** erlassen, die den Datentransfer in Länder, die kein angemessenes Datenschutzniveau besitzen, ermöglichen.<sup>116</sup>

### C. Datentransfer zwischen der Schweiz und den EU-Ländern

Werden Personendaten zwischen der Schweiz und den Ländern der Europäischen Union ausgetauscht, dann ist die Datenübermittlung grundsätzlich erlaubt, da beide Regelungen – zumindest was den Datenschutz von Daten natürlicher Personen betrifft – **einen adäquaten Datenschutz** enthalten und sich als äquivalent erweisen.

Wenn es um die einzelnen Voraussetzungen für die Datenübermittlung geht, dann bestehen weiterhin gewisse Unterschiede.

#### 1. Übertragung von Personendaten aus der Schweiz in ein EU-Land

Werden Personendaten aus der Schweiz in ein EU-Land übermittelt, dann muss die Übermittlung, wie auch die vorausgehende Sammlung der Daten, **für die betroffenen Personen erkennbar** sein (Art. 4 Abs. 4 DSG).

Dies hat in den meisten Fällen zur Folge, dass die betroffene Person über die einzelnen Elemente der grenzüberschreitenden Datenübermittlung informiert werden muss und zwar (i) über die Kategorien der Personendaten, (ii) den Zweck der Übermittlung sowie (iii) die Kategorien der Empfänger der Daten im Ausland. Erfolgt diese Information nicht, dann ist die Datenübermittlung grundsätzlich rechtswidrig.

Ob in diesem Fall die Rechtswidrigkeit durch die Rechtfertigungsgründe von Artikel 13 DSG, also durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch das Gesetz, geheilt werden kann, ist weiterhin umstritten. Diese Möglichkeit wurde zwar von der nationalrätlichen Kommission grundsätzlich verworfen, aber ein Teil der Lehre befürwortet eine allgemeine Interessenabwägung auch bei der Überprüfung der Erkennbarkeit der Datenverarbeitung und somit die Möglichkeit einer Rechtfertigung der Datenbearbeitung ohne Mitwirkung der betroffenen Personen nach Artikel 13 DSG, vor allem wenn eine vorausgehende Information nach der allgemeinen Lebenser-

---

<sup>116</sup> Siehe «Standardvertrag II, Standardvertragsklauseln für die Übermittlung personenbezogener Daten aus der Gemeinschaft in Drittländer (Übermittlung zwischen für die Datenverarbeitung Verantwortlichen)», in: Entscheidung der Kommission vom 27. Dezember 2004 zur Änderung der Entscheidung 2001/497/EG bezüglich der Einführung alternativer Standardvertragsklauseln für die Übermittlung personenbezogener Daten in Drittländer, ABl. 2004 L 385 74.

fahrung unverhältnismässig oder unmöglich ist.<sup>117</sup> Der Verzicht auf eine solche Information würde insbesondere die Bearbeitung von Personendaten innerhalb eines Konzerns aus Gründen der «Corporate Governance», beispielsweise für interne Auditing oder Kontrollzwecke, vereinfachen. Dabei ist es fraglich – wenn nicht gar realitätsfremd – ob die betroffenen Angestellten und Lieferanten über die konzerninternen Kontrollinstrumente detailliert und im Voraus informiert werden müssen.

Die Interessenabwägung nach Artikel 13 DSGVO kann die Unangemessenheit des Datenschutzniveaus im Ausland jedoch nicht heilen.<sup>118</sup> Werden also **Personendaten über juristische Personen** in ein EU-Land übermittelt, dann wird oft zusätzlich der Abschluss eines separaten Datenübermittlungsvertrags oder die Vereinbarung von konzerninternen verbindlichen Datenschutzregeln benötigt, da die Mehrheit der EU-Länder den Datenschutz von juristischen Personen nicht kennen.<sup>119</sup> Über solche zusätzlichen Datenschutzgarantien ist der EDÖB im Voraus zu informieren.

Ansonsten sind für die Datenübermittlung in die EU-Länder keine weiteren Voraussetzungen zu erfüllen.

## 2. *Übertragung von Personendaten aus den EU-Ländern in die Schweiz*

Werden Personendaten aus einem EU-Land in die Schweiz übermittelt, dann kann dies grundsätzlich – und dies im Gegensatz zur Datenübermittlung aus der Schweiz in ein EU-Land – auch **ohne die Kenntnisnahme der betroffenen Personen** erfolgen, wenn die Übermittlung zur Verwirklichung der berechtigten Interessen des für die Verarbeitung Verantwortlichen erfolgt, vorausgesetzt die Grundrechte der betroffenen Person bleiben unangetastet (Art. 7 (f) RL 95/56). Welche Interessen des Datensammlers überhaupt überwiegen und inwieweit der Schutz der Persönlichkeit der betroffenen Personen eingeschränkt werden darf, lässt sich nur aufgrund der nationalen Datenschutzregelungen entscheiden. Am Beispiel der deutschen Gesetzgebung wird jedoch klar, dass eine Datenverarbeitung ohne die Mitwirkung der betroffenen Personen nur in Einzelfällen, also bei besonders schützenswerten Belangen des Datenverarbeiters, vorgehen und dass zwischen den schützenswerten Interessen der betroffenen Person und den Interessen an der Erhebung immer eine Abwägung im Einzelfall stattfinden muss.<sup>120</sup>

<sup>117</sup> ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 Abs. 4 N 59.

<sup>118</sup> ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 13 Abs. 1 N 1.

<sup>119</sup> Siehe Länderliste auf [www.edoeb.admin.ch/themen/00794/00827/index.html?lang=de](http://www.edoeb.admin.ch/themen/00794/00827/index.html?lang=de) (zuletzt besucht am 15. Juli 2009).

<sup>120</sup> S. SIMITIS (Hrsg), § 4 N 36 f.

## D. Datentransfer in internationalen Unternehmen

Die Datenübertragung innerhalb eines internationalen Konzerns mit Tochtergesellschaften in der Schweiz und in der EU ist durch die Revision des schweizerischen Datenschutzgesetzes vereinfacht worden.

In Bezug auf die Personendaten der Arbeitnehmer war ein unkomplizierter Datenaustausch bereits vorher möglich, da die schweizerische und die EU-Gesetzgebung im Bereich des Datenschutzes von natürlichen Personen seit längerem äquivalent sind.

Nun wird der Datenaustausch auch für die Personendaten juristischer Personen aus der Schweiz ins Ausland vereinfacht. Die Datenbekanntgabe ins Ausland innerhalb eines Konzerns ist auch in EU-Länder ohne genügende Gesetzgebung zulässig, wenn die beteiligten Unternehmen Datenschutzregeln unterliegen, die einen angemessenen Schutz gewährleisten. Damit wird der internationale Datentransfer innerhalb eines Konzerns privilegiert (Art. 6 Abs. 2 lit. g DSG).

Datenschutzregeln, die einen angemessenen Schutz gewährleisten, haben mindestens die Elemente zu enthalten, die der EDÖB für den internationalen Datentransfer empfiehlt, namentlich:

- Auflistung der Verwendungszwecke nach Datenkategorien unterteilt;
- Verbindliche Vereinbarung des Zweckbindungsgrundsatzes;
- Gewährung der Rechte der betroffenen Personen (insb. Auskunfts- und Berichtigungsrechte);
- Verbot der Weitergabe der Daten an Dritte;
- Gewährleistung der Datensicherheit entsprechend der Sensibilität der Daten; und
- Statuierung der Schadenersatzpflicht des Datenempfängers bei Vertragsverletzung.

Die Möglichkeit einer vereinfachten grenzüberschreitenden Datenübermittlung innerhalb eines Konzerns durch die Vereinbarung von verbindlichen Unternehmensregelungen sieht auch das Gemeinschaftsrecht in Artikel 26 (2) RL 95/56 vor. Der Mindestinhalt dieser Unternehmensregelungen entspricht weitgehend den vom EDÖB verlangten Anforderungen.<sup>121</sup>

<sup>121</sup> Zum Inhalt von verbindlichen Unternehmensregelungen siehe auch Muster-Checkliste – Antrag auf Genehmigung verbindlicher Unternehmensregelungen, Artikel-29-Datenschutzgruppe, 12110/04/WP102, [http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/workinggroup/wpdocs/2004\\_de.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/workinggroup/wpdocs/2004_de.htm) (zuletzt besucht am 8. Juli 2009).

## **E. Schlussfolgerungen**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die grenzüberschreitende Datenübermittlung zwischen der Schweiz und den EU-Ländern durch die Revision des schweizerischen DSG grundsätzlich erleichtert worden ist, da sich die Datenübermittlung auf sehr ähnliche Grundsätze stützt und das Schutzniveau in beiden Rechtssystemen angemessen und äquivalent ist. Diese Erleichterung ist vor allem für den Datenverkehr innerhalb von internationalen Konzernen, die Tochtergesellschaften in verschiedenen Ländern Europas haben, von grosser praktischer Bedeutung.

## **F. Literatur**

**EHMANN EUGEN, HELFRICH MARCUS**

EG Datenschutzrichtlinie, Kurzkomentar, Köln 1999. (*zit.* EHMANN/HELFRICH, Art. ... N ...)

**ROSENTHAL DAVID, JÖHRI YVONNE**

Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich 2008 (*zit.* ROSENTHAL/JÖHRI, Art. ... N ...).

**SIMITIS SPIROS (Hrsg)**

Bundesdatenschutzgesetz, Baden-Baden 2006. (*zit.* SIMITIS, § ... N ...)