



Revision der Vertikalbekanntmachung

Stellungnahmen zu den Vernehmlassungsentwürfen der Vertikalbekanntmachung und der VertBek-Erläuterungen

1. FDP. Die Liberalen
2. Schweizerischer Gewerbeverband
3. Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO)
4. Forum PME
5. ABA Antitrust Law Section
6. GastroSuisse
7. HotellerieSuisse
8. Lenz & Staehelin
9. Promarca Schweizerischer Markenartikelverband
10. Schweizerischer Anwaltsverband
11. Schweizerischer Kosmetik- und Waschmittelverband
12. Stiftung für Konsumentenschutz
13. Studienvereinigung Kartellrecht e.V. Arbeitsgruppe Schweiz
14. Swiss Distribution
15. SwissHoldings
16. Verband freier Autohandel Schweiz
17. Verein für Wettbewerbsökonomik
18. Prof. Dr. Isabelle Chabloz Waidacher
19. Prof. Dr. Massimiliano Vatiéro

Wettbewerbskommission Sekretariat (WEKO)
Hallwylstrasse 4
3003 Bern

Bern, 12. September 2022
WEKO / MZ

Elektronischer Versand:
weko@weko.admin.ch

Revision Vertikalbekanntmachung (VertBek): Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden

Vernehmlassungsantwort der FDP.Die Liberalen

Sehr geehrte Damen und Herren

Für Ihre Einladung zur Vernehmlassung oben genannter Vorlage danken wir Ihnen. Gerne geben wir Ihnen im Folgenden von unserer Position Kenntnis.

FDP.Die Liberalen ist die Rechtssicherheit im täglichen Geschäftsverkehr sowie eine kontinuierliche Anpassung ans europäische Recht und deren Rechtsprechung ein wichtiges Anliegen. Dies ist der einzige Weg eine Isolierung der schweizerischen Märkte zu vermeiden und das internationale Ansehen der Schweizer Wirtschaft zu wahren. Aufgrund dessen wird die Vorlage grundsätzlich von der FDP unterstützt. Mit der Revision der VertBek wurde punktuell die Europakompatibilität erhöht aber zugleich bedauerlicherweise das unvorteilhafte «Swiss-Finish», sprich restriktivere Regeln, beibehalten.

Anlass für die Revision gaben die neuen Europäischen Vertikalleitlinien sowie die neuen praxisrelevanten Fallpraxen der Schweizer Gerichte und der Wettbewerbskommission bzgl. der faktischen Kartellverbote. Unter dieser Harmonisierungsabsichten sind zahlreiche Vorteile vorhanden. Namhaft begrüsst die FDP, dass den Unternehmen grössere Freiheiten hinsichtlich der Strukturierung ihrer Vertriebssysteme und die Möglichkeit von geteilter Alleinvertriebe bis zu fünf Abnehmer gewährt werden.

Nichtsdestotrotz wurde entlang der Übernahmen der EU-Regeln bewusst Ausnahmen generiert umso das «Swiss-Finish» beizubehalten. Dies führt dazu, dass die strengeren kartellrechtlichen Praxen der Schweizer Gerichte sowie der Wettbewerbskommission weiterhin für die hiesigen Verträge mit Inlandauswirkung gelten. Bedauerlicherweise wurde somit verpasst die von der EU-Kommission beschlossene vorteilhaften Erleichterung; bspw. im Zusammenhang der Klarstellung von Wettbewerbsverbote oder Lockerung der Preisbindung zweiter Hand, in unsere Rechtsordnung zu übernehmen.

Die FDP wird sich weiterhin stark machen dem Verbesserungsbedarf im Kartellrechtbereich, welcher in den meisten Fällen durch zu restriktivere Auslegeordnungen der Fallpraxen geschaffen wird, nachzukommen. Auf dergleichen Handlungsbedarf wurde bereits in der [Vernehmlassungsantwort](#) zur Teilrevision des Kartellgesetzes ausdrücklich hingewiesen und eine berechnigte Forderung auf ein aktuelles und funktionierendes Kartellgesetz gestellt.

Wir danken Ihnen, für die Gelegenheit zur Stellungnahme und für die Berücksichtigung unserer Überlegungen.

Freundliche Grüsse

FDP.Die Liberalen
Der Präsident

Handwritten signature of Thierry Burkart in blue ink.

Thierry Burkart
Ständerat

Der Generalsekretär

Handwritten signature of Jon Fanzun in blue ink.

Jon Fanzun



Wettbewerbskommission
Sekretariat
Hallwylstrasse 4
3003 Bern
Per Email: weko@weko.admin.ch

Bern, 1. September 2022 sgv-Sc

Vernehmlassungsantwort
Revision der Vertikalbekanntmachung und ihrer Erläuterungen

Sehr geehrte Damen und Herren

Als grösste Dachorganisation der Schweizer Wirtschaft vertritt der Schweizerische Gewerbeverband sgv über 230 Verbände und gegen 500 000 KMU, was einem Anteil von 99,8 Prozent aller Unternehmen in unserem Land entspricht. Im Interesse der Schweizer KMU setzt sich der grösste Dachverband der Schweizer Wirtschaft für optimale wirtschaftliche und politische Rahmenbedingungen sowie für ein unternehmensfreundliches Umfeld ein.

Der sgv kann den Änderungen nur dann zustimmen, wenn folgende Mängel an der Vorlage kumulativ behoben werden:

- Die Vorlage hält an der gesetzeswidrigen Fiktion der per se Erheblichkeit fest. Das Parlament hat zwei Motionen verabschiedet, welche diese Fiktion korrigieren, respektive sie unterbinden. Die Wettbewerbskommission und ihr Sekretariat verfügen über keinerlei Legitimierung, diese Fiktion fortzuführen. Sämtliche Bezugnahmen auf diese per se Erheblichkeit sind aus der Vertikalbekanntmachung und aus ihrer Erläuterung zu streichen.
- Gemäss dem Willen des Parlaments sind auch enge Paritätsklauseln als grundsätzlich qualitativ schwerwiegend einzustufen.

Freundliche Grüsse

Schweizerischer Gewerbeverband sgv

Hans-Ulrich Bigler
Direktor

Henrique Schneider
stellvertretender Direktor



CH-3003 Bern

SECO; krp

POST CH AG

per E-Mail

Wettbewerbskommission Sekretariat
Herr Prof. Dr. Patrik Ducrey
Frau Dr. Andrea Graber
Hallwylstrasse 4
3003 Bern

Aktenzeichen: SECO-201-01.0-1/1
Sachbearbeiter/in: Philemon Krähenmann
Bern, 02. September 2022

Stellungnahme SECO zum Vernehmlassungsentwurf vom 5. Juli 2022 der Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden

Sehr geehrter Herr Prof. Dr. Ducrey
Sehr geehrte Frau Dr. Graber

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit, zum Vernehmlassungsentwurf der Vertikalbekanntmachung (VertBek) sowie zu den dazugehörigen Erläuterungen Stellung nehmen zu können.

Wir begrüssen grundsätzlich die Anpassung der VertBek an die Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden und Gerichte. Ebenso unterstützen wir Anpassungen an die revidierte Vertikal-GVO der EU dort, wo dies aufgrund der teilweisen Kompatibilität des schweizerischen und des europäischen Wettbewerbsrechts für die Praxis der Wettbewerbsbehörden in der Schweiz relevant ist. Beides trägt positiv zur Rechtssicherheit bei und wirkt zudem aufwandreduzierend auf Seiten der Unternehmen.

Aus wettbewerbsökonomischer Perspektive befürworten wir im Grundsatz eine möglichst grosse Flexibilität der Unternehmen zu einer effizienten Ausgestaltung der vertikalen Vertriebskette. Insbesondere sollte das Wettbewerbsrecht bestimmte Vertriebswege (z. B. den Online-Handel) weder speziell fördern noch behindern. Viele Anpassungen betreffend vertikale Wettbewerbsabreden im Online-Handel scheinen uns in dieser Hinsicht begrüssenswert. Relevant sind hier insbesondere die Klarstellungen, dass ein Verbot der Nutzung von Online-Marktplätzen sowie ein Doppelpreissystem in der Regel zulässig sind.

Nicht direkt ersichtlich ist für uns die Ausnahme hybrider Online-Vermittlungsdienste von der VertBek (VertBek Art. 10 Abs. 4). Demnach gelten die Bestimmungen der VertBek nicht für vertikale Wettbewerbsabreden im dualen Vertrieb von Online-Vermittlungsdiensten, für viele andere Arten des



dualen Vertriebs aber schon. Für solche Online-Vermittlungsdienste gelten somit also tendenziell restriktivere Regeln in Bezug auf vertikale Wettbewerbsabreden. Wir würden eine nähere Begründung für diese Ungleichbehandlung in den Erläuterungen begrüßen.

Schliesslich regen wir an, den Begriff der «Online-Vermittlungsdienste» nicht in den Bekanntmachungen zu definieren, sondern in den Erläuterungen zu umschreiben. Anders als Art. 1 VertBek bis Art. 8 VertBek liefert Art. 9 VertBek keine Begriffsdefinition, sondern höchstens eine vage Begriffsbeschreibung. Wir bezweifeln, dass diese Umschreibung hilft, die im Einzelfall möglicherweise schwierige Einordnung einer Geschäftstätigkeit als Vermittlungsdienst vorzunehmen. Nützlicher wäre es, wenn der Begriff «Online-Vermittlungsdienste» in den Erläuterungen genauer umschrieben würde und die Grenzen zwischen Vermittlungsdienst und klassischen Vertriebsketten anhand von Beispielen illustriert würde.

Für die Berücksichtigung unserer Anliegen bedanken wir uns und stehen für Fragen jederzeit gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Staatssekretariat für Wirtschaft



Dr. Eric Scheidegger
Stv. Direktor SECO, Leiter der Direktion
für Wirtschaftspolitik



Par courriel

comco@comco.admin.ch

Commission de la concurrence (COMCO)
Secrétariat
Hallwylstrasse 4
3003 Berne

Berne, 09.09.2022

Révision de la Communication concernant l'appréciation des accords verticaux

Madame, Monsieur,

Notre commission extraparlamentaire s'est penchée, lors de sa séance du 31 août 2022, sur le projet de révision de la Communication concernant l'appréciation des accords verticaux (CommVert). Nous remercions Mme Andrea Graber Cardinaux et M. Kenji Izumi d'avoir participé à notre réunion et d'y avoir présenté les contours du projet mis en consultation.

Les membres du Forum PME soutiennent l'objectif de la révision, qui est d'assurer que dans la mesure du possible des règles semblables à celles prévalant dans l'Union européenne soient appliquées en Suisse, afin d'éviter l'isolement de notre marché. Ils regrettent cependant que le projet mis en consultation ne permette pas dans tous les cas aux entreprises concernées de savoir clairement quels comportements adopter et ne garantisse ainsi pas complètement leur sécurité juridique. Certains articles sont difficilement lisibles et compréhensibles (comme p.ex. l'art. 15), les explications fournies dans la note explicative et l'aperçu des modifications sont parfois trop brèves ou compliquées. Nous vous recommandons, pour ces raisons, de reformuler le projet de CommVert révisée de façon plus claire, plus compréhensible et plus adaptée à ses destinataires, en particulier les PME (qui représentent 99,7% des entreprises en Suisse).

De manière générale, il n'est pas possible, sur la base des informations fournies, de savoir quels seront les impacts des modifications proposées. Il s'agira à notre avis de faire figurer à l'avenir, lors de prochaines révisions, dans les notes explicatives ainsi que dans l'aperçu des modifications, des informations plus détaillées sur la nature des adaptations proposées et leurs conséquences pour les entreprises potentiellement concernées. Il n'est par ailleurs pas clair, sur la base des informations fournies, si la réglementation proposée contient des dispositions allant au-delà de celles de l'UE (« Swiss finish »). Nous vous recommandons de faire figurer à l'avenir des informations y-relatives dans la documentation accompagnant vos projets.

Forum PME

Holzikofenweg 36, 3003 Berne
Tél. +41 58 464 72 32
kmu-forum-pme@seco.admin.ch
www.forum-pme.ch

Certains de nos membres estiment que la CommVert révisée devrait prendre en compte, dans la mesure du possible, les interventions parlementaires adoptées par les Chambres fédérales (comme p.ex. la motion [18.4282](#) Français), ainsi que les modifications législatives adoptées par le Parlement, qui entreront prochainement en vigueur, comme p.ex. la modification de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (mise en œuvre de la motion [16.3902](#) Bischof).

Nous sommes de l'avis, à ce propos, que des informations complémentaires devraient figurer dans la note explicative CommVert, en ce qui concerne l'utilisation de clauses de parité limitant la liberté des établissements d'hébergement. Un traitement conforme à la nouvelle réglementation adoptée le 17 juin 2022 par le Parlement devra à notre avis être assuré par la COMCO dans son domaine de compétence, immédiatement après que l'article [8a](#) de la loi fédérale contre la concurrence déloyale soit entré en vigueur.

Espérant que nos recommandations seront prises en compte, nous vous prions d'agréer, Madame, Monsieur, nos meilleures salutations. Nous nous tenons volontiers à votre disposition pour toute question éventuelle.



Jean-François Rime
Co-Président du Forum PME
Industriel, représentant de l'Union
suisse des arts et métiers

ASSOCIATION YEAR
2022-2023

CHAIR

Thomas F. Zych, Sr.
Cleveland, OH

CHAIR-ELECT

Fiona A. Schaeffer
New York, NY

**VICE-CHAIR AND
DIVERSITY OFFICER**

Steven J. Cernak
Novi, MI

COMMITTEE OFFICER

Svetlana S. Gans
Washington, DC

**CONSUMER PROTECTION
OFFICER**

Deon Woods Bell
Washington, DC

FINANCE OFFICER

Darren S. Tucker
Washington, DC

IMMEDIATE PAST CHAIR

Jonathan I. Gleklen
Washington, DC

INTERNATIONAL OFFICER

Hartmut Schneider
Washington, DC

MARKETING OFFICER

Paula C. Martucci
Fayetteville, AR

PROGRAMS OFFICER

Scott A. Martin
New York, NY

PUBLICATIONS OFFICER

Renata B. Hesse
Washington, DC

**SECRETARY AND
MEMBERSHIP OFFICER**

Melanie L. Aitken
Washington, DC

SECTION DELEGATES

Arthur J. Burke
New York, NY
Alysa Z. Hutnik
Washington, DC

TECHNOLOGY OFFICER

John Roberti
Washington, DC

COUNCIL MEMBERS

Erica Brown-Lee
Lisa Jose Fales
Jamillia P. Ferris
Ronan P. Harty
Deona Kalala
Krisztian Katona
Gabrielle Kohlmeier
Charles Moore
James O'Connell
Maureen K. Ohlhausen
D. Daniel Sokol
Henry Su
Rebecca Valentine
Koren Wong-Ervin
Judith A. Zahid

**AMERICAN ANTITRUST
INSTITUTE REP**

Diana Moss
Washington, DC

JUDICIAL REP

Yvonne Gonzalez Rogers
Oakland, CA

NON-U.S. LAWYER REP

Alexandre Cordeiro Macedo

NON-LAWYER REP

Philip B. Nelson

**STATE ATTORNEYS
GENERAL REP**

Gwendolyn J. Lindsay Cooley
Madison, WI

SECTION DIRECTOR

Joanne Travis
Chicago, IL



AMERICAN BAR ASSOCIATION

Antitrust Law Section

321 North Clark Street
Chicago, IL 60654-7598
(312) 988-5550
antitrust@americanbar.org
www.ambar.org/antitrust

August 30, 2022

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern

Via Email: weko@weko.admin.ch

013-00007: Revision Vertikalbekanntmachung (VertBek)

Dear Professor Ducrey,

On behalf of the American Bar Association Antitrust Law and International Law Sections, we are pleased to submit the attached comments in response to WEKO's call for inputs in relation to the proposed Swiss regime for vertical restraints (VertBek).

Please note that these comments were originally drafted in response to the European Commission's recent stakeholder consultation document on the review of its Vertical Restraints Block Exemption Regulation. Recognizing that the WeKo proposal draws in part on the EU experience, we hope that these comments might prove helpful for purposes of WeKo's review.

The views expressed herein are being presented on behalf of the Sections of Antitrust Law and International Law. They have not been reviewed or approved by the House of Delegates or the Board of Governors of the American Bar Association and, accordingly, should not be construed as representing the position of the Association.

If you have any questions after reviewing these comments, we would be delighted to provide further comments.

Sincerely,

Marcos Rios
Chair, International Law Section

Thomas F. Zych
Chair, Antitrust Law Section

ASSOCIATION YEAR
2021-2022

CHAIR

Jonathan I. Gleklen
Washington, DC

CHAIR-ELECT

Thomas F. Zych, Sr.
Cleveland, OH

VICE-CHAIR AND

DIVERSITY OFFICER

Fiona A. Schaeffer
New York, NY

COMMITTEE OFFICER

Steven J. Cernak
Novi, MI

CONSUMER PROTECTION

OFFICER

Paula C. Martucci
Fayetteville, AR

FINANCE OFFICER

Alysa Z. Hutnik
Washington, DC

IMMEDIATE PAST CHAIR

Gary P. Zanfagna
Washington, DC

INTERNATIONAL OFFICER

Hartmut Schneider
Washington, DC

MARKETING OFFICER

Svetlana S. Gans
Washington, DC

PROGRAM OFFICER

Scott A. Martin
New York, NY

PUBLICATIONS OFFICER

Darren S. Tucker
Washington, DC

SECRETARY AND

MEMBERSHIP OFFICER

Melanie L. Aitken
Washington, DC

SECTION DELEGATES

Arthur J. Burke
New York, NY

Renata B. Hesse
Washington, DC

TECHNOLOGY OFFICER

J. Anthony Chavez
Spring, TX

COUNCIL MEMBERS

D. Jarrett Arp
Erika Brown Lee

Deborah Feinstein
Jamilla Ferris

Megan Jones
Deona Kalala

Gabrielle Kohlmeier
Charles Moore

James J. O'Connell
Maureen K. Ohlhausen

Amanda P. Reeves
Rebecca Valentine

Suzanne E. Wachsstock
Koren Wong-Ervin

Judith A. Zahid

NON-U.S. LAWYER REP

Casey W. Halladay

NON-LAWYER REP

Philip B. Nelson

STATE ATTORNEYS

GENERAL REP

Sarah Oxenham Allen
Richmond, VA

JUDICIAL REP

Amit Mehta
Washington, DC

BOARD OF GOVERNORS REP

Richard M. Lipton
Dallas, TX

SECTION DIRECTOR

Joanne Travis
Chicago, IL



AMERICAN BAR ASSOCIATION

Antitrust Law Section

321 North Clark Street
Chicago, IL 60654-7598

312.988.5550

antitrust@americanbar.org

www.ambar.org/antitrust

September 16, 2021

Via Email: COMP-VBER-REVIEW@ec.europa.eu

Cc: comp-greffe-antitrust@ec.europa.eu

SUBJECT: HT.6179 - Submission from an organization/Joint Comments on the European Commission's Consultation on The Draft Revised Regulation on Vertical Agreements and Vertical Guidelines

Dear Sir/Madam:

On behalf of the American Bar Association Antitrust Law and International Law Sections, we are pleased to submit the attached joint comments in response to the request for comments on the European Commission's Consultation on The Draft Revised Regulation on Vertical Agreements and Vertical Guidelines.

The views expressed herein are presented on behalf of the Antitrust Law and International Law Sections. They have not been reviewed or approved by the House of Delegates or the Board of Governors of the American Bar Association and, accordingly, should not be construed as representing the position of the Association.

If you have any questions after reviewing this report, we would be happy to provide further comments.

Sincerely,

Jonathan I. Gleklen
Chair, Antitrust Law Section

Nancy Kaymar Stafford
Chair, International Law Section

Attachment

COMMENTS OF THE AMERICAN BAR ASSOCIATION ANTITRUST LAW SECTION AND INTERNATIONAL
LAW SECTION ON THE EUROPEAN COMMISSION'S CONSULTATION ON THE DRAFT REVISED
REGULATION ON VERTICAL AGREEMENTS AND VERTICAL GUIDELINES

September 16, 2021

The views stated in this submission are presented on behalf of the Antitrust Law Section and International Law Section. They have not been reviewed or approved by the House of Delegates or the Board of Governors of the American Bar Association and, accordingly, should not be construed as representing the policy of the American Bar Association.

The Antitrust Law and International Law Sections (the Sections) of the American Bar Association (ABA) respectfully submit these comments in response to the European Commission's (the Commission's) consultation (the Consultation)¹ on the proposed revised texts of the Vertical Block Exemption Regulation (Revised VBER) and related Guidelines (Revised VGL). The Sections previously submitted comments on the Commission's Vertical Block Exemption Regulation Consultation Document.² The Sections are available to provide additional comments or assistance in any other way that the Commission may deem appropriate. These comments are based upon the extensive experience of the Sections' members in competition law around the world.

The Antitrust Law Section is the world's largest professional organization for antitrust and competition law, trade regulation, consumer protection and data privacy as well as related aspects of economics. Section members, numbering over 9,000, come from all over the world and include attorneys and non-lawyers from private law firms, in-house counsel, non-profit organizations, consulting firms, federal and state government agencies, as well as judges, professors and law students. The Antitrust Law Section provides a broad variety of programs and publications concerning all facets of antitrust and the other listed fields. Numerous members of the Antitrust Law Section have extensive experience and expertise regarding similar laws of non-U.S. jurisdictions. For nearly thirty years, the Antitrust Law Section has provided input to enforcement agencies around the world conducting consultations on topics within the Section's scope of expertise.³

The International Law Section focuses on international legal issues, the promotion of the rule of law, and the provision of legal education, policy, publishing and practical assistance related to cross-border activity. Its members total over 11,000, including private practitioners, in-house counsel, attorneys in governmental and inter-government entities, and legal academics, and represent over 100 countries. The International Law Section's 56 substantive committees cover competition law, trade law, and data privacy and data security law worldwide as well as areas of law that often intersect with these areas, such as mergers and acquisitions and joint ventures. Throughout its century of existence, the International Law Section has provided input to debates relating to international legal

¹ European Comm'n, Public consultation on the draft revised Regulation on vertical agreements and vertical guidelines, available at https://ec.europa.eu/competition-policy/public-consultations/2021-vber_en.

² Available at

https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/comments/march-2021/comments-32621-eu.pdf.

³ Past comments can be accessed on the Antitrust Law Section's website at:

https://www.americanbar.org/groups/antitrust_law/resources/comments_reports_amicus_briefs/.

policy.⁴ With respect to competition law and policy specifically, the International Law Section has provided input for decades to authorities around the world.⁵

I. Dual Distribution

The Revised VBER reflects the Commission’s reevaluation of the permissive treatment in the existing Vertical Block Exemption Regulation (Current VBER) of dual distribution reflected in Article 2(4) of the Current VBER in light of what the Commission referred to as the “risk of exempting vertical agreements, where horizontal concerns are no longer negligible and the conditions of Article 101(3) TFEU are not satisfied.” The Revised VBER maintains the current approach where the parties’ combined market shares are below 10%. Above 10% and up to the 30% market share threshold for application of the Current and Revised VBERs, exchanges of information would not be block-exempted, but would be “excluded restrictions” subject to self-assessment.

The Sections generally support the Commission’s approach, subject to two observations. First, the concepts of relevant market and market shares are particularly difficult to apply in the context of mixed online and traditional distribution channels. The Sections encourage the Commission to include guidance on this point in the context of its ongoing review of the market definition notice.

Second, different considerations may apply to exchanges of information in the dual distribution context compared to other contexts, given suppliers’ need to manage their overall distribution strategy. The Sections note that the assessment of information exchanges is currently under review in the context of the Commission’s review of its horizontal block exemption regulations (HBERs).

The Sections encourage the Commission to provide guidance on the topic of information exchanges in the context of dual distribution systems in the Revised VGL, considering the gap in time between the adoption of the Revised VBER and VGL and any revised HBERs and related guidelines (HGL) (cf., para. 83 Revised VGL). In particular, the Commission could use the Revised VGL to clarify what kinds of communications, particularly in respect of pricing or discounting practices, between a manufacturer engaged in dual distribution and its resellers would be considered lawful under, or in violation of, Article 101(1) TFEU. The Sections consider that this clarification is particularly important in view of: (i) the exclusion in Article 2(6) of the Revised VBER of object restrictions of competition – which may include certain information exchanges – from the scope of the dual distribution exemption; and (ii) the fact that paragraph 87 of the Revised VGL expressly states that the dual distribution exemption should be interpreted narrowly.

Even if guidance on the assessment of information exchanges in this context is deferred to the revised HGL, the Sections recommend that the revised HGL separately discuss the issue of information exchanges in the dual distribution context.

II. Active Sales Restrictions

The Sections support the Commission’s decision, reflected in the Revised VBER, to give suppliers more flexibility to combine exclusive and selective distribution in the same or different territories, while protecting selective distribution systems against sales from outside the territory in which the system is operated.

⁴ American Bar Association, International Law Section Policy, *available at* https://www.americanbar.org/groups/international_law/policy/about/.

⁵ Past comments can be accessed on the International Law Section’s website at: https://www.americanbar.org/groups/international_law/policy/blanket_authorities_initiatives/.

III. Indirect Restrictions of Online Sales

The Sections support the Commission's decision, reflected in the Revised VBER and VGL, to no longer treat dual pricing or a lack of equivalence between online sales and physical stores as a hardcore restriction. The Revised VBER and VGL will give suppliers greater flexibility to incentivize investments, notably in physical stores, by allowing them to differentiate wholesale prices based on the costs of each channel and mitigating the legal uncertainty inherent in the equivalence principle. Online and offline sales channels are inherently different, and it is difficult to assess when a divergence in the criteria used for each channel amounts to a hardcore restriction under the VBER.

IV. Parity Obligations

The Sections note that the Revised VBER and VGL take a more restrictive approach to parity obligations, sometimes also known as Most Favored Nations clauses, or "MFNs". Under the Current VBER, all types of parity obligations are currently block-exempted. Under the Revised VBER, parity obligations causing buyers of online intermediation services not to offer, sell or resell goods or services to end users under more favorable conditions using competing online intermediation services (so-called "wide" or "across-platform" parity clauses) are treated as excluded restrictions and therefore subject to self-assessment.

The Sections submit that this approach will result in legal uncertainty. The Sections note that both wide and narrow price parity clauses may be inspired and justified by significant efficiency considerations and that, in both cases, anti-competitive effects, if any, are likely to arise only if the platform at hand has significant market power. In particular, free-riding on the platform's investment can be a genuine concern for platforms that requires careful evaluation. As a general matter, the Sections believe that the general 30% market share thresholds, coupled with additional guidance in the VGL, are effective in identifying any potentially anticompetitive use of wide and narrow price parity clauses.

The Sections note that the Revised VGL contains some guidance on the assessment of across-platform parity clauses, but this guidance seems insufficiently clear and, in some respects, overly restrictive. Paras. 337-344 provide some guidance on the circumstances in which wide parity clauses may be caught by Article 101(1) TFEU, noting (para. 338) that "key factors are the share of buyers of the online intermediation services that are covered by the obligations; the homing behavior of buyers of the online intermediation services and of end users (how many intermediary platforms they use); the market position of the supplier that imposes the obligation and of its competitors; the existence of barriers to entry to the relevant market for online intermediation services, and the impact of direct sales by buyers of the services."

However, in the Sections' view, the description of each of these factors could and should be expanded. The indication in para. 344 that "restrictive effects will generally only be attributed to the parity obligations of suppliers whose market share exceeds 5%" is problematic because the Sections believe that the 5% market share figure is unrealistically low. The Sections believe that this figure should be increased to at least 10% in line with the Commission's *de minimis* notice.

Equally important, the Sections believe that the Revised VGL should provide clearer guidance on the circumstances (discussed in paras 351-53) in which wide parity clauses may qualify for exemption under Article 101(3) TFEU. The Sections suggest combining the discussions of the application of Article 101(1) TFEU and Article 101(3) TFEU to clarify circumstances in which potential efficiencies may be able to offset each of the risk factors currently discussed in paras. 337-344.

V. Resale Price Maintenance

The VBER Consultation noted that RPM is considered a hardcore restriction under the VBER and a by-object restriction under Article 101(1) TFEU, even though both the current and Revised VGL recognizes that supplier-driven RPM may lead to efficiencies, for example to achieve an expansion of demand during the launch of a new product or to avoid the undercutting of a coordinated short-term low-price campaign in a franchising system.

The Sections note that the Revised VBER and VGL maintain the structure of the Current VBER and VGL, although the discussion of RPM has been consolidated and clarified in the Revised VGL (paras. 170-186). The Sections welcome this improvement and clarifications, for example as regards the treatment of RPM in the agency agreement context and the fact that so-called “fulfillment contracts” do not constitute RPM (para. 178).

Nonetheless, the Sections urge the Commission to reconsider the current approach, since treating all RPM as hardcore restrictions almost certainly will deter companies from using RPM even in the circumstances set out in para. 182, which the Commission recognizes may be procompetitive.⁶ Treating RPM as a hardcore restriction even in such circumstances dampens incentives to engage in procompetitive RPM, because many companies prefer not to incur the financial and reputational risk of including any hardcore restrictions in their vertical agreements and thereby taking their entire distribution system outside the VBER.

One option to avoid this result would be to include RPM as an excluded restriction, requiring contracting parties to assess the legality of any proposed RPM based on the factors discussed in the Revised VGL. A better option could be to expressly exempt RPM in circumstances in which it is recognized as offering efficiencies. This approach would increase legal certainty especially in an environment where RPM is considered a by-object infringement subject to divergent enforcement policies in different Member States.

VI. Non-compete Obligations

Under the Current VBER, non-compete obligations of an indefinite duration or exceeding five years are excluded from the benefit of the VBER and therefore require an individual effects-based assessment under Article 101 of the Treaty. Non-compete obligations that are tacitly renewable beyond a period of five years are deemed to have been concluded for an indefinite duration. The Sections welcome the approach in the Revised VBER, which block-exempts tacitly renewable non-compete obligations for the duration of the agreement, provided that the buyer can terminate or renegotiate the agreement at any time with a reasonable notice period and at reasonable cost. However, the Sections suggest that the Commission revise para. 234 of the Revised VGL to provide additional guidance on what constitutes a reasonable period of time and/or reasonable cost.

⁶ As the Commission will be aware, federal antitrust law in the United States abandoned per se illegality of resale price maintenance in 2007 because “it cannot be stated with any degree of certainty that resale price maintenance always or almost always tends to restrict competition or decrease output.” *Leegin Creative Leather Products v. PSKS*, 127 S.Ct. 2705, 2717 (2007) (internal citation and quotation markets omitted). In so holding, the U.S. Supreme Court observed that “[v]ertical agreements establishing minimum resale prices can have either procompetitive or anticompetitive effects, depending upon the circumstances in which they are formed. And although the empirical evidence on the topic is limited, it does not suggest efficient uses of the agreements are infrequent or hypothetical. As the rule would proscribe a significant amount of procompetitive conduct, these agreements appear ill suited for per se condemnation.” *Id.* at 2717-18 (internal citations omitted).

VII. Sustainability Agreements

The VBER Consultation noted that, in line with the objectives of the European Green Deal, the impact assessment phase of the VBER review should take account of the impact on sustainability objectives of agreements between supply chain operators. The Sections note that the Revised VBER and VGL do not appear to address the relevance of sustainability objectives in the assessment of vertical agreements. The Sections respectfully recommend that the Commission provide such guidance in the VGL, for example in the assessment of the need for RPM in the context of an initiative to promote sustainable supply chains to overcome “first mover disadvantage.”

VIII. Impact of the COVID-19 Crisis

The Sections note that the Revised VBER and VGL do not appear to reflect any lessons deriving from the experiences of the Commission and business in responding to the COVID-19 crisis. One such lesson was the need for effective channels of communication between business and antitrust authorities. The Sections commend the Commission for its initiative in creating a special portal for businesses to seek informal guidance on cooperative initiatives in response to the COVID-19 crisis. The Sections encourage the Commission to maintain and expand that communication channel even outside the COVID-19 context and to include relevant guidance in the Revised VGL. Indeed, the Sections note that other authorities launched similar initiatives that appear to have generated significant interest, suggesting that there is scope for further improvement to attract more participation.⁷

IX. Conclusion

The Sections appreciate this opportunity to provide their views on the Revised VBER and VGL and are available for any further consultation the Commission may deem appropriate.

⁷ See, e.g., Press Release, *The Justice Department and the Federal Trade Commission Announce Expedited Antitrust Procedure and Guidance for Coronavirus Public Health Efforts* (March 24, 2020), available at <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-and-federal-trade-commission-announce-expedited-antitrust-procedure-and>.

Wettbewerbskommission Sekretariat
Hallwylstrasse 4
3003 Bern

Per Mail an:
weko@weko.admin.ch

Zürich, 2. September 2022

Vernehmlassungsantwort Revision Vertikalbekanntmachung (VertBek)

Sehr geehrte Damen und Herren,

GastroSuisse, der grösste Branchenverband der Schweiz mit rund 20 000 Mitgliedern (Hotels, Restaurants, Cafés, Bars etc.) in allen Landesgegenden, organisiert in 26 Kantonalsektionen und fünf Fachgruppen, nimmt im obengenannten Vernehmlassungsverfahren gerne wie folgt Stellung:

I. Allgemeine Würdigung

Als Mitinitiant der Fair-Preis-Initiative und im Interesse gastgewerblicher Betriebe setzt sich GastroSuisse für einen fairen Wettbewerb ein. Das Verbot wettbewerbswidriger Vertragsklauseln von Online-Buchungsplattformen ([RPW 2016/1](#) und [Änderung UWG](#)) und das Verbot von nicht staatlich angeordneten Geoblocking-Massnahmen (privates Geoblocking) im UWG kommen diesem Anliegen entgegen und geben der Digitalisierung und Innovation im Schweizer Tourismus den notwendigen rechtlichen Rahmen. Zudem schützt das neu eingeführte Konzept der relativen Marktmacht im Kartellgesetz (KG) Unternehmen aus der Schweiz vor Schweiz-Zuschlägen. Diese können sich nun besser gegen überhöhte Preise von ausländischen Lieferanten wehren, indem die Bezugskanäle im Ausland offenstehen. Mit der Revision der Vertikalbekanntmachung (VertBek) soll sichergestellt werden, dass in der Schweiz im Bereich vertikaler Wettbewerbsabreden weiterhin möglichst die gleichen Regeln zur Anwendung kommen wie in der Europäischen Union, eine Isolierung der schweizerischen Märkte vermieden und Rechtssicherheit geschaffen wird. GastroSuisse ist grundsätzlich mit den vorgeschlagenen Änderungen zur Angleichung an die entsprechenden Änderungen in der Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung der EU-Kommission (Vertikal-GVO) einverstanden. Insbesondere begrüsst der Verband die Aufnahme weiter Paritätsverpflichtungen in die Liste qualitativ schwerwiegender vertikaler Wettbewerbsabreden. Kritisch beurteilt der Verband jedoch die Formulierung zu den engen Paritätsklauseln als qualitativ «nicht schwerwiegend». Nachfolgend nimmt GastroSuisse Stellung zu ausgewählten Aspekten der Vorlage.

II. Erheblichkeit weiter und enger Paritätsklauseln (Art. 15 lit. j)

In Übereinstimmung mit der bisherigen Praxis soll die VertBek ausdrücklich festhalten, dass sogenannte weite Paritätsverpflichtungen, die den Abnehmer von Online-Vermittlungsdiensten (z.B. Hotelbuchungsplattformen) veranlassen, seine Produkte den Endverbrauchern nicht auf konkurrierenden Online-Vermittlungsdiensten zu günstigeren Konditionen anzubieten, grundsätzlich problematisch sind. Dagegen sollen sogenannte enge Paritätsverpflichtungen, die eine Preisunterbietung nur auf den direkten Kanälen des Kunden (z.B. dem Hotel selbst) verbieten, weiterhin zulässig sein. Das Parlament hat in der Sommersession jedoch auch ein Verbot enger Paritätsklauseln beschlossen. Neu soll Art. 8a

im Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) wie folgt lauten: «Unlauter handelt insbesondere, wer als Betreiber einer Online-Plattform zur Buchung von Beherbergungsdienstleistungen allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, welche die Preis- und Angebotssetzung von Beherbergungsbetrieben durch Paritätsklauseln, namentlich durch Preis-, Verfügbarkeits- oder Konditionenparitätsklauseln, direkt oder indirekt einschränken». Dieses Gesetz ist gegenwärtig noch nicht in Kraft und momentan lediglich auf Rz 29 des Vernehmlassungsentwurfes der Erläuterungen zur VertBek in der dazugehörigen Fussnote erwähnt. Der Bundesrat wird wohl demnächst bestimmen, wann das Gesetz in Kraft tritt. Aus unserer Sicht ist es deshalb notwendig, dass die Gesetzesanpassung in dieser VertBek Erwähnung findet und nicht erst bei einer nächsten Revision. Dementsprechend empfiehlt GastroSuisse Rz 29 des Vernehmlassungsentwurfes der Erläuterungen zur VertBek wie folgt anzupassen:

Paritätsverpflichtungen von Online-Vermittlungsdiensten (Art. 15 lit. j VertBek)

29. Weite (plattformübergreifende) Paritätsverpflichtungen von Online-Vermittlungsdiensten auf Einzelhandelsstufe **und enge Paritätsverpflichtungen** sind qualitativ schwerwiegend. Weite Paritätsverpflichtungen beziehen sich auf die Bedingungen, die in allen Verkaufskanälen angeboten werden. Dagegen beziehen sich enge Paritätsverpflichtungen auf die Bedingungen, die in direkten Verkaufskanälen der Händlerin von Waren oder Dienstleistungen angeboten werden. ~~Enge Paritätsverpflichtungen sowie alle anderen Arten von Paritätsverpflichtungen sind nicht qualitativ schwerwiegend.~~

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung der Haltung von GastroSuisse.

Freundliche Grüsse



Casimir Platzer
Präsident



Daniel Borner
Direktor

Wettbewerbskommission Sekretariat
Hallwylstrasse 4
3003 Bern

Per E-Mail an: weko@weko.admin.ch

Bern, 1. September 2022

Vernehmlassung: Revision Vertikalbekanntmachung (VertBek)

Sehr geehrter Herr Direktor
Sehr geehrte Frau Vizedirektorin
Sehr geehrte Damen und Herren

Als nationaler Unternehmerverband äussert sich HotellerieSuisse im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens zur Revision Vertikalbekanntmachung. Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

I Vorbemerkungen

HotellerieSuisse als Verband innovativer und nachhaltiger Beherbergungsbetriebe ist stark betroffen von den Paritätsverpflichtungen der Online-Vermittlungsdiensten. Das Parlament hat beschlossen, sämtliche Paritätsklausel zu verbieten. Nachfolgend werden die in diesem Zusammenhang und somit für die Beherbergungsbranche relevanten Artikel aufgezeigt und dargelegt, inwiefern diese geändert werden sollen.

II Änderungsanträge

Art. 15 E-VertBek

Vertikale Wettbewerbsabreden, die nicht von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst werden, werden als qualitativ schwerwiegend betrachtet, wenn sie Folgendes zum Gegenstand haben:

j) unmittelbare oder mittelbare Verpflichtungen, die eine Abnehmerin von Online-Vermittlungsdiensten veranlassen, Waren oder Dienstleistungen Endverbraucherinnen und Endverbrauchern nicht unter Inanspruchnahme konkurrierender Online-Vermittlungsdienste zu günstigeren Bedingungen anzubieten, zu verkaufen oder weiterzuverkaufen.

- (i) **Unter Berücksichtigung von Art. 8a des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) sämtliche Paritätsverpflichtungen gegenüber einem Beherbergungsbetrieb.**

Begründung

Das Parlament hat beschlossen, sämtliche Paritätsklausel zu verbieten. So sieht Art. 8a im Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vor, dass unlauter insbesondere handelt, wer als Betreiber einer Online-Plattform zur Buchung von Beherbergungsdienstleistungen allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, welche die Preis- und Angebotssetzung von Beherbergungsbetrieben durch Paritätsklauseln, namentlich bezüglich Preis, Verfügbarkeit oder Konditionen, direkt oder indirekt einschränken. Mit Inkrafttreten des neuen Gesetzes handelt jeder unlauter und widerrechtlich,

der Beherbergungsbetriebe durch Paritätsklauseln einschränkt. Erfasst von Art. 8a UWG werden demnach auch enge Paritätsverpflichtungen, weshalb die Bestimmung in Art. 15 lit. j E-VertBek nicht konform ist mit Art. 8a UWG. Sämtliche Paritätsverpflichtungen im Sinne von Art. 8a UWG sind unter Art. 15 lit. j (i) E-VertBek als qualitativ schwerwiegend zu qualifizieren. In den Erläuterungen zum Vernehmlassungsentwurf wird in der Fussnote 62 zwar darauf hingewiesen, dass gegebenenfalls der auf die Motion Bischof zurückgehende Artikel 8a des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 zu beachten sei. Jedoch ist für HotellerieSuisse nicht ersichtlich, inwiefern und in welchem Umfang Art. 8a UWG berücksichtigt wird und welche Artikel der Vertikalbekanntmachung dieser Berücksichtigung unterliegen. Aufgrund dieser Unklar- und Ungenauigkeiten fordert HotellerieSuisse, dass der entsprechende Artikel bereits jetzt in der Revision berücksichtigt wird.

Zu Art. 16 Abs. 1 E-VertBek

¹ Vertikale Wettbewerbsabreden, welche nicht unter Artikel 12 VertBek oder Artikel 15 Litera b bis f VertBek fallen, führen in der Regel nicht zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs, wenn kein an der Abrede beteiligtes Unternehmen auf einem von der Abrede betroffenen relevanten Markt einen Marktanteil von 15 % überschreitet.

² Wenn die Wettbewerberin auf dem relevanten Markt durch die kumulativen Auswirkungen mehrerer gleichartiger, nebeneinander bestehender vertikaler Vertriebsnetze beschränkt wird, wird die in Absatz 1 genannte Marktanteilsschwelle auf 5 % herabgesetzt. In der Regel liegt kein kumulativer Abschottungseffekt vor, wenn weniger als 30 % des relevanten Marktes von gleichartigen, nebeneinander bestehenden vertikalen Vertriebsnetzen abgedeckt werden.

³ Art. 15 lit. j (i) E-VertBek ist von dieser Bestimmung ausgenommen und gilt in jedem Fall als unzulässig.

Zu Art. 18 E-VertBek

¹ Liegt eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende vertikale Wettbewerbsabrede vor, ist zu prüfen, ob diese gemäss Artikel 5 Absatz 2 KG gerechtfertigt ist. Sind keine Effizienzgründe ersichtlich, ist die Abrede unzulässig.

² Vertikale Wettbewerbsabreden gelten in der Regel ohne Einzelfallprüfung als gerechtfertigt, wenn der Anteil der Anbieterin an dem relevanten Markt, auf dem sie die Vertragswaren oder -dienstleistungen anbietet, und der Anteil der Abnehmerin an dem relevanten Markt, auf dem sie die Vertragswaren und -dienstleistungen bezieht, jeweils nicht mehr als 30 % beträgt. Davon ausgenommen sind Abreden nach Artikel 12 VertBek und Artikel 15 VertBek sowie Abreden, die sich mit anderen kumulativ auf den Markt auswirken.

³ Den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende vertikale Wettbewerbsabreden, die von Absatz 2 nicht erfasst werden, unterliegen einer Einzelfallprüfung. Ein Rechtfertigungsgrund liegt vor, wenn eine vertikale Wettbewerbsabrede die wirtschaftliche Effizienz im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 KG erhöht – beispielsweise durch eine effizientere Vertriebsgestaltung im Sinne einer Verbesserung der Produkte oder Produktionsverfahren oder einer Senkung der Vertriebskosten – und die Wettbewerbsbeeinträchtigung dazu notwendig ist.

⁴ (...)

⁵ Art. 15 lit. j (i) E-VertBek ist von dieser Bestimmung ausgenommen und gilt in jedem Fall als unzulässig.

Begründung

HotellerieSuisse fordert, dass Art. 15 lit. j E-VertBek im Sinne der Kongruenz mit Art. 8a UWG sämtliche Paritätsverpflichtungen erfasst. Aufgrund dessen erachtet HotellerieSuisse als notwendig, dass Art. 15 lit. j E-VertBek erweitert und ergänzt wird durch Art. 15 lit. j (i) E-VertBek. Art. 16 E-VertBek hält Tatbestände fest, bei denen, trotz Vorliegen von weiten Paritätsverpflichtungen, keine als qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsabrede gegeben ist. Für HotellerieSuisse steht eine solche Bestimmung in Bezug auf Paritätsverpflichtungen im Bereich der Beherbergungsbranche im Widerspruch zu Art. 8a UWG. Wie bereits erläutert, sind sämtliche Paritätsklausel nach Art. 8a UWG unlauter, das UWG sieht keine Ausnahmen vor und differenziert nicht hinsichtlich Marktanteils. Sollte beispielsweise eine Online-Plattformen mit einem Marktanteil unter 15% Paritätsverpflichtungen gegenüber einem Beherbergungsbetrieb machen, ist und bleibt dies ungeachtet des Marktanteils unlauter und widerrechtlich. Demnach kann nicht sein, dass die Vertikalbekanntmachung in Abweichung und im Widerspruch zu Art. 8a UWG gewisse Fälle von Paritätsverpflichtungen als nicht erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs einstuft und oder diese als gerechtfertigt und somit zulässig erachtet. Paritätsverpflichtungen in Bezug auf die Beherbergungsbranche sind nach Ansicht von HotellerieSuisse von Art. 16 und 18 E-VertBek vollständig auszunehmen.

Wir danken für die Berücksichtigung unserer Anliegen und stehen für Fragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
HotellerieSuisse



Nicole Brändle Schlegel
Leiterin Arbeit, Bildung, Politik



Céline Emch
Juristin

Einschreiben

Wettbewerbskommission, Sekretariat
Hallwylstrasse 4
3003 Bern

Zürich, 2. September 2022
MEINM / WASEA

013-00007: Revision Vertikalbekanntmachung (VertBek) – Stellungnahme von Lenz & Staehelin¹

Sehr geehrte Damen und Herren

Am 5. Juli 2022 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission ("**Sekretariat**") die Vernehmlassung über Änderungen der Vertikalbekanntmachung ("**VE-VertBek**") und der VertBek-Erläuterungen ("**VE-VertBek-Erläuterungen**") eröffnet und dazu eine Begleitnotiz veröffentlicht.

Die Wettbewerbskommission ("**WEKO**") bzw. das Sekretariat bezweckt mit diesen Änderungen eine Anpassung an die revidierte europäische Vertikal-GVO sowie die dazugehörigen EU-Vertikalleitlinien, die per 1. Juni 2022 in Kraft traten. Zudem will sie damit der Fallpraxis der Schweizer Gerichte und Wettbewerbsbehörden Rechnung tragen.

Im Namen von Lenz & Staehelin nehmen wir hiermit zu den geplanten Änderungen Stellung, wobei diese Stellungnahme aus Sicht der Praxis und gestützt auf die langjährige anwaltliche Erfahrung im Bereich des Kartellrechts erfolgt.

¹ Der besseren Lesbarkeit halber wird im vorliegenden Text die männliche Form verwendet. Selbstverständlich sind alle Geschlechter angesprochen.

1. Vorbemerkungen

Nach dem Vernehmlassungsentwurf² soll mit den Änderungen grundsätzliche Kompatibilität zwischen den entsprechenden EU-Regeln und der Schweizer Praxis zu vertikalen Abreden hergestellt werden, um eine Isolierung der schweizerischen Märkte zu vermeiden und Rechtssicherheit zu schaffen. Diese Bestrebungen sind zu begrüßen.

Fraglich ist jedoch, ob der vorliegende Entwurf diese Zielsetzung erreicht. Dieser implementiert an zahlreichen Stellen ein sogenanntes "Swiss Finish", obwohl ein solches oft weder notwendig noch zielführend ist. Zudem übernimmt der Entwurf nur selektiv Präzisierungen aus den EU-Vertikalleitlinien und unterlässt es, klarzustellen, welche Grundsätze aus den EU-Vertikalleitlinien auch in der Schweiz Gültigkeit haben. Dies führt zu unnötigen Rechtsunsicherheiten in der Praxis.

Entsprechend sollte in der VertBek grundsätzlich klargestellt werden, dass unter den EU-Vertikalleitlinien zulässige Abreden auch in der Schweiz als rechtmässig angesehen werden, sofern in der VertBek nicht explizit eine andere Regelung vorgesehen ist. Auf einen "Swiss Finish" sollte das Sekretariat verzichten.

2. Zu begrüßende Änderungen

Wir begrüßen die Anpassungen der VE-VertBek, um Kompatibilität mit der EU zu gewährleisten, insbesondere:

- **Erleichterungen beim Allein- und Selektivvertrieb**

Besonders wichtig ist die in Art. 15 lit. b (ii) VE-VertBek vorgesehene Zulässigkeit exklusive und selektive Vertriebssysteme in unterschiedlichen Gebieten zu unterhalten. Ebenso ist es richtig, dass selektive Vertriebssystem durch ein Passivverkaufsverbot vor Verkäufen durch die Alleinvertriebshändler aus anderen Gebieten geschützt werden kann. Diese Möglichkeit ist gerade für europa- oder weltweit tätige Unternehmen bedeutsam, um ihre Vertriebskanäle lokalen Besonderheiten anzupassen, was letztlich den Konsumenten zugutekommt.

Die Möglichkeit, Aktivverkaufsverbote innerhalb eines Vertriebssystems auf tiefere Vertriebs-ebenen weiterzureichen, ist sinnvoll, da so Aktivverkaufsverbote weniger einfach umgangen werden können.

² In diesem Sinne: Vernehmlassungsentwurf des Sekretariats zur VertBek vom 5. Juli 2022 (VE-VertBek), Erw. VII.

Gleiches gilt für die Möglichkeit zum geteilten Alleinvertrieb, welcher die Situation in Gebieten erleichtert, in welcher es an genügend grossen einzelnen Alleinvertriebshändlern mangelt.

- **Änderungen im Onlinebereich**

Im Onlinebereich folgt die VE-VertBek weitgehend der EU-Regelung. Wir begrüssen das im Sinne der Rechtssicherheit.

Als grundsätzlich unproblematisch gelten insbesondere Beschränkungen in Bezug auf die Art und Weise, wie die Vertragswaren oder -dienstleistungen online verkauft werden sollen sowie Beschränkungen in Bezug auf die Nutzung bestimmter Online-Verkaufskanäle (z.B. von Online-Marktplätzen) gelten. Neu sollen zudem sogenannte Doppelpreissysteme grundsätzlich zulässig sein, sofern der Unterschied in einem angemessenen Verhältnis zu den Unterschieden bei den Investitionen und Kosten in den jeweiligen Kanälen steht.

3. **Zur fehlenden Notwendigkeit eines "Swiss Finish"**

Die vorgeschlagenen Änderungen orientieren sich zwar an den EU-Vertriebsregeln, weichen aber weiterhin in zentralen Punkten im Sinne eines strengeren "Swiss Finish" unnötigerweise davon ab. Folgende Unterschiede erachten wir als problematisch:

- **Festhalten an der verschärften Praxis zur Preisbindung zweiter Hand**

Die neue Vertikal-GVO und die dazugehörigen Leitlinien in der EU stellen unverändert klar, dass keine Kernbeschränkung vorliegt, wenn Höchstverkaufspreise oder Preisempfehlungen ausgesprochen werden, sofern sich diese nicht infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken. Das Sekretariat möchte hingegen die bisherige Ziffer 15 der VertBek zu Preisempfehlungen sowie die ähnlich lautenden Ausführungen in Ziffer 10 lit. a VertBek zu streichen und verweist in VE-VertBek-Erläuterungen auf das Urteil BGE 147 II 72 (*Pfizer*). Diese Anpassung ist nicht gerechtfertigt und weicht von der jahrzehntelangen Praxis in der EU ab. Der Pfizer-Fall rechtfertigt diese Abweichung auch nicht, denn dieser Einzelfall weist ganz besondere Fakten auf, namentlich die automatische Einspeisung der Preisempfehlung in das System der Händler über einen Strichcode. Das Pfizer Präjudiz ist ein Sonderfall, der nicht verallgemeinert werden darf. So hielt das Bundesgericht denn auch fest: *"Es geht nicht um eine Preisempfehlung als solche, sondern um eine konkrete Verhaltensweise. Deshalb ist [...] die vorliegende herstellerische Verhaltensweise auch nicht mit Preisempfehlungen zu vergleichen, welche in Katalogen festgeschrieben werden - wie z.B. in der Automobilbranche. Denn dort ist es nicht so, dass die Herstellerin dem Händler den Preis wiederholt und über das Kassensystem übermittelt."*

Bei der Preisbindung zweiter Hand sollte die ePraxis der EU weiterhin massgeblich bleiben – welche Druck oder der Gewährung von Anreizen verlangt.

- **Gebietsbeschränkungen**

Art. 5 Abs. 4 KG erfasst vertikale Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden. Es geht mithin um eine Beschränkung des Wiederverkaufs. Exklusivbezugsverpflichtungen fallen demgegenüber nicht unter Art. 5 Abs. 4 KG, sondern sind grundsätzlich unerhebliche Wettbewerbsbeschränkungen. Das ist in der EU etablierte Praxis.

Entsprechend sind die VE VertBek-Erläuterungen (Rz. 11) anzupassen und die Ausführungen, dass auch *"vertragliche Bezugsbeschränkungen, wonach sich die Vertriebspartnerinnen in der Schweiz verpflichten, die Vertragsware nur in ihrem Vertragsgebiet zu beziehen"*, *"zum indirekten Ausschluss von passiven Verkäufen an Abnehmerinnen in der Schweiz führen"* zu streichen.

Die vom Sekretariat in der VE-VertBek vorgesehenen Anpassungen basieren auf einem Einzelfall, der einvernehmlich erledigt wurde und keine etablierte Fallpraxis reflektiert. Ausserdem steht diese Ansicht im Widerspruch zur VertBek und zur entsprechenden europäischen Regelung. Derart kontroverse Themen sollten nicht in die VertBek aufgenommen werden.

- **Unklarheit bei Wettbewerbsverboten**

Die EU-Kommission hat in ihren Vertikalleitlinien klargestellt, dass vertikale Wettbewerbsverbote, die für einen Zeitraum von fünf Jahren abgeschlossen werden, sich jedoch stillschweigend über diesen Zeitraum hinaus verlängern, grundsätzlich unproblematisch sind, sofern angemessene Kündigungs- bzw. Neuverhandlungsmöglichkeiten bestehen. Damit einher ging eine marginale Änderung im Wortlaut der Vertikal-GVO, welche nun nicht mehr darauf abstellt, für wie lange die Wettbewerbsverbote "vereinbart werden", sondern wie lange sie "gelten".

Die entsprechende Anpassung im Wortlaut hat auch das Sekretariat in Art. 15 g) VE-VertBek vorgenommen. Es bleibt jedoch unklar, ob damit die gleiche Erleichterung wie in der EU erreicht werden soll. Die Änderung im Wortlaut ist für eine solche Schlussfolgerung u.E. nicht spezifisch genug. In den VE-VertBek-Erläuterungen findet sich diesbezüglich soweit ersichtlich keine Klarstellung. Es bleibt deshalb unklar, ob das Sekretariat hier der europäischen Praxis folgt, die in jeder Beziehung sinnvoll ist. Die VE-VertBek bzw. die VE-VertBek-Erläuterungen sollten dies klarstellen.

- **Dualer Vertrieb (Art. 10 Abs. 2-4 VE-VertBek)**

Wir begrüßen, dass die Regelungen zum dualen Vertrieb in Art. 10 Abs. 2 - 4 VE-VertBek denjenigen an die Vertikal-GVO angeglichen werden sollen.

Nach Art. 10 Abs. 3 VE-VertBek ist die Zulässigkeit eines Informationsaustauschs zwischen Anbietern und Abnehmern im Rahmen des dualen Vertriebs nach der VertBek zu beurteilen, wenn der Informationsaustausch entweder direkt die Umsetzung der vertikalen Wettbewerbsabrede betrifft oder zur Verbesserung der Produktion oder des Vertriebs der Vertragswaren oder -dienstleistungen erforderlich ist. Auf europäischer Ebene werden hierfür die Kategorien von Informationen, die im dualen Vertriebsverhältnis ausgetauscht werden dürfen, in den neuen Vertikalleitlinien anhand von Beispielskatalogen illustriert (EU-Vertikalleitlinien, Rz. 99 und 100). VE-VertBek gibt dagegen keine Hilfestellung. Dies sollte im Sinne der Rechtssicherheit ergänzt werden.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme und stehen für Fragen Ihrerseits gerne zur Verfügung.

Aufgrund der äusserst kurzen Vernehmlassungsfrist und der Bedeutung der VertBek für den Wirtschaftsstandort Schweiz, regen wir an, dass die Wettbewerbskommission vor deren Verabschiedung den interessierten Parteien nochmals Gelegenheit zur Stellungnahme einräumt (etwa in Form einer Anhörung) oder die Vernehmlassungsfrist verlängert.

Mit freundlichen Grüßen



Marcel Meinhardt


Astrid Waser

1. September 2022

Per E-Mail: [REDACTED]
Sekretariat Wettbewerbskommission
Herr Prof. Dr. Patrik Ducrey
Frau Dr. Andrea Graber Cardinaux
Hallwylstrasse 4
3003 Bern

013-00007: Revision Vertikalbekanntmachung (VertBek) – Vernehmlassungsentwürfe der Vertikalbekanntmachung und der VertBek-Erläuterungen / Vernehmlassung

Sehr geehrter Herr Direktor
Sehr geehrte Frau Vizedirektorin

Mit Ihrem Schreiben vom 5. Juli haben Sie uns eingeladen, Ihnen eine allfällige Stellungnahme zu den Vernehmlassungsentwürfen der Vertikalbekanntmachung und der Erläuterungen einzureichen. Wir bedanken uns für diese Gelegenheit.

Als Vertreter von 105 Markenunternehmen, die Markenprodukte auf dem Schweizer Markt hauptsächlich über Dritte (Detailhandel) verkaufen, sind die Mitglieder von Promarca von der kartellrechtlichen Regelung von Vertriebsverträgen besonders betroffen. Wir freuen uns daher, Ihnen unsere Überlegungen zu unterbreiten.

Bevor wir zu den Änderungen des Vernehmlassungsentwurfs Stellung beziehen, möchten wir Sie noch auf folgende zwei grundsätzliche Punkte aufmerksam machen:

1. Besserer Schutz der Marke als Treiber von Innovation und Wettbewerb

Markenprodukte sind unbestrittenermassen Treiber von Innovation und Wettbewerb. Die Akteure in vielen Märkten orientieren sich an diesen Produkten. So belebt die Entwicklung neuer Markenprodukte die betreffenden Märkte und bringt die anderen Hersteller dazu, ihrerseits neue Produkte auf den Markt zu bringen (7244 neue Produkte wurden im letzten Jahr von Promarca Mitglieder auf dem Schweizer Markt lanciert). Dieser wichtigen Wettbewerbsfunktion von Markenartikeln ist daher auch bei der Beurteilung von Vertikalabreden Rechnung zu tragen. So sind bei der Analyse vertikaler Vereinbarungen die Besonderheiten von Markenartikeln zu berücksichtigen, insbesondere die Notwendigkeit von dauerhaften, langfristigen Investitionen und der Schutz der Markenreputation als wesentliche Elemente, um den Wert einer Marke zu schaffen und zu erhalten. Wir sind daher überrascht, dass im vorliegenden Entwurf keinerlei diesbezügliche Konkretisierungen vorgenommen worden sind. So wäre mindestens zu erwarten gewesen, dass die Artikel 18 Abs. 4 lit. a) und b) VE-VertBek in den Erläuterungen in erwähntem Sinne kommentiert würden. In der aktuellen Fassung fehlen Erläuterungen zu diesen Vorschriften gänzlich, was angesichts der Bedeutung von Artikel 16 VertBek bzw. Artikel 18 des Vorentwurfs nicht verständlich ist. Wir bitten Sie deshalb, die genannten Vorschriften in obgenanntem Sinn zu ergänzen oder zumindest Erläuterungen zu verfassen.

Schweizerischer Markenartikelverband
Union suisse de l'article de marque

Bahnhofplatz 1, 3011 Bern
Telefon +41 (0)31 310 54 54, Telefax +41 (0)31 310 54 50
info@promarca.ch, www.promarca.ch

2. Analoge Geltung der auf Vertikalabreden anwendbaren EU-Vorschriften

Aus Sicht der Markenartikelindustrie ist es sinnvoll, dass in der Schweiz im Bereich Wettbewerbsabreden weiterhin möglichst dieselben Regeln wie in der Europäischen Union zur Anwendung kommen, wie dies in Erw. VI. und VII VE-VertBek erwähnt wird. Es scheint uns sinnvoll, punktuell in der VertBek und den Erläuterungen Formulierungen aus der EU-Vertikal-GVO zu übernehmen oder auf Vorschriften in der EU-Verordnung bzw. Formulierungen in den dazugehörigen Leitlinien zu verweisen. Dabei darf aber nicht vergessen werden, dass das Freistellungssystem in der EU vom Rechtfertigungssystem in der Schweiz zu unterscheiden ist und in der EU-GVO auch andere Begriffe verwendet werden (z.B. «Kernbeschränkungen», «nicht freigestellte Beschränkungen» etc.), was zu Verwirrung führen kann.

Die Bekanntmachungen gemäss Artikel 6 Kartellgesetz sollen der Rechtssicherheit dienen und den Unternehmen als Adressaten des Kartellgesetzes wichtige und praktische Anhaltspunkte liefern, wie sie ihr unternehmerisches Verhalten auf dem Markt gestalten sollen. Die Erläuterungen zur VertBek bzw. VE-VertBek sind im Vergleich zu den Leitlinien der EU sehr kurz. Die Integration von Formulierungen aus der Vertikal-GVO bzw. den EU-Vertikalleitlinien oder die (analoge) Verweisung auf das EU-Recht sind zwar, wie erwähnt, im Grundsatz richtig, doch sind diese Einschübe bzw. Verweisungen aufgrund der Terminologie, Systematik/Zusammenhang und der Fülle des EU-Regelwerks für Schweizer Unternehmen nicht immer einfach zu verstehen und manchmal sogar verwirrend. Dies gilt auch für Markenunternehmen, welche ihr Marktverhalten kartellrechtskonform gestalten wollen. Wir bitten Sie daher, die Erläuterungen substanziell zu ergänzen. Diese Bitte betrifft, neben den unten beschriebenen Vorschriften, insbesondere auch Artikel 18 VE-VertBek.

Schliesslich sollte ausdrücklicher klargestellt werden, dass auch im Zusammenhang mit Vorschriften, bei denen keine Formulierungen aus dem EU-Recht kopiert worden sind – vorbehältlich expliziter anderweitiger Regelung in der VertBek – die EU-Vertikal-GVO und die entsprechenden Leitlinien gemäss Erw. VI. und VII. VertBek analog Geltung beanspruchen, was der Rechtssicherheit dienlich wäre.

Es folgen unsere Erläuterungen zu Ihrem Entwurf:

A. Begriffe

Wir haben festgestellt, dass die Begriffe der neuen vertikal GVO angepasst und Begriffsdefinitionen für Alleinvertriebssysteme und Online-Vermittlungsdienste aufgenommen wurden und unterstützen diese Konkretisierungen.

Zu Artikel 4: Alleinvertriebssysteme

Im Abschnitt II. der Begleitnotiz: «Übersicht der Änderungen gemäss Vernehmlassungsentwurf Vertikalbekanntmachung/VertBek-Erläuterungen» wird festgestellt, dass die Ausführungen in Rz 15 der VertBek-Erläuterungen aufgrund dieser neu eingefügten Definition gestrichen worden seien.

Mit der Verweisung waren wohl die Erläuterungen in Rz 14 VertBek-Erläuterungen gemeint. Auch diese aktuelle Kommentierung ist unklar und es wäre sinnvoll, wenn in den geplanten Erläuterungen die Erklärung zur Kombination Alleinvertrieb/Selektivvertrieb wieder aufgenommen und verständlich formuliert werden könnte. Dies könnte im Rahmen einer Erläuterung zu Artikel 15 lit. b VE-VertBek erfolgen.

Schweizerischer Markenartikelverband Union suisse de l'article de marque

Bahnhofplatz 1, 3011 Bern
Telefon +41 (0)31 310 54 54, Telefax +41 (0)31 310 54 50
info@promarca.ch, www.promarca.ch

Zu Artikel 5: Selektive Vertriebssysteme

Vor allem bei einem selektiven Vertriebssystem ist ein Mindestmass an Informationsaustausch erforderlich, da der Wiederverkäufer sich bereit erklärt, in Ressourcen zu investieren, um die qualitativen Kriterien des Anbieters zu erfüllen. Diese betreffen hauptsächlich die Qualität des Einzelhandelsumfelds und die Kundenerfahrung. Und um die Attraktivität der Markenprodukte zu wahren und den Endkunden ein kohärentes Einzelhandelserlebnis über die verschiedenen Vertriebskanäle und Einzelhändler des Lieferanten zu bieten, schult der Lieferant in der Regel das Einzelhandelspersonal der Wiederverkäufer und gibt alle relevanten und erforderlichen Informationen über das Produkt weiter, um ein hervorragendes Kundenerlebnis (sowohl vor als auch nach dem Kauf) zu gewährleisten.

Wir nutzen die Gelegenheit zu betonen, dass grundsätzlich nicht nur Prestige- und Luxusgüter sowie technisch hochstehende Produkte diese Vertriebsform wählen. Auch Markenunternehmen die im Konsumgüterbereich tätig sind, können ein Interesse haben, diese Vertriebsform zu wählen, um eine Marke aufzubauen oder zur Existenzsicherung der Marke, was bei einer Auslegung zu berücksichtigen wäre.

Aufgrund der unbestrittenen grossen wirtschaftlichen Bedeutung von Selektivvertriebssystemen in der Schweiz und in Europa wäre es angemessen, in den geplanten Erläuterungen die kartellrechtlichen Grenzen des Informationsaustauschs im Zusammenhang mit einem Selektivvertrieb zu spezifizieren.

Europäische Länder haben schon länger die Wichtigkeit dieses Vertriebssystems erkannt und sogar rechtliche Mechanismen eingeführt, um die Verletzung eines selektiven Vertriebsnetzes zu bestrafen: Frankreich hat beispielsweise 1996 Bestimmungen eingeführt, um die direkte oder indirekte Beteiligung an der Verletzung eines selektiven Vertriebsnetzes zu bestrafen (Artikel L.442-2 des französischen Handelsgesetzbuchs).

Zu Artikel 9: Online Vermittlungsdienste

Bei «Online-Vermittlungsdienste» handelt es sich um einen neuen Begriff, der aus der EU-GVO entnommen wurde. Die Definition ist sowohl sehr weit gefasst als auch verwirrend. Es ist unklar, wie sie sich von Online-Marktplätzen oder Anbietern abgrenzen. Dieser Begriff muss in den geplanten Erläuterungen unbedingt besser dargestellt und die Abgrenzung zu anderen Begriffen wie Drittplattform, Marktplätzen etc. erklärt werden.

B. Regeln

Zu Artikel 10: Dualer Vertrieb

Beim dualen Vertrieb vertreibt der Anbieter seine Waren sowohl direkt als auch über Händler. Ein Hersteller mit dualen Vertriebssystem strebt grundsätzlich keine wettbewerbswidrige Vereinbarung mit seinen Einzelhändlern an, da er alle Anreize hat, die Entwicklung des Einzelhandelsgeschäfts zu fördern und zu unterstützen und der duale Vertrieb ein Mittel ist zur Ausweitung der Reichweite und der Produktion seiner Produkte. So haben beide Beteiligten ein gemeinsames Interesse daran, so viele Produkte wie möglich zu verkaufen. Es kann daher auch vorkommen, dass bestimmte Informationen ausgetauscht werden müssen, damit die Verbraucher davon profitieren können.

Auch zum dualen Vertrieb werden einfach entsprechende EU-Vorschriften übernommen, wobei die geplanten Erläuterungen zur Interpretation aber keine Hilfe bieten. Es wäre daher angemessen, wenn die VE-VertBek-Erläuterungen diesbezüglich ergänzt werden könnten und vor allem zum in der Praxis

zentralen Aspekt des Informationsaustauschs Hinweise geben würden. Im Entwurf wird nicht einmal eine explizite Verweisung zu Rz 96ff. der EU-Vertikalleitlinien gemacht. Selbst wenn aber eine implizite Verweisung aufgrund den Erw. VI. und VII. angenommen werden müsste, wäre eine konzise und verständliche Ergänzung der geplanten Erläuterungen notwendig.

Zu Artikel 12 Abs. 1 lit. a: Preisabrede

Promarca ist überrascht festzustellen, dass – während die EU-Kommission in ihren Leitlinien Hinweise auf Umstände gibt (Rz 185ff.), die zulässig sein können bei Vorliegen einer Preisbindung zweiter Hand – in der Schweiz an der scharfen Praxis festgehalten wird. In den VE-VertBek-Erläuterungen werden zwar auch hier EU-Formulierungen übernommen, aber gerade diese genannten Erleichterungen finden sich nirgends. Auch hier stellt sich dem Adressaten des Kartellgesetzes die Frage, ob diese Ausnahmen bewusst weggelassen werden oder ob diese trotzdem gestützt auf die Erw. VI. und VII. auch in der Schweiz Geltung beanspruchen. In jedem Fall ist auch hier eine Ergänzung der VE-VertBek-Erläuterungen dringend notwendig.

Ähnliches gilt für die Umschreibung des Begriffs Preisempfehlung. In den VE-VertBek-Erläuterungen wird praktisch ausschliesslich auf das Urteil des Bundesgerichts i.S. Pfizer eingegangen. Dieses stellt aber aus unserer Sicht insofern einen Spezialfall dar, als der Abredobegriff aufgrund der in diesem Fall vorgelegenen besonderen Umstände (Befolgungsgrad usw.) als gegeben erachtet und damit eine Preisabrede angenommen wurde. Dies dürfte in den «normalen» Fällen von Preisempfehlungen nicht der Fall sein. Insofern sollte der Fall «Pfizer» an der kartellrechtlichen Beurteilung von klassischen Preisempfehlungen nichts geändert haben. Entsprechend würde man erwarten, dass dies so in den Erläuterungen klargelegt wird. Die geplante Darstellung in der VE-VertBek und VE-VertBek-Erläuterungen schafft aber im Zusammenhang mit einem derart wichtigen Instrument wie der Preisempfehlung noch mehr Unsicherheit und es ist entsprechend auch hier dringend notwendig, dass die geplanten Erläuterungen in diesem Sinne ergänzt werden.

Zu Artikel 12 Abs. 1 lit. b: Absolute Gebietsschutzabrede

Die Aussage am Ende von Ziffer 11 der Erläuterungen und die Fussnote 34 sind nicht nachvollziehbar. Dass Alleinbezugssachverhalte unter Artikel 5 Abs. 4 lit. b Kartellgesetz fallen, dürfte nur in Ausnahmefällen zutreffen. Die entsprechende «Schweizer Praxis» muss in den VE-VertBek-Erläuterungen unbedingt präzise erklärt werden, damit keine Rechtsunsicherheit – auch im Verhältnis zur EU-GVO und den EU-Leitlinien – entsteht.

Zu Artikel 14: Erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung

In der Teilrevision des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen wird eine Anpassung des Art. 5 vorgeschlagen, die die Markenartikelindustrie unterstützt. Gerade in Vertriebssystemen mit vorhandenem Interbrand-Wettbewerb kann wohl kaum von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs ausgegangen werden und im Falle einer Verneinung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann es nicht sein, dass eine erhebliche per se Beeinträchtigung bejaht wird. Promarca geht davon aus, dass, falls oben genannter Vorschlag vom Parlament angenommen wird, die gültigen VertBek und -Erläuterungen angepasst werden.

Artikel 15: Qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsabreden

Auch hier bringen blosse Übernahmen von EU-Formulierungen Unklarheiten. Der Begriff «Direktkundin» oder «Kundin» müsste ebenso geklärt werden (insbesondere auch Abgrenzung zu den

Schweizerischer Markenartikelverband
Union suisse de l'article de marque

Bahnhofplatz 1, 3011 Bern
Telefon +41 (0)31 310 54 54, Telefax +41 (0)31 310 54 50
info@promarca.ch, www.promarca.ch

Begriffen wie Abnehmerin, Wiederverkäuferin, Endverbraucherin etc.) wie die offenbar bezweckte Möglichkeit, dass Alleinvertriebshändler neu das Aktivverkaufsverbot künftig auch an eine sog. zweite Abnehmerstufe weitergeben darf, was bisher auch in der EU verboten war. Diese Begriffe und Neuerung, welche gerade auch für unsere Verbandsmitglieder von grosser praktischer Bedeutung ist, sollten in den VE-VertBek-Erläuterungen erklärt werden.

Zu Artikel 15 lit. e: Online-Handel

Die Rz 21ff. der VE-VertBek-Erläuterungen sind nur schwer verständlich. Es ist nach wie vor unklar, wann eine Vertragsklausel, welche ausschliesslich den Online-Vertrieb betrifft, eine sanktionierbare Abrede im Sinne von Artikel 5 Abs. 4 Kartellgesetz darstellen kann. Es ist schwer vorstellbar, dass die in Rz 22 genannten Klauseln unter Artikel 5 Abs. 4 Kartellgesetz fallen könnten, ohne dass auch gebietsabschottende Vereinbarungen für den Offline-Vertrieb bestehen.

In den Rz 23ff. werden wiederum Wortlaute aus dem EU-Recht kopiert, ohne dass diese genauer erklärt werden. Aufgrund der bisherigen Praxis in Europa geht Promarca davon aus, dass ein Verbot des Vertriebs von Markenartikeln über Drittplattformen zulässig ist. Aus den grösstenteils kopierten Erläuterungen der EU-Vertikal-Leitlinien wird aber generell nicht klar, wie in der Praxis mit dem Online-Handel umgegangen werden muss, damit der betreffende Hersteller oder Lieferant nicht mit dem Kartellgesetz in Konflikt gerät. Diesbezügliche Ergänzungen mit illustrativen praktischen Beispielen sind daher auch hier dringend notwendig.

Zu Artikel 15 lit. g: Wettbewerbsverbote

Wir stellen fest, dass die EU-Kommission in ihren Vertikalleitlinien (Rz 248) klargestellt hat, dass vertikale Wettbewerbsverbote, die für einen Zeitraum von fünf Jahren abgeschlossen werden und sich stillschweigend über diesen Zeitraum hinaus verlängern, grundsätzlich unproblematisch sind, sofern angemessene Kündigungs- bzw. Neuverhandlungsmöglichkeiten bestehen. Die Markenartikelindustrie fragt sich, warum auf diese Neuerung aus der EU verzichtet wurde. Wir sehen keinen Grund, diese Regelung nicht auch in der Schweiz zu übernehmen. Denn sie wäre sinnvoll für Unternehmen, die ihre Produkte international vertreiben.

Für Fragen stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

PROMARCA

Anastasia Li-Treyer
Geschäftsführerin

Schweizerischer Markenartikelverband
Union suisse de l'article de marque

Bahnhofplatz 1, 3011 Bern
Telefon +41 (0)31 310 54 54, Telefax +41 (0)31 310 54 50
info@promarca.ch, www.promarca.ch

Wettbewerbskommission
Sekretariat
Herr Prof. Dr. P. Ducrey, Direktor
Frau Dr. A. Graber, Vizedirektorin
Hallwylstrasse 4
3003 Bern

<mailto:per E-Mail versandt:>

<mailto:> [REDACTED]

Bern, 2. September 2022

Stellungnahme des Schweizerischen Anwaltsverbands SAV-FSA zur Revision der Vertikalbekanntmachung (VertBek) und der VertBek-Erläuterungen

Sehr geehrter Herr Direktor
Sehr geehrte Frau Vizedirektorin

Der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) bedankt sich für die Einladung zur Vernehmung und nimmt dazu wie folgt Stellung:

I. Vorbemerkung

Die Bekanntmachungen gemäss Artikel 6 KG sollen Artikel 5 Abs. 2 KG im Zusammenhang mit Vertikalabreden konkretisieren. Sie dienen der Rechtssicherheit und geben den Adressaten des KG Anhaltspunkte, wie sie ihr Marktverhalten aus kartellrechtlicher Sicht gestalten sollen. Sie sollten daher auch übersichtlich und auch für den Praktiker verständlich sein.

Der Schweizerische Anwaltsverband begrüsst es, dass in der Schweiz im Bereich Wettbewerbsabreden weiterhin **subsidiär dieselben Regeln wie in der Europäischen Union** zur Anwendung kommen wie dies Erw. VI. und VII VE-VertBek erwähnen. Der vorliegende Entwurf vermag allerdings **puncto Klarheit und Rechtssicherheit nicht zu überzeugen**. So werden beispielsweise in der VE-VertBek und den VE-VertBek-Erläuterungen Textauszüge aus der EU-Vertikal-GVO übernommen oder es wird auf Vorschriften in der EU-Verordnung bzw. Formulierungen in den dazugehörigen Leitlinien verwiesen. Dabei wird aber mitunter vergessen, dass sich das Freistellungssystem in der EU vom Rechtfertigungssystem in der Schweiz unterscheidet und entsprechend in der EU-GVO teils auch eine andere Terminologie gilt (z.B. "Kernbeschränkungen", "nicht freigestellte Beschränkungen" etc.), was zu

Verwirrung führen kann. In diesem Zusammenhang wird auch nicht genügend Rechnung getragen, dass die **Erläuterungen zur VertBek bzw. VE-VertBek** im Vergleich zu den Leitlinien der EU **ungleich kurz** sind. Den Einschüben von einzelnen Formulierungen aus der Vertikal-GVO bzw. den EU-Vertikalleitlinien in den VE-VertBek bzw. den VE-VertBek-Erläuterungen fehlen oft der genaue Kontext und vor allem die in den umfangreichen und illustrativen Kapiteln der EU-Leitlinien enthaltenen klärenden Zusätze.

Unsicherheit besteht aber auch insofern, als die Einschübe bzw. expliziten konkreten Verweisungen auf das EU-Recht **nur vereinzelt** erfolgen und **bestimmte Änderungen in der EU-Vertikal-GVO bzw. den EU-Vertikalleitlinien** in der VE-Vert-Bek und/oder VE-Vert-Bek-Erläuterungen **gar nicht erwähnt** werden. Es stellt sich in solchen Fällen die Frage, ob auch dort eine **implizite Verweisung** auf das EU-Recht gilt bzw. ob die dort erfolgte Änderungen auch in der Schweiz gelten, obwohl sie in der VE-VertBek und in den VE-VertBek-Erläuterungen mit keinem Wort erwähnt werden.

Es erscheint daher dringend geboten, zunächst klarzustellen, dass die EU-Vertikal-GVO und die EU-Vertikalleitlinien **nur dann in der Schweiz keine analoge Geltung haben, wenn die Schweizer VertBek eine anderslautende Regelung** vorsieht. Dies sollte aus Sicht des SAV in der VertBEK explizit erwähnt werden. Zusätzlich ist es notwendig, die VE-Erläuterungen im oben erwähnten Sinn **substanziell zu ergänzen**.

Der Klärungsbedarf ist erheblich und betrifft insbesondere den Begriff "Alleinvertrieb" und die in der EU bestehende Möglichkeit der Weiterreichung des Aktivverkaufsverbots an die zweite Abnehmerstufe, den Begriff der "Online-Vermittlungsdienste" und die Zulässigkeit von Beschränkungen des Online-Handels, den Alleinbezug, die Ausnahmemöglichkeiten bei Preisbindungen zweiter Hand¹, die Preisempfehlungen und die Änderung zu Wettbewerbsverboten in der EU. Auch wäre es wünschenswert zu präzisieren, dass auf die Konkretisierung zulässigen Informationsaustausches in den EU-Vertikalleitlinien (Rz. 99f.) ausdrücklich verwiesen wird. Das gleiche gilt für die Klarstellungen zum qualitativen Selektivvertrieb in den EU-Leitlinien (Rz. 144).

II. Zu den Änderungen im Einzelnen

A. Vermutungstatbestände (Art. 12 VE-VertBEK)

1. Gebietsbeschränkungen (Art. 12 lit. b VE-VertBek)

Art. 12 lit. b VE-VertBEK enthält wie bisher eine Umschreibung derjenigen Abreden, die als absolute Gebietsschutzabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG qualifizieren können. Dazu gehören namentlich "Beschränkungen des Gebiets, in das die Abnehmerin die Vertragswaren oder -dienstleistungen passiv verkaufen darf, ausser es liegt eine Ausnahme gemäss Artikel 15 Litera b bis d vor". Artikel 15 lit. b bis d enthalten verschiedene Ausnahmen, im Rahmen welcher es möglich ist, Beschränkungen des Gebiets vorzunehmen, in welches die Abnehmerin Vertragswaren oder -dienstleistungen verkaufen darf.

¹ Vgl. etwa Rz 185ff. der EU-Vertikalleitlinien.

Der Wortlaut von Art. 5 Abs. 4 KG sowie die Präzisierungen in der VertBEK stellen klar, dass als Kernbeschränkungen nur **Beschränkungen der Wiederverkaufsmöglichkeiten** der Abnehmerin fallen, die einen absoluten Gebietsschutz bewirken. Es geht entsprechend um den Downstream-Markt, auf welchem die Abnehmerin tätig ist. Sowohl die VertBEK als auch die VE-VertBEK stellen zudem klar, dass Exklusiv**bezugsverpflichtungen** von Wiederverkäufern als (zulässige) Wettbewerbsverbote qualifizieren (Art. 7 VE-VertBEK). Solche Abreden sind unter Art. 5 Abs. 1 KG zu beurteilen und gelten als qualitativ unerheblich, sofern sie auf eine Zeitdauer von fünf Jahren beschränkt sind (vgl. auch Art. 15 lit. g VE-VertBEK).

Auch unter **EU Recht** gelten solche Exklusivbezugsverpflichtungen nicht als Kernbeschränkungen, da auch unter EU Recht **nur Beschränkungen von Wiederverkaufsmöglichkeiten der Abnehmerin** als Kernbeschränkungen erfasst werden (vgl. Art. 4 Bst. b Ziff. I Vertikal-GVO).

Aufgrund dieser klaren gesetzlichen Vorgaben beantragt der SAV, dass die VE VertBEK-Erläuterungen (Rz. 11), welche ausführen, dass auch *"vertragliche Bezugsbeschränkungen, wonach sich die Vertriebspartnerinnen in der Schweiz verpflichten, die Vertragsware nur in ihrem Vertragsgebiet zu beziehen", "zum indirekten Ausschluss von passiven Verkäufen an Abnehmerinnen in der Schweiz führen"* gestrichen werden. Wie dargelegt werden **Bezugsbeschränkungen** nicht von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst und können entsprechend auch nicht zu einer Beschränkung des Gebiets, in das die **Abnehmerin** die Vertragswaren oder -dienstleistungen **verkaufen** darf, führen.

Die in den VE VertBEK erwähnte *"Schweizer Praxis"*, die auf einem durch einvernehmliche Regelung erledigten Einzelfall beruht und im Widerspruch zur VertBEK, zur bisherigen Praxis (vgl. z.B. Fall Gym80, RPW 2018/2, 237 ff., 242 Rz. 42) und der europäischen Praxis steht, ist entsprechend zu korrigieren.

2. Preisempfehlungen (Artikel 12 Abs. 3 VE-VertBek)

Der SAV **lehnt die Anpassung der VertBek und der VertBek-Erläuterungen im Bereich der vertikalen Preisempfehlungen ab**. Vorzuziehen wäre es, die bisherige Regelung beizubehalten und bloss in einer Randnotiz auf das Bundesgerichtsurteil i. S. *Pfizer* (BGE 147 II 72) zu verweisen, und zwar aus folgenden Gründen:

- **EU-Kompatibilität:** Gemäss der EU-Praxis werden vertikale Preisabreden nur dann von Art. 101 AEUV erfasst, wenn **zusätzlich zur Empfehlung Druck ausgeübt oder Anreize gesetzt** werden, um die Einhaltung der empfohlenen Preise auf der nachgelagerten Marktstufe durchzusetzen (Ziff. 188 der Vertikalleitlinien). Artikel 4 (a) der Vertikal-GVO hält demgegenüber ausdrücklich fest, dass Preisempfehlungen grundsätzlich zulässig sind. Die von der WEKO vorgeschlagene Anpassung der Vertikalbekanntmachung steht **im Widerspruch zur Europäischen Regelung**.
- **Pfizer-Urteil betrifft Ausnahmefall:** Der dem Bundesgerichtsurteil i.S. *Pfizer* (BGE 147 II 72) zugrunde liegende Sachverhalt stellt einen Ausnahmefall dar, welcher nicht verallgemeinert werden darf. Das Bundesgericht hat in den Erwägungen selbst festge-

halten, dass **eine besondere Konstellation** in einem stark regulierten Markt mit Werbebeschränkungen vorlag. Massgebend war zudem, dass die Herausgeber der Preisempfehlungen aufgrund der elektronischen Übermittlung der Preise in die Kassensysteme der Leistungserbringer (Apotheken, Ärzte) davon ausgehen konnten, dass Preisempfehlungen grossmehrheitlich eingehalten werden und damit der **Abredetatbestand** ohne jeglichen Druck oder Anreize zur Befolgung in für Preisempfehlungen untypischer Weise erfüllt war. Gemäss E. 5.6 des Urteils können die beurteilten Verhaltensweisen bspw. nicht mit Preisempfehlungen in der Automobilbranche verglichen werden. Entsprechend ist es ausreichend, wenn in der Bekanntmachung in einer Fussnote oder in einem kurzen Absatz in den Erläuterungen auf die vom Bundesgericht beurteilte Sonderkonstellation verwiesen wird. Klargestellt werden sollte aber in den Erläuterungen, dass **Preisempfehlungen im Normalfall zulässig** sind.

- Praktische Bedeutung von Preisempfehlungen: Preisempfehlungen entsprechen einem praktischen **Bedürfnis** der Hersteller, der Händler und der Konsumenten. Den Lieferanten wird es dadurch ermöglicht, die eigenen Produkte möglichst kompetitiv auf den Markt zu bringen, sodass der Interbrand-Wettbewerb mit anderen Herstellern und Lieferketten möglichst gut funktioniert. Aus der Sicht der Konsumenten sind Preisempfehlungen **nützlich**, weil es ihnen dadurch ermöglicht wird, das Preisverhalten der konkurrierenden Händler zu vergleichen (Steigerung des Intra-brand-Wettbewerbs). Ausserdem dürften sich Preisempfehlungen in den meisten Anwendungsfällen als Höchstpreise auswirken, welche es den Händlern faktisch verunmöglicht, höhere Preise zu verlangen. Die von der WEKO vorgeschlagene Anpassung der Vertikalbekanntmachung und der Erläuterungen könnte zur Folge haben, dass Hersteller und Lieferanten grossmehrheitlich **auf Preisempfehlungen verzichten**, was den Wettbewerb schwächen würde.

B. Online-Handel (Art. 15 lit. e VE-VertBek)

Der SAV begrüsst, dass die Erläuterungen an die Formulierungen der Vertikal-GVO und der EU-Vertikalleitlinien angepasst wurden. Positiv zu werten ist der Umstand, dass in den Randziffern 25, 26 und 29 der Erläuterungen Beispiele von nicht qualitativ schwerwiegenden Abredeformen genannt werden. Diese Auflistung zulässiger Verhaltensweisen entspricht einem praktischen Bedürfnis der Unternehmen, dennoch wären konkretere Erklärungen hierzu und auch zum Begriff der Online-Vermittlungsdiensten in Artikel 9 zur Erhöhung der Rechtssicherheit wünschenswert.

C. Wettbewerbsverbote (Artikel 15 lit. g VE-VertBek)

Die geltende Fassung der Vertikalbekanntmachung sieht vor, dass Wettbewerbsverbote, welche für eine unbestimmte Dauer oder für eine Dauer von mehr als fünf Jahren vereinbart werden, als qualitativ schwerwiegend betrachtet werden (vgl. Ziffer 12 Abs. f) Gemäss VE-VertBEK (Artikel 15 Abs. g) soll das gleiche gelten.

Diese Formulierung wurde der Vertikal-GVO entnommen (Art. 5 Abs. 1 lit. a Vertikal-GVO). Allerdings bleibt unklar, ob auch die Erklärungen in den Vertikal-Leitlinien dazu gelten sollen, **wonach Wettbewerbsverbote, die stillschweigend über einen Zeitraum von fünf Jahren hinaus verlängert werden können, unbedenklich sind**, sofern der Abnehmer die vertikale Vereinbarung, die die Verpflichtung enthält, mit einer angemessenen Kündigungsfrist und zu angemessenen Kosten wirksam neu aushandeln oder kündigen kann, sodass er nach Ablauf der Fünfjahresfrist seinen Anbieter effektiv wechseln könnte (Vertikal-Leitlinien, Rz. 248). Diese unter der Vertikal-GVO erfolgte Präzisierung entspringt einem gewichtigen Anliegen aus der Praxis.

In der VertBEK und in den Erläuterungen sollte entsprechend präzisiert werden, dass dies neue Praxis auch in der Schweiz Gültigkeit hat.

Darüber hinaus sollten auch auf unbestimmte Zeit vereinbarte Wettbewerbsverbote allgemein als unbedenklich gelten (unabhängig von einer Befristung auf fünf Jahre), wenn sie der Abnehmer mit einer angemessenen Kündigungsfrist und zu angemessenen Kosten wirksam neu aushandeln oder kündigen kann. Auch in diesem Fall ist für die kartellrechtliche Beurteilung lediglich von Bedeutung, ob der Abnehmer nach Ablauf der Fünfjahresfrist seinen Anbieter effektiv wechseln könnte. Ist dies der Fall, sollte die neue Praxis auch für diese Fälle gelten.

Der Schweizerische Anwaltsverband dankt Ihnen für Ihre Kenntnisnahme.

Mit freundlichen Grüßen

Präsidentin SAV
Birgit Sambeth Glasner



Generalsekretär SAV
René Rall



Per E-Mail: [REDACTED]
Sekretariat Wettbewerbskommission
Herr Prof. Dr. Patrik Ducrey
Frau Dr. Andrea Graber Cardinaux
Hallwylstrasse 4
3003 Bern

Zürich, 2. September 2022

013-00007: Revision Vertikalbekanntmachung (VertBek) – Vernehmlassungsentwürfe der Vertikalbekanntmachung und der VertBek-Erläuterungen / Vernehmlassung

Sehr geehrter Herr Prof. Dr. Ducrey
Sehr geehrte Frau Dr. Graber

Mit Ihrem Schreiben vom 5. Juli haben Sie uns eingeladen, Ihnen eine allfällige Stellungnahme zu den Vernehmlassungsentwürfen der Vertikalbekanntmachung und der Erläuterungen einzureichen. Wir bedanken uns für diese Gelegenheit.

Als Vertreter von 102 Kosmetik-, Wasch- und Reinigungsmittelunternehmen, die Produkte auf dem Schweizer Markt hauptsächlich über Dritte (Detailhandel) verkaufen, sind die Mitglieder des SKW von der kartellrechtlichen Regelung von Vertriebsverträgen besonders betroffen und wir freuen uns, Ihnen unsere Überlegungen zu unterbreiten.

Bevor wir zu den Änderungen des Vernehmlassungsentwurfs Stellung beziehen, möchten wir Sie noch auf folgende zwei grundsätzliche Punkte aufmerksam machen:

1. Besserer Schutz der Marke als Treiber von Innovation und Wettbewerb

Markenprodukte sind unbestrittenermassen Treiber von Innovation und Wettbewerb. Die Akteure in vielen Märkten orientieren sich an diesen Produkten. So belebt die Entwicklung neuer Markenprodukte die betreffenden Märkte und bringt die anderen Hersteller dazu, ihrerseits neue Produkte auf den Markt zu bringen. Dieser wichtigen Wettbewerbsfunktion von Markenartikeln ist daher auch bei der Beurteilung von Vertikalabreden Rechnung zu tragen. So sind bei der Analyse vertikaler Vereinbarungen die Besonderheiten von Markenartikeln zu berücksichtigen, insbesondere die Notwendigkeit von dauerhaften, langfristigen Investitionen und der Schutz der Markenreputation als wesentliche Elemente, um den Wert einer Marke zu schaffen und zu erhalten. Wir sind daher überrascht, dass im vorliegenden Entwurf keinerlei diesbezügliche Konkretisierungen vorgenommen worden sind. So wäre mindestens zu erwarten gewesen, dass die Artikel 18 Abs. 4 lit. a) und b) VE-VertBek in den Erläuterungen in erwähntem Sinne kommentiert würden. In der aktuellen Fassung fehlen Erläuterungen zu diesen Vorschriften gänzlich, was angesichts der Bedeutung von Artikel 16 VertBek bzw. Artikel 18 des Vorentwurfs nicht verständlich ist. Wir bitten Sie deshalb, die genannten Vorschriften in obgenanntem Sinn zu ergänzen oder zumindest Erläuterungen zu verfassen.

2. Analoge Geltung der auf Vertikalabreden anwendbaren EU-Vorschriften

Aus Sicht des SKW ist es sinnvoll, dass in der Schweiz im Bereich Wettbewerbsabreden weiterhin möglichst dieselben Regeln wie in der Europäischen Union zur Anwendung kommen, wie dies in Erw. VI. und VII VE-VertBek erwähnt wird. Es scheint uns sinnvoll, punktuell in der VertBek und den Erläuterungen Formulierungen aus der EU-Vertikal-GVO zu übernehmen oder auf Vorschriften in der EU-Verordnung bzw. Formulierungen in den dazugehörigen Leitlinien zu verweisen. Dabei darf aber nicht vergessen werden, dass das Freistellungssystem in der EU vom Rechtfertigungssystem in der Schweiz zu unterscheiden ist und in der EU-GVO auch andere Begriffe verwendet werden (z. B «Kernbeschränkungen», «nicht freigestellte Beschränkungen» etc.), was zu Verwirrung führen kann.

Die Bekanntmachungen gemäss Artikel 6 Kartellgesetz sollen der Rechtssicherheit dienen und den Unternehmen als Adressaten des Kartellgesetzes wichtige und praktische Anhaltspunkte liefern, wie sie ihr unternehmerisches Verhalten auf dem Markt gestalten sollen. Die Erläuterungen zur VertBek bzw. VE-VertBek sind im Vergleich zu den Leitlinien der EU sehr kurz. Die Integration von Formulierungen aus der Vertikal-GVO bzw. den EU-Vertikalleitlinien oder die (analoge) Verweisung auf das EU-Recht sind zwar, wie erwähnt, im Grundsatz richtig, doch sind diese Einschübe bzw. Verweisungen aufgrund der Terminologie, Systematik/Zusammenhang und der Fülle des EU-Regelwerks für Schweizer Unternehmen nicht immer einfach zu verstehen und manchmal sogar verwirrend. Dies gilt auch für SKW Unternehmen, welche ihr Marktverhalten kartellrechtskonform gestalten wollen. Wir bitten Sie daher, die Erläuterungen substantiell zu ergänzen. Diese Bitte betrifft, neben den unten beschriebenen Vorschriften insbesondere auch Artikel 18 VE-VertBek.

Schliesslich sollte ausdrücklicher kargestellt werden, dass auch im Zusammenhang mit Vorschriften, bei denen keine Formulierungen aus dem EU-Recht kopiert worden sind - vorbehältlich expliziter anderweitiger Regelung in der VertBek - die EU-Vertikal-GVO und die entsprechenden Leitlinien gemäss Erw. VI. und VII. VertBek analog Geltung beanspruchen, was der Rechtssicherheit dienlich wäre.

Es folgen unsere Erläuterungen zu Ihrem Entwurf:

A. Begriffe:

Wir haben festgestellt, dass die Begriffe der neuen vertikal GVO angepasst und Begriffsdefinitionen für Alleinvertriebssysteme und Online-Vermittlungsdienste aufgenommen wurden und unterstützen diese Konkretisierungen.

Zu Artikel 4: Alleinvertriebssysteme

Im Abschnitt II. der Begleitnotiz: «Übersicht der Änderungen gemäss Vernehmlassungsentwurf Vertikalbekanntmachung/VertBek-Erläuterungen» wird festgestellt, dass die Ausführungen in Rz 15 der VertBek-Erläuterungen aufgrund dieser neu eingefügten Definition gestrichen worden seien.

Mit der Verweisung waren wohl die Erläuterungen in Rz 14 VertBek-Erläuterungen gemeint. Auch diese aktuelle Kommentierung ist unklar und es wäre sinnvoll, wenn in den geplanten Erläuterungen die Erklärung zur Kombination Alleinvertrieb/Selektivvertrieb wieder aufgenommen und verständlich formuliert werden könnte. Dies könnte im Rahmen einer Erläuterung zu Artikel 15 lit. b VE-VertBek erfolgen.

Zu Artikel 5: Selektive Vertriebssysteme

Vor allem bei einem selektiven Vertriebssystem ist ein Mindestmass an Informationsaustausch erforderlich, da der Wiederverkäufer sich bereit erklärt, in Ressourcen zu investieren, um die qualitativen Kriterien des Anbieters zu erfüllen. Diese betreffen hauptsächlich die Qualität des Einzelhandels Umfelds und die Kundenerfahrung. Und um die Attraktivität der Markenprodukte zu wahren und den Endkunden ein kohärentes Einzelhandelserlebnis über die verschiedenen Vertriebskanäle und Einzelhändler des Lieferanten zu bieten, schult der Lieferant in der Regel das Einzelhandelspersonal der Wiederverkäufer und gibt alle relevanten und erforderlichen Informationen über das Produkt weiter, um ein hervorragendes Kundenerlebnis (sowohl vor als auch nach dem Kauf) zu gewährleisten.

Wir nutzen die Gelegenheit, um zu betonen, dass grundsätzlich nicht nur Prestige- und Luxusgüter sowie technisch hochstehende Produkte diese Vertriebsform wählen. Auch SKW Unternehmen, die im Konsumgüterbereich tätig sind, können ein Interesse haben, diese Vertriebsform zu wählen, um eine Marke aufzubauen oder zur Existenzsicherung der Marke, was bei einer Auslegung zu berücksichtigen wäre.

Aufgrund der unbestrittenen grossen wirtschaftlichen Bedeutung von Selektivvertriebssystemen in der Schweiz und in Europa wäre es angemessen, in den geplanten Erläuterungen die kartellrechtlichen Grenzen des Informationsaustauschs im Zusammenhang mit einem Selektivvertrieb zu spezifizieren.

Europäische Länder haben schon länger die Wichtigkeit dieses Vertriebssystems erkannt und sogar rechtliche Mechanismen eingeführt, um die Verletzung eines selektiven Vertriebsnetzes zu bestrafen: Frankreich hat beispielsweise 1996 Bestimmungen eingeführt, um die direkte oder indirekte Beteiligung an der Verletzung eines selektiven Vertriebsnetzes zu bestrafen (Artikel L.442-2 des französischen Handelsgesetzbuchs).

Zu Artikel 9: On-line Vermittlungsdienste

Bei «On-line-Vermittlungsdienste» handelt es sich um einen neuen Begriff, der aus der EU-GVO entnommen wurde. Die Definition ist sowohl sehr weit gefasst als auch verwirrend. Es ist unklar, wie sie sich von Online-Marktplätzen oder Anbietern abgrenzen. Dieser Begriff muss in den geplanten Erläuterungen unbedingt besser dargestellt und die Abgrenzung zu anderen Begriffen wie Drittplattform, Marktplätzen etc. erklärt werden.

B. Regeln

Zu Artikel 10: Dualer Vertrieb

Beim dualen Vertrieb vertreibt der Anbieter seine Waren sowohl direkt als auch über Händler. Ein Hersteller mit dualem Vertriebssystem strebt grundsätzlich keine wettbewerbswidrige Vereinbarung mit seinen Einzelhändlern an, da er alle Anreize hat, die Entwicklung des Einzelhandelsgeschäfts zu fördern und zu unterstützen und der duale Vertrieb ein Mittel ist zur Ausweitung der Reichweite und der Produktion seiner Produkte. So haben beide Beteiligten ein gemeinsames Interesse daran, so viele Produkte wie möglich zu verkaufen. Es kann daher auch vorkommen, dass bestimmte Informationen ausgetauscht werden müssen, damit die Verbraucher davon profitieren können.

Auch zum dualen Vertrieb werden einfach entsprechende EU-Vorschriften übernommen, wobei die geplanten Erläuterungen zur Interpretation aber keine Hilfe bieten. Es wäre daher angemessen, wenn die VE-VertBek-Erläuterungen diesbezüglich ergänzt werden könnten und vor allem zum in der Praxis zentralen Aspekt des Informationsaustauschs Hinweise geben würden. Im Entwurf wird nicht einmal eine explizite Verweisung zu Rz 96ff. der EU-Vertikalleitlinien gemacht. Selbst wenn aber eine implizite Verweisung aufgrund den Erw. VI. und VII. angenommen werden müsste, wäre eine konzise und verständliche Ergänzung der geplanten Erläuterungen notwendig.

Zu Artikel 12 Abs. 1 lit. a: Preisabrede

Der SKW ist überrascht festzustellen, dass - während die EU-Kommission in ihren Leitlinien Hinweise auf Umstände gibt (Rz 185ff.), die zulässig sein können bei Vorliegen eine Preisbindung zweiter Hand - in der Schweiz an der scharfen Praxis festgehalten wird. In den VE-VertBek-Erläuterungen werden zwar auch hier EU-Formulierungen übernommen, aber gerade diese genannten Erleichterungen finden sich nirgends. Auch hier stellt sich dem Adressaten des Kartellgesetzes die Frage, ob diese Ausnahmen bewusst weggelassen werden oder ob diese trotzdem gestützt auf die Erw. VI. und VII. auch in der Schweiz Geltung beanspruchen. In jedem Fall ist auch hier eine Ergänzung der VE-VertBek-Erläuterungen dringend notwendig.

Ähnliches gilt für die Umschreibung des Begriffs Preisempfehlung. In den VE-VertBek-Erläuterungen wird praktisch ausschliesslich auf das Urteil des Bundesgerichts i.S. Pfizer eingegangen. Dieses stellt aber aus unserer Sicht insofern einen Spezialfall dar, als der Abredobegriff aufgrund der in diesem Fall vorgelegenen besonderen Umstände (Befolungsgrad usw.) als gegeben erachtet und damit eine Preisabrede angenommen wurde. Dies dürfte in den «normalen» Fällen von Preisempfehlungen nicht der Fall sein. Insofern sollte der Fall «Pfizer» an der kartellrechtlichen Beurteilung von klassischen Preisempfehlungen nichts geändert haben. Entsprechend würde man erwarten, dass dies so in den Erläuterungen klargestellt wird. Die geplante Darstellung in der VE-VertBek und VE-VertBek-Erläuterungen schafft aber im Zusammenhang mit einem derart wichtigen Instrument wie der Preisempfehlung noch mehr Unsicherheit und es ist entsprechend auch hier dringend notwendig, dass die geplanten Erläuterungen in diesem Sinne ergänzt werden.

Zu Artikel 12 Abs. 1 lit. b: Absolute Gebietsschutzabrede

Die Aussage am Ende von Ziffer 11 der Erläuterungen und die Fussnote 34 sind nicht nachvollziehbar. Dass Alleinbezugssachverhalte unter Artikel 5 Abs. 4 lit. b Kartellgesetz fallen, dürfte nur in Ausnahmefällen zutreffen. Die entsprechende «Schweizer Praxis» muss in den VE-VertBek-Erläuterungen unbedingt präzise erklärt werden, damit keine Rechtsunsicherheit – auch im Verhältnis zur EU-GVO und den EU-Leitlinien – entsteht.

Zu Artikel 14: Erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung

In der Teilrevision des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen wird eine Anpassung des Art. 5 vorgeschlagen, die die Kosmetik-, Wasch- und Reinigungsmittelindustrie unterstützt. Gerade in Vertriebssystemen mit vorhandenem Interbrand-Wettbewerb kann wohl kaum von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs ausgegangen werden und im Falle einer Verneinung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann es nicht sein, dass eine erhebliche per se Beeinträchtigung bejaht wird. Der SKW geht davon aus, dass falls oben genannter Vorschlag vom Parlament angenommen wird, die gültigen VertBek und -Erläuterungen angepasst werden.

Artikel 15: Qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsabreden

Auch hier bringen blosse Übernahmen von EU-Formulierungen Unklarheiten. Der Begriff «Direktkundin» oder «Kundin» müsste ebenso geklärt werden (insbesondere auch Abgrenzung zu den Begriffen wie Abnehmerin, Wiederverkäuferin, Endverbraucherin etc.) wie die offenbar bezweckte Möglichkeit, dass Alleinvertriebshändler neu das Aktivverkaufsverbot künftig auch an eine sog. zweite Abnehmerstufe weitergeben darf, was bisher auch in der EU verboten war. Diese Begriffe und Neuerung, welche gerade auch für unsere Verbandsmitglieder von grosser praktischer Bedeutung ist, sollten in den VE-VertBek-Erläuterungen erklärt werden.

Zu Artikel 15 lit. e: Online-Handel

Die Rz 21ff. der VE-VertBek-Erläuterungen sind nur schwer verständlich. Es ist nach wie vor unklar, wann eine Vertragsklausel, welche ausschliesslich den Online-Vertrieb betrifft, eine sanktionierbare Abrede im Sinne von Artikel 5 Abs. 4 Kartellgesetz darstellen kann. Es ist schwer vorstellbar, dass die in Rz 22 genannten Klauseln unter Artikel 5 Abs. 4 Kartellgesetz fallen könnten, ohne dass auch gebietsabschottende Vereinbarungen für den offline-Vertrieb bestehen.

In den Rz 23ff. werden wiederum Wortlaute aus dem EU-Recht kopiert, ohne dass diese genauer erklärt werden. Aufgrund der bisherigen Praxis in Europa geht der SKW davon aus, dass ein Verbot des Vertriebs von Kosmetik-, Wasch- und Reinigungsprodukten über Drittplattformen zulässig ist. Aus den grösstenteils kopierten Erläuterungen der EU-Vertikal-Leitlinien wird aber generell nicht klar, wie in der Praxis mit dem Online-Handel umgegangen werden muss, damit der betreffende Hersteller oder Lieferant nicht mit dem Kartellgesetz in Konflikt gerät. Diesbezügliche Ergänzungen mit illustrativen praktischen Beispielen sind daher auch hier dringend notwendig.

Zu Artikel 15 lit. g: Wettbewerbsverbote

Wir stellen fest, dass die EU-Kommission in ihren Vertikalleitlinien (Rz 248) klargestellt hat, dass vertikale Wettbewerbsverbote, die für einen Zeitraum von fünf Jahren abgeschlossen werden und sich stillschweigend über diesen Zeitraum hinaus verlängern, grundsätzlich unproblematisch sind, sofern angemessene Kündigungs- bzw. Neuverhandlungsmöglichkeiten bestehen. Die Kosmetik-, Wasch- und Reinigungsmittelindustrie fragt sich, warum auf diese Neuerung aus der EU verzichtet wurde. Wir sehen keinen Grund, diese Regelung nicht auch in der Schweiz zu übernehmen. Denn sie wäre sinnvoll für Unternehmen, die ihre Produkte international vertreiben.

Für Fragen stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Schweizerischer Kosmetik- und Waschmittelverband SKW

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Bernard Cloëtta'.

Dr.iur. Bernard Cloëtta, Direktor



Stiftung für Konsumentenschutz
Nordring 4
Postfach
3001 Bern

Wettbewerbskommission
Sekretariat
Hallwylstrasse 4
CH-3003 Bern
Per E-Mail:
weko@weko.admin.ch

Rückfragen:

André Bähler, Leiter Politik und Wirtschaft

Bern, 2. September 2022

Vernehmlassung Revision Vertikalbekanntmachung

Sehr geehrter Herr Ducrey
Sehr geehrte Frau Graber
Sehr geehrte Damen und Herren

Die Stiftung für Konsumentenschutz dankt Ihnen für die Gelegenheit, zur Revision der Vertikalbekanntmachung (VertBek) Stellung nehmen zu können. Wir beschränken uns dabei auf zwei ausgewählte Punkte, die uns wichtig erscheinen.

Art. 14 VertBek

Art. 14 Bst. b VE-VertBek sieht Folgendes vor: «Bei allen anderen vertikalen Wettbewerbsabreden sind sowohl qualitative wie auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen.» Diese Bestimmung scheint im Widerspruch zu stehen mit dem Urteil des Bundesgerichts in Sachen Gaba (143 II 297, Erw. 5.2.2 und 5.2.5), denn quantitative Kriterien (die bekanntlich die Verfahren verzögern) sind nach Bundesgericht nicht bei «allen anderen Wettbewerbsabreden» zu berücksichtigen.

Paritätsverpflichtungen gemäss Art. 8a UWG

Wir bitten Sie zu prüfen, inwiefern Paritätsverpflichtungen gegenüber einem Beherbergungsbetrieb gemäss Art. 8a des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) in der revidierten VertBek geregelt werden sollen. Für detaillierte Ausführungen verweisen wir diesbezüglich auf die Stellungnahme von HotellerieSuisse zu dieser Vernehmlassung.

* * *

Wir danken Ihnen für die wohlwollende Prüfung unserer Anliegen und stehen Ihnen bei Rückfragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Sig. Sara Stalder
Geschäftsleiterin

Sig. André Bähler
Leiter Politik und Wirtschaft

Per E-Mail an: [REDACTED]

Wettbewerbskommission
Sekretariat
Hallwylstrasse 4
3003 Bern

STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

www.studienvereinigung-kartellrecht.de

Studienvereinigung Kartellrecht e.V.
Arbeitsgruppe Schweiz
c/o CORE Rechtsanwälte AG
Dufourstrasse 105
CH-8008 Zürich | Schweiz
Tel: +41 43 555 70 07
mario.strebel@core-attorneys.com

Zürich, 2. September 2022

013-00007: Revision Vertikalbekanntmachung (VertBek) – Stellungnahme

A. Einleitung

- 1 Die Studienvereinigung Kartellrecht e.V. (**Studienvereinigung**) ist ein eingetragener Verein deutschen Rechts, dessen Zweck die Förderung von Wissenschaft und Forschung auf dem Gebiet des nationalen, europäischen und internationalen Kartellrechts ist und der mehr als 1'300 Anwälte/-innen sowie Wettbewerbsökonom/-innen aus Deutschland, Österreich und der Schweiz zu seinen Mitgliedern zählt. Diese beraten regelmässig Unternehmen und natürliche Personen in allen Bereichen des Kartellrechts und vertreten diese in Verfahren vor nationalen Wettbewerbsbehörden, der EU-Kommission sowie in Zivilrechtsstreitigkeiten. Sie verfügen deshalb in besonderem Masse über Erfahrung in der Anwendung des Kartellrechts auf nationaler und europäischer Ebene.
- 2 Am 5. Juli 2022 hat die Schweizer Wettbewerbskommission (**WEKO**) die Vernehmlassung zur Revision der geltenden Vertikalbekanntmachung (**VertBek**) und der dazugehörigen Erläuterungen (**VertBek-Erläuterungen**) eröffnet. Vorausgegangen war die Revision der europäischen Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung¹ und der dazugehörigen Vertikal-Leitlinien², die am 1. Juni 2022 in Kraft getreten sind. Die Vernehmlassungsentwürfe der WEKO sollen sicherstellen, *"dass in der Schweiz im Bereich der vertikalen Abreden weiterhin möglichst die gleichen Regeln zur Anwendung kommen wie in der Europäischen Union,*

¹ Verordnung (EU) 2022/720 der Kommission vom 10. Mai 2022 über die Anwendung des Art. 101 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen (ABl. 2022/L 134/4; **Vertikal-GVO**).

² Bekanntmachung der Kommission – Leitlinien für vertikale Beschränkungen (ABl. 2022/C 248/01; **Vertikal-Leitlinien**).

eine Isolierung der schweizerischen Märkte vermieden und Rechtssicherheit geschaffen wird."³ Neben dem Ziel vieler Gleichläufe zwischen den Regeln der Europäischen Union (EU) und den Schweizer Entwürfen berücksichtigen letztere aber auch die neue bundes- und bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung, namentlich das Bundesgerichtsurteil in Sachen *Pfizer*⁴ im Bereich vertikaler Preisabreden und Preisempfehlungen, das Bundesgerichtsurteil in Sachen *Flammarion*⁵ sowie die Urteile in Sachen *Dargaud* des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts.⁶

- 3 Die Studienvereinigung bedankt sich für die Gelegenheit, an der Vernehmlassung der WEKO und deren Sekretariat teilnehmen und sich zum Entwurf der Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (**VE-VertBek**) und dem Entwurf der dazugehörigen Erläuterungen (**VE-VertBek-Erläuterungen**; gemeinsam mit dem VE-VertBek die **Vernehmlassungsentwürfe**) äussern zu dürfen.
- 4 Im Folgenden wird vorab auf die zu begrüssenden Revisionspunkte hingewiesen (Kapitel B). Darauf folgt die Darlegung eines für die vorliegende Stellungnahme zentralen Anliegen: Es soll die in den Vernehmlassungsentwürfen enthaltene Unklarheit bzw. Lücke geschlossen werden, die sich daraus ergibt, dass die Vernehmlassungsentwürfe zu bestimmen, in der Vertikal-GVO und in den Vertikal-Leitlinien enthaltenen Bestimmungen bzw. Erläuterungen schweigen oder sich an diese terminologisch und inhaltlich zwar anlehnen, aber nicht vollumfänglich übernehmen. Folglich bleibt unklar, ob sich die WEKO für ein qualifiziertes Schweigen entschieden hat oder von einer analogen Anwendung der ausführlicheren Regelungen der Vertikal-GVO und Erläuterungen der Vertikal-Leitlinien ausgeht (Kapitel C). Danach wird im Einzelnen auf die in den Entwürfen vorgesehenen Abweichungen vom EU-Recht für vertikale Vereinbarungen eingegangen, die eine schärfere Regelung vorsehen und deren Einführung die Studienvereinigung ablehnt (unerwünschte "*Swiss Finishes*"; Kapitel D). Die Stellungnahme schliesst mit zwei Anregungen für Klarstellungen (Kapitel E) und einem Fazit (Kapitel E).

³ Entwurf der Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 5. Juli 2022, Erw. VII.

⁴ BGE 147 II 272, E.3.4, 4.3 und 4.5.1 (Pfizer).

⁵ Urteil des BGer 2C_44/2020 vom 3. März 2022, E.9.1 ff. (Flammarion).

⁶ Urteil des BGer 2C_43/2020 vom 21. Dezember 2021, E.7.3 (nicht publiziert in BGE 148 II 25); Urteil des BVGer B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019, E.6.2 f. (Dargaud).

B. Grundsätzlich begrüßenswerte Angleichung an die in der EU geltenden Regeln

- 5 Die Studienvereinigung begrüsst das Bestreben der WEKO, mit den Vernehmlassungsentwürfen die aktuell geltenden Regeln betreffend Vertikalabreden an die am 1. Juni 2022 in Kraft getretene Vertikal-GVO anzupassen.
- 6 Dem Grundsatz nach begrüßenswert sind dabei insbesondere alle Bestrebungen, die dem Vorbild der Vertikal-GVO folgend den Unternehmen künftig einen grösseren Gestaltungsspielraum einräumen sollen. Dies betrifft namentlich etwa die Regelungen für die Organisation der Vertriebssysteme, diejenigen betreffend den dualen Vertrieb (einschliesslich der Beurteilung zum Informationsaustausch) oder Erleichterungen im Kontext des Onlinevertriebs.
- 7 Vor diesem Hintergrund ist aber gleichzeitig auch auf die aktuellen Bemühungen des Bundesrates zur Revision des Kartellgesetzes hinzuweisen. Die entsprechende Revisionsvorlage umfasst dabei insbesondere auch eine Änderung von Art. 5 KG (Motion 18.4282 Français), dessen Anwendung die VertBek konkretisiert.
- 8 Die Studienvereinigung hat beim Staatssekretariat für Wirtschaft SECO im Rahmen der bundesrätlichen Vernehmlassung zur KG-Revision am 11. März 2022 eine Stellungnahme eingereicht und dabei auch die entsprechenden Revisionsvorschläge kommentiert.⁷ Diese namentlich in Kapitel G der Stellungnahme vom 11. März 2022 enthaltenen Ausführungen behalten auch im Kontext der vorliegenden Stellungnahme ihre Relevanz. Es wird hiermit darauf verwiesen. Sollten die entsprechenden Vorschläge zur Revision von Art. 5 KG in der einen oder anderen Form verabschiedet werden, müssten die Auswirkungen dieser Revision auf die VertBek und deren Erläuterungen überprüft und gegebenenfalls einer neuerlichen Revision unterzogen werden.

C. Mehr Rechtssicherheit durch explizite Klarstellung der Anwendung der in der EU geltenden Regeln bei Lücken

- 9 Die Studienvereinigung begrüsst, dass gemäss den Erwägungen des VE-VertBek sichergestellt werden soll, dass in der Schweiz bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung vertikaler Abreden möglichst die gleichen Regeln zur Anwendung kommen wie in der EU.⁸
- 10 Aus Sicht betroffener Unternehmen ist eine weitestgehende Kompatibilität der schweizerischen mit der EU-Praxis gewünscht, insbesondere aus Gründen der Rechtssicherheit, Vorausehbarkeit und Wirtschaftlichkeit.
- 11 In den Vernehmlassungsentwürfen werden Bestimmungen der Vertikal-GVO und Erläuterungen der Vertikal-Leitlinien lediglich selektiv übernommen. Zahlreiche Bestimmungen in den EU-Regelwerken finden keine Erwähnung in den Vernehmlassungsentwürfen oder

⁷ Vernehmlassung zur Revision des Kartellgesetzes – Stellungnahme der Arbeitsgruppe Schweiz der Studienvereinigung Kartellrecht e.V. vom 11. März 2022 (abrufbar unter www.studienvereinigung.de/publikationen/stellungnahmen).

⁸ VE-VertBek, Erw. VII.

werden dort nur angerissen, ohne in ihrer Gesamtheit übernommen zu werden. Im Dienst einer möglichst überschaubaren, kurzen Regulierung in der Schweiz ist diese Prägnanz grundsätzlich zu begrüssen. Unklar bleibt jedoch, was gelten soll, wenn die neu zu erlassende Vertikalbekanntmachung und die dazugehörigen Erläuterungen zu bestimmten vertikalen Vereinbarungen schweigen oder Bestimmungen der Vertikal-GVO bzw. Erläuterungen der Vertikal-Leitlinien nur teilweise übernehmen.

- 12 Nach ausdrücklicher Absicht des Gesetzgebers und auch nach Auffassung des Bundesgerichts soll in der Schweiz namentlich im Bereich der Vertikalabreden keine schärfere Regelung gelten als in der EU.⁹ Die Regeln der Vertikal-GVO und die Erläuterungen der Vertikal-Leitlinien müssen ebenfalls vollumfänglich für Konstellationen gelten, die in den Vernehmlassungsentwürfen nicht ausdrücklich erwähnt werden (beispielsweise Erfüllungsverträge oder Handelsvertreterverhältnisse) oder im Vergleich zum EU-Recht nur lückenhaft geregelt werden (beispielsweise die Frage der Zulässigkeit von sich stillschweigend verlängernden Wettbewerbsverboten bei effektiver Kündigungsmöglichkeit oder die Beispiele zulässigen Informationsaustauschs im dualen Vertrieb).
- 13 Die vom Gesetzgeber gewollte und vom Bundesgericht anerkannte Parallelität der Schweizer und EU-Regelungen zu vertikalen Vereinbarungen führt dazu, dass nach Ansicht des Bundesgerichts bei Lücken in den Schweizer Regelwerken auf die Bestimmungen der EU verwiesen und abgestellt werden kann. Im Schweizer Recht soll vorbehaltlich allfälliger Unterschiede, die zwischen dem schweizerischen und dem europäischen Markt oder Teilen desselben ausnahmsweise bestehen könnten, grundsätzlich ebenfalls erlaubt sein, was unter der Vertikal-GVO und den Vertikal-Leitlinien zulässig ist. Grundsätzlich intendierte der Gesetzgeber eine echte Regimeidentität zwischen dem Schweizer Recht und den EU-Regeln über vertikale Vereinbarungen, auch wenn er weder einen dynamischen Verweis auf diese Regeln in das Kartellgesetz einfügte noch technisch identische Regelwerke erliess.¹⁰ Diese Parallelität hinsichtlich der Beurteilungsergebnisse zu vertikalen Abreden sollte im VE-VertBek ausdrücklich klargestellt werden und würde die Rechtssicherheit und Anwenderfreundlichkeit deutlich erhöhen.
- 14 Den oben zitierten Absichten des Gesetzgebers und bundesgerichtlichen Urteilen folgend und zu Gunsten einer erhöhten Rechtssicherheit und Klarheit beantragt die Studienvereinigung daher, die Erwägungen des VE-VertBek sowie Art. 10 VE-VertBek wie folgt zu ergänzen:

- Ergänzung von Erwägung VI. VE-VertBek:

"[...] Sehen die vorliegende Bekanntmachung und die diese ausführenden Erläuterungen keine bzw. keine explizit abweichende Regelung vor, finden die Regeln der Verord-

⁹ Urteil des BGer 2C_44/2020 vom 3. März 2022, E.4.4 (Flammarion); vgl. auch BGE 143 II 297, E.6.2.3 (Gaba).

¹⁰ Urteil des BGer 2C_44/2020 vom 3. März 2022, E.4.4 (Flammarion) und Urteil des BGer 2C_43/2020 vom 3. März 2022, E.4.4 (Dargaud), die beide explizit festhalten, dass "[l]es règles de l'Union européenne ne doivent le cas échéant pas être considérées comme de simples éléments de comparaison et d'interprétation parmi d'autres. Sur le fond, le législateur fédéral désirait une véritable identité de régimes entre le droit suisse et les règles européennes sur les accords verticaux, même s'il n'a pas inséré de renvoi dynamique à ces règles dans la loi ni légiféré de manière techniquement identique (ATF 143 II 297 consid. 6.2.3 et les références citées; cf. aussi BO 2003 CE 331)".

nung (EU) 2022/720 der Kommission vom 10. Mai 2022 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen sowie die in den Leitlinien für vertikale Beschränkungen (2022/C 248/01) enthaltenen Erläuterungen analog Anwendung."

- Ergänzung von Art. 10 VE-VertBek mit einem neuen Abs. 7:

"Sehen diese Bekanntmachung und die diese ausführenden Erläuterungen zu bestimmten Sachverhalten keine bzw. keine explizit abweichende Regelung vor, finden die Regeln der Verordnung (EU) 2022/720 der Kommission vom 10. Mai 2022 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen einschliesslich der Leitlinien für vertikale Beschränkungen (2022/C 248/01) analog Anwendung."

D. Vermeidung einzelfallbezogener Sonderregeln (kein verschärfender "Swiss finish")

- 15 Nach Ansicht der Studienvereinigung sprechen die oben zitierten gesetzgeberischen Absichten und bundesgerichtlichen Urteile explizit gegen die in den Vernehmlassungsentwürfen vorgesehenen Sonderregelungen, welche die in der EU geltenden Bestimmungen für vertikale Vereinbarungen verschärfen. Auf diese unerwünschten "Swiss Finishes", bei denen nicht verallgemeinerungsfähige, spezifische Einzelfälle generalisiert werden sollen bzw. keine höchstrichterliche Rechtsprechung besteht, wird nachfolgend eingegangen.

1. Ablehnung einer Schweizer Sonderregel für Preisabreden und -empfehlungen (Art. 12 Abs. 1 lit. a VE-VertBek)

- 16 Die neue Vertikal-GVO enthält in deren Art. 4 lit. a unverändert eine Bestimmung über die Freistellung von Publikumspreisempfehlungen (PPE)¹¹ und Höchstverkaufspreisen, die in den einschlägigen Randziffern der Vertikal-Leitlinien weiter erläutert wird.¹²
- 17 Demgegenüber sollen gemäss dem VE-VertBek die Bestimmungen zu den PPE, die aktuell in Art. 10 lit. a und Art. 15 VertBek sowie dessen Erwägung XI. enthalten sind, ersatzlos gestrichen werden. Stattdessen enthält der VE-VertBek-Erläuterungen neu einen Abschnitt zu Preisempfehlungen, der die Praxis des Bundesgerichtes in Sachen *Pfizer*¹³ auszugsweise wiedergibt und die im VE-VertBek gestrichenen Passagen teilweise übernimmt. In Art. 12 Abs. 3 VE-VertBek wird zu den Vermutungstatbeständen lediglich noch festgehalten, dass

¹¹ Publikumspreisempfehlungen sind in der Praxis ein weit verbreitetes Vertriebsinstrument, insbesondere in Vertriebssystemen wie zum Beispiel dem Franchising und anderen Formen der *Managed Distribution*. Eine Vertriebsgeberin kann ihren Vertriebsnehmern und Endkunden damit eine Orientierungshilfe für die preisliche Positionierung der Produkte oder Dienstleistungen geben. Im Systemwettbewerb ist die Senkung der Transaktionskosten auch des Kunden ein nicht zu unterschätzender Faktor (vgl. dazu BANGERTER SIMON/ZIRLICK BEAT, Dike-KG, Art. 4 Abs. 1 N 184).

¹² Siehe Rz. 100 lit. e, 188 f. sowie 198 bis 201 Vertikal-Leitlinien.

¹³ BGE 147 II 72 (Pfizer).

"auch in Empfehlungsforn gekleidete vertikale Wettbewerbsabreden" den Vermutungstatbestand des Art. 5 Abs. 4 KG erfüllen können.¹⁴

- 18 Die Studienvereinigung lehnt die beabsichtigten Änderungen ab. Zum einen weichen diese entgegen der vom Bundesgericht geforderten Kongruenz mit dem EU-Recht im Vertikalbereich von den Regeln der Vertikal-GVO und den Vertikal-Leitlinien ab. Damit wird das Ziel möglichst gleicher Regeln¹⁵ unterlaufen. Zum anderen ist der referenzierte *Pfizer-Fall*¹⁶ keine typische Konstellation einer vertikalen Preisempfehlung – dies hält das Bundesgericht in Erwägung 5.6 des *Pfizer-Urteils* selbst ausdrücklich fest – sondern ein durch besondere Umstände geprägter, eng auszulegender Spezialfall, der im Kontext des stark regulierten Vertriebs verschreibungspflichtiger Arzneimittel¹⁷ zu verstehen ist und nicht verallgemeinert werden kann und darf. Nach Ansicht der Studienvereinigung ist es nicht sachgerecht, aus einem Spezialfall die Regel zu machen, schon gar nicht in Widerspruch zu den in der EU anwendbaren und etablierten Regeln.¹⁸
- 19 Aus Sicht der Studienvereinigung sind die Vernehmlassungsentwürfe mit Bezug auf die Ausführungen zu PPE deshalb wie folgt anzupassen.

a) Grundsätzliche Zulässigkeit von PPE

- 20 Gemäss Art. 4 lit. a Vertikal-GVO sind PPE grundsätzlich zulässig. PPE können den Tatbestand einer vertikalen Preisabrede nur ausnahmsweise erfüllen, wenn deren "*Einhaltung mit Druck oder Anreizen*" durch eine der beteiligten Parteien forciert wird. Dieser Grundsatz sollte explizit in Art. 15 der zu erlassenden VertBek wieder aufgenommen werden.
- 21 Die Praxis des Bundesgerichtes in Sachen *Pfizer*¹⁹ ändert aus den oben dargelegten Gründen (vgl. Rz. 18) an diesem Grundsatz nichts. Die Streichung der in Art. 15 lit. a VertBek enthaltenen Bestimmung ist folglich nicht sachgerecht und widerspricht der Praxis in der EU.
- 22 Angesichts der grossen praktischen Bedeutung von PPE sollten aus Gründen der Rechtssicherheit derart klare und unbestrittene Grundsätze zur Anwendung des Kartellgesetzes in der zu erlassenden VertBek auch aufgeführt werden. Eine lediglich versteckte Erwähnung

¹⁴ Indes ist dieser bereits im geltenden Art. 10 Abs. 3 VertBek enthaltene Passus insofern selbstverständlich, als er eine dissimulierte Wettbewerbsabrede voraussetzt und deshalb mit Bezug auf PPE keinen Erkenntnisgewinn erlaubt; vgl. BGE 147 II 72, E 6.4.6 (*Pfizer*); BANGERTER/ZIRLICK, *Dike-KG*, Art. 4 Abs. 1 N 182.

¹⁵ Vgl. VE-VertBek, Erw. VII.

¹⁶ BGE 147 II 272 (*Pfizer*).

¹⁷ Verschreibungspflichtige Arzneimittel sind grossmehrheitlich in der sog. Spezialitätenliste enthalten und damit Gegenstand eines staatlichen Preisregimes. Auch nach den Feststellungen des Bundesgerichtes war aufgrund der heilmittelrechtlichen Rahmenbedingungen, insbesondere aufgrund des Verbots der Publikumswerbung, lediglich von einem reduzierten Wettbewerb auszugehen (BGE 141 II 66, E 4.2.3 ff.). Überdies stützte sich das Bundesgericht in seinen Erwägungen grösstenteils auf die Praxis zu abgestimmten Verhaltensweisen im horizontalen Kontext (siehe die zitierte Praxis in BGE 147 II 72, E 3.4.2.1 ff.), wo der Grundsatz des Geheimwettbewerbs gilt. Im Kontext vertikaler Abreden ist eine Kontaktnahme bzw. ein Austausch von Informationen aber zwangsläufig nötig.

¹⁸ Vgl. dazu auch BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 N 211 ff. und insbesondere N 230a.

¹⁹ BGE 147 II 272 (*Pfizer*).

im VE-VertBek-Erläuterungen ist in jedem Fall abzulehnen und wirft bereits für sich betrachtet Fragen auf. Die ursprünglich enthaltene Bestimmung sollte daher wieder eingefügt werden.²⁰

b) Verhaltensabstimmung bei einseitigen PPE

- 23 Der überwiegende Teil der in Rz. 8 VE-VertBek-Erläuterungen enthaltenen Ausführungen zu PPE bezieht sich auf den Entscheid des Bundesgerichtes in Sachen *Pfizer*²¹ und die Frage des Vorliegens einer Abrede in der Tatbestandsvariante eines abgestimmten Verhaltens.
- 24 Wie erwähnt, befassen sich diese Ausführungen nach Ansicht der Studienvereinigung nicht mit dem typischen Fall einer vertikalen Preisempfehlung (vgl. Rz. 18). Sie sind bereits aus diesem Grund zu streichen, da ansonsten der (von besonderen Umständen abhängige) Ausnahmefall zur Regel erhoben wird. Dies macht regelungstechnisch keinen Sinn und sollte zwingend vermieden werden.
- 25 Darüber hinaus sind die im VE-VertBek-Erläuterungen erwähnten Kriterien unscharf und in hohem Masse auslegungsbedürftig. So ist das in Rz. 8 VE-VertBek-Erläuterungen, 2. Bullet, erwähnte Tatbestandselement der "*Fühlungnahme*" nicht greifbar. Im vertikalen Kontext liegen Kontakte zwischen Vertriebsgeberinnen und Vertriebsnehmern in der Natur der Sache, da der Vertrieb immer regelungsbedürftig ist und einen gewissen Konsens voraussetzt. Der Verweis weiter unten im Entwurfstext, die Abstimmung könne sich "*etwa durch eine besonders intensive Kommunikation*" der PPE ergeben, ist ebenfalls wenig schlüssig und folglich nicht geeignet, als allgemeines Indiz und generelle Orientierungshilfe für die Beurteilung von PPE und deren Zulässigkeit zu gelten.²² Das Wesen einer Preisempfehlung besteht darin, dass sie an Händler und Endabnehmer kommuniziert wird. Mit dem Abstützen auf das unscharfe Element der "*Fühlungnahme*" sowie der ebenfalls konturlosen "*besonders intensiven Kommunikation*" wird in Rz. 8 VE-VertBek-Erläuterungen sodann der Befolgungsgrad als Abstimmungserfolg ohne nähere Erläuterung ins Zentrum gerückt. Werden weder Druck ausgeübt noch Anreize gewährt, ist der Befolgungsgrad mangels Abrede bzw. abgestimmter Verhaltensweise im Regelfall aber irrelevant.
- 26 Aus Sicht der Studienvereinigung ist der 2. Bullet in Rz. 8 des VE-VertBek-Erläuterungen folglich ersatzlos zu streichen. Sofern gleichwohl auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung in Sachen *Pfizer*²³ hingewiesen werden soll, ist lediglich darauf hinzuweisen, dass Preisempfehlungen in ganz besonders gelagerten, spezifischen Ausnahmefällen im Rah-

²⁰ Auf das Gewähren von Druck oder Anreizen wird zwar hingewiesen (konkret in Rz. 7 VE-VertBek-Erläuterungen bezüglich Höchstverkaufspreisen sowie in Rz. 8 VE-VertBek-Erläuterungen, 4. Bullet, bezüglich PPE). Die entsprechende Bestimmung des EU-Rechts findet sich allerdings wie erwähnt direkt in der Vertikal-GVO, und nicht erst in den Vertikal-Leitlinien.

²¹ BGE 147 II 272 (Pfizer).

²² Auch der Verweis auf die Erwägungen des Bundesgerichtsurteils in Sachen *Pfizer* tragen nicht zur Klärung in allgemeiner Hinsicht bei. So hatte das Bundesgericht den speziellen Fall der täglichen elektronischen Übermittlung von PPE über Monate und Jahre hinweg als "*besonders intensive Kommunikation*" beschrieben. Dies kann allerdings nicht losgelöst von den übrigen, speziellen Sachverhalts Umständen in diesem Entscheid betrachtet werden.

²³ BGE 147 II 272 (Pfizer).

men einer Gesamtbetrachtung auch ohne Ausübung von Druck oder Gewährung von Anreizen für deren Einhaltung eine vertikale Preisbindung im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG darstellen können. Hier sollte aber auf die konkreten Sachverhaltsumstände in Sachen *Pfizer*²⁴ Bezug genommen werden, um diese "*spezifischen Ausnahmefälle*" wenigstens ansatzweise zu konkretisieren und Rechtssicherheit herzustellen.

2. Ablehnung einer Schweizer Sonderregel beim absoluten Gebietsschutz

- 27 Die Vertikal-GVO definiert als Kernbeschränkung im Alleinvertriebssystem "*die Beschränkung des Gebiets oder der Kunden, in das bzw. an die der Alleinvertriebshändler die Vertragswaren oder -dienstleistungen aktiv oder passiv verkaufen darf.*" Dieser Wortlaut wurde praktisch wörtlich in den VE-VertBek übernommen. Entsprechend, und vor dem Hintergrund der allgemeinen, zu begrüssenden Harmonisierungsbestrebungen zum EU-Recht ist somit zu erwarten, dass die Voraussetzungen für eine Qualifikation als absoluter Gebietsschutz denjenigen in der EU entsprechen.
- 28 Dies ist gemäss den Vernehmlassungsentwürfen aber nicht der Fall. Diese weichen betreffend die Voraussetzungen für das Vorliegen eines absoluten Gebietsschutzes von einer EU-kompatiblen Auslegung ab. So erwähnt Rz. 11 VE-VertBek-Erläuterungen als mögliches Beispiel einer "*absoluten Gebietsschutzabrede*" (u.a.) "*vertragliche Bezugsbeschränkungen, wonach sich die Vertriebspartnerinnen in der Schweiz verpflichten, die Vertragsware nur in ihrem Vertragsgebiet zu beziehen.*" Der VE-VertBek-Erläuterungen verweist auf die entsprechende Praxis in Sachen *Nikon*²⁵ und auf den WEKO-Entscheid in Sachen *Bucher Landtechnik*²⁶ und bestätigt in Fn. 34, dass es sich dabei um eine "*ausschliesslich auf Schweizer Praxis beruhende Regelung*" handle. Diese Bestimmung stellt eine Verschärfung gegenüber der EU-Praxis dar und sollte nach Ansicht der Studienvereinigung im Interesse der Kohärenz gestrichen werden. Nach der Vertikal-GVO stellen exklusive Bezugspflichten in nicht-selektiven Vertriebssystemen keine Kernbeschränkung dar. Im Selektivvertrieb sind Querlieferungen zuzulassen, sodass selbst im Fall von selektiven Vertriebssystemen unter EU-Recht eine solche Bezugspflicht nur in Spezialfällen, wo dieses Erfordernis verletzt wird, im Ergebnis als Kernbeschränkung qualifizieren kann. Mit absolutem Gebietsschutz hat aber auch dies nichts zu tun, geht es hierbei doch vielmehr um passive und aktive Verkäufe bzw. Querlieferungen, die im Rahmen des Selektivvertriebs nicht eingeschränkt werden dürfen.
- 29 Ein absoluter Gebietsschutz setzt bereits definitionsgemäss voraus, dass sämtliche Anfragen aus exklusiv zugewiesenen Gebieten vom gebundenen Händler abgelehnt werden müssen. Auch nach dem Verständnis des Bundesgerichts liegt "*absoluter Gebietsschutz [...]* dann vor, wenn *passive Verkäufe seitens gebietsfremder Vertriebspartner in zugewiesene Gebiete direkt oder indirekt untersagt sind.*"²⁷ Diese Verbotsabrede zwischen dem Hersteller bzw. Lieferant und dem (ausländischen) Händler ist jedoch nicht dasselbe wie eine Bezugsbeschränkung. Nur wenn zusätzlich zur Bezugsbeschränkung auch noch eine zu einem

²⁴ BGE 147 II 272 (Pfizer).

²⁵ Urteil des BVer B-581/2012 vom 16. September 2016.

²⁶ RPW 2019/4, 1155 ff. – *Bucher Landtechnik / Ersatzteilhandel Traktoren*.

²⁷ Urteil des BVer 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016, E. 6.3.5.

absoluten Gebietsschutz führende Verbotsabrede vorliegt, kann unter Umständen der Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG erfüllt sein.²⁸ Demgegenüber bleiben Passivverkäufe weiterhin möglich, wenn einzelne oder mehrere Händler sich einer Bezugsbeschränkung unterworfen haben sollten.

- 30 Wie auch die WEKO selbst anerkennt,²⁹ findet diese im VE-VertBek-Erläuterungen beschriebene Qualifikation keinerlei Stütze im EU-Recht. Dort geniessen Bezugsbeschränkungen bei Erfüllung der entsprechenden Grundvoraussetzungen der Vertikal-GVO zu Recht den Rechtsvorteil der Gruppenfreistellung.³⁰
- 31 Von vornherein nicht relevant kann weiter sein, ob die Bezugsbeschränkungen allenfalls auf mehrere Händler ausgedehnt werden bzw. (fälschlicherweise) als "lückenloses" System erachtet werden. Angesichts einer grundsätzlich unbeschränkten Anzahl an aktuellen oder potentiellen Interessenten, die für passive Anfragen in Betracht kommen, dürfte ein allein auf Bezugsbeschränkungen basierendes "lückenloses" System von vornherein unmöglich sein.
- 32 Bezugsbeschränkungen können bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen allenfalls als Wettbewerbsverbote qualifizieren und sind entsprechend den anwendbaren Regeln zu behandeln (vgl. auch Rz. 39 ff.). Eine Umqualifizierung zu absoluten Gebietsschutzabreden, wie sie im VE-VertBek-Erläuterungen vorgenommen wird, ist jedoch systematisch unzutreffend. Zudem spricht der Grundsatz *nulla poena sine lege scripta* gegen die Ausweitung des von Art. 5 Abs. 4 KG i.V.m. Art. 49a Abs. 1 KG vorgegebenen *numerus clausus* sanktionsbewehrter Tatbestände.
- 33 Die vorgeschlagene Formulierung in Rz. 11 und Fn. 34 VE-VertBek-Erläuterungen gibt schliesslich die (höchstrichterlich nicht bestätigte) Praxis des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen *Nikon*³¹ nur verkürzt und damit unzutreffend wieder: Das Bundesverwaltungsgericht hatte im genannten Fall eine *Kombination* von vertraglichen Import- und Exportverboten zu beurteilen.³² Auch wenn (direkte und indirekte) Exportverbote unter den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG fallen können, lässt sich der (höchstrichterlich nicht bestätigten) Einschätzung des Bundesverwaltungsgerichts aber nicht entnehmen, dass bereits alleinige "Importverbote" ebenfalls qualitativ schwerwiegend wären bzw. gar den sanktionsbewehrten Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG alleine erfüllen würden. Gemäss dem VE-VertBek-Erläuterungen soll dies jedoch der Fall sein. Dies ist nach Ansicht der Studienvereinigung in den zu erlassenden Erläuterungen aufgrund des Abweichens von den EU-Regeln und mangels einschlägiger anderslautender höchstrichterlicher Praxis wieder zu streichen.
- 34 Das Bundesgericht hat unlängst bestätigt, dass der Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG dann einschlägig sein soll, wenn Unternehmen, die im Vertrieb eines bestimmten Produktes tätig sind, jegliche Art von Verkäufen dieses Produktes in ein Vertriebsgebiet, das einem anderen Unternehmen zugewiesen wurde, untersagt wird.³³ Auch vor diesem Hintergrund ist

²⁸ BSK KG-NEFF, Vert-BM Ziff. 10 N 13.

²⁹ Was aus dem Zusatz "*ausschliesslich auf Schweizer Praxis beruhende Regelung*" hervorgeht.

³⁰ Vgl. etwa JESTAEDT/ZÖTTL, Münchener Kommentar, GVO Nr. 330/2010 Art. 2 N 11.

³¹ Urteil des BVerG B-581/2012 vom 16. September 2016.

³² Urteil des BVerG B-581/2012 vom 16. September 2016, E. 7.3.2.

³³ Urteil des BVerG 2C_44/2020 vom 3. März 2022, E. 9.1 ff.

eine Ausdehnung des Tatbestandes von Art. 5 Abs. 4 KG auf besagte Bezugsbeschränkungen bzw. Importverbote, wie sie im letzten Satz der Rz. 11 des VE-VertBek-Erläuterungen vorgenommen werden soll, nicht haltbar. Entsprechend ist dieser Satz nach Ansicht der Studienvereinigung ersatzlos zu streichen.

E. Anregung von Klarstellungen

1. Klarstellungen betreffend den qualitativen Selektivvertrieb

35 Gemäss Art. 5 Abs. 2 VE-VertBek erfolgt die Selektion der Händler im qualitativen Selektivvertrieb ausschliesslich anhand von Kriterien, die sich nach den Anforderungen des betreffenden Produkts richten. Demgegenüber werden qualitative Kriterien in den Vertikal-Leitlinien offen als Kriterien definiert, welche die Zahl der Händler mittelbar durch Bedingungen begrenzt, die nicht von allen Händlern erfüllt werden können und die sich beispielsweise auf die Palette der zu verkaufenden Produkte, die Schulung des Verkaufspersonals, die an der Verkaufsstelle zu erbringenden Dienstleistungen, die Werbung für das Produkt sowie dessen Darstellung beziehen.³⁴ Ferner können sich qualitative Kriterien nach Ansicht der EU-Kommission auch auf Nachhaltigkeits- und Umweltschutzziele, das zur Verfügung stellen von Ladestationen, oder Recyclingeinrichtungen durch die Händler, oder die Art und Weise des Transportes (z.B. Lastenfahrrad anstelle Kraftfahrzeugs) beziehen.

36 Es gibt keine Gründe dafür, weshalb in der Schweiz eine von der EU abweichende, engere Definition des qualitativen Selektivvertriebs gelten sollte. Vielmehr erlaubt eine offene Definition von qualitativen Kriterien, wie sie in den Vertikal-Leitlinien festgehalten ist, Vertriebsverträge flexibel an die sich stets wandelnden Bedürfnisse von Wirtschaft und Gesellschaft anzupassen. Die zunehmende Sensibilisierung der Konsumenten in den Bereichen Ökologie und Nachhaltigkeit, welche beispielsweise durch Angebote für einen nachhaltigen Vertrieb (z.B. CO₂-neutraler Transport, Rücknahme- und Recyclingprogramme sowie ökologische Verpackungen von Produkten) von der Wirtschaft aufgenommen wird, sind ein Beispiel dafür, dass es Herstellern bei der Selektion ihrer Händler erlaubt sein muss, Vorgaben bzw. Qualifikationskriterien zu etablieren, die über keinen direkten Bezug zu den Produkten verfügen.

37 Dementsprechend beantragt die Studienvereinigung, Art. 5 Abs. 2 VE-VertBek wie folgt anzupassen:

"Rein qualitativer Selektivvertrieb ist ein Vertriebssystem, bei dem die Auswahl der Händlerinnen ausschliesslich nach objektiven qualitativen Kriterien erfolgt, ~~die sich nach den Anforderungen des betreffenden Produkts richten, z. B. in Bezug auf die Verkäuferschulung, den in der Verkaufsstätte gebotenen Service oder ein bestimmtes Spektrum der angebotenen Produkte.~~ Qualitative Kriterien begrenzen die Zahl der Händler mittelbar durch Bedingungen, die nicht von allen Händlern erfüllt werden können und die sich beispielsweise auf die Palette der zu verkaufenden Produkte, die Schulung des Verkaufspersonals, die an der Verkaufsstelle zu erbringenden Dienstleistungen

³⁴ Rz. 144 Vertikal-Leitlinien.

gen, die Werbung für das Produkt sowie dessen Darstellung beziehen. Qualitative Kriterien können sich ferner auch auf die Begrenzung des Verbrauchs natürlicher Ressourcen beziehen. Anbieter könnten beispielsweise von den Händlern verlangen, dass sie in ihren Verkaufsstellen Ladestationen oder Recyclingeinrichtungen anbieten oder dafür sorgen, dass die Auslieferung der Waren auf nachhaltige Weise, beispielsweise per Lastenfahrrad statt Kraftfahrzeug erfolgt."

- 38 Zu ändern ist zudem Art. 17 VE-VertBek. In diesem wird festgehalten, dass rein qualitativer Selektivvertrieb unter bestimmten Voraussetzungen nicht zu einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung führe, wenn die drei Voraussetzungen (1) Erfordernis des selektiven Vertriebs, (2) objektive Auswahlkriterien und (3) Erforderlichkeit erfüllt seien. Hierzu ist anzumerken, dass ein derartiger rein qualitativer Selektivvertrieb schon gar nicht unter Art. 4 Abs. 1 KG fällt, da er keine Wettbewerbsbeschränkung darstellt. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des EuGH.³⁵ Es ist deshalb verfehlt, von Unerheblichkeit zu sprechen, da schon gar keine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt. Dies ist zu korrigieren. Richtigerweise sollte festgehalten werden, dass ein selektiver Vertrieb unter den erwähnten drei Voraussetzungen keine Wettbewerbsabrede darstellt.

2. Klarstellung betreffend unbedenkliche Wettbewerbsverbote

- 39 In Art. 15 lit. g VE-VertBek sowie dem VE-VertBek-Erläuterungen fehlt ein expliziter Hinweis darauf, dass Wettbewerbsverbote, die stillschweigend über einen Zeitraum von fünf Jahren hinaus verlängert werden können, qualitativ nicht schwerwiegend sind, wenn der Abnehmer die entsprechende vertikale Vereinbarung mit einer angemessenen Kündigungsfrist und zu angemessenen Kosten wirksam neu aushandeln oder kündigen kann, so dass er nach Ablauf der Fünfjahresfrist seinen Anbieter effektiv wechseln könnte.³⁶ In der Praxis sind indessen sich stillschweigend verlängernde Verträge häufig. Auch vor diesem Hintergrund ist für die Praxis nach Ansicht der Studienvereinigung eine Klarstellung zentral, dass die Vertikal-GVO und die Vertikal-Leitlinien auch für die Schweiz gelten, wo keine explizit abweichenden Regelungen bestehen (vgl. Rz. 12).
- 40 Die Studienvereinigung würde darüber hinaus eine Klarstellung begrüßen, dass auch auf unbestimmte Dauer abgeschlossene, aber angemessen vertraglich kündbare Wettbewerbsverbote qualitativ nicht schwerwiegend sind. Wettbewerbspolitisch sind Wettbewerbsverbote nur dann ein Problem, wenn sie zur Abschottung von Vertriebskanälen für Lieferanten führen. Eine solche Abschottung scheidet jedoch aus, wenn Wettbewerbsverbote angemessen kündbar sind. Zudem ist zu bedenken, dass es unbestrittenermassen zulässig ist, Wettbewerbsverbote alle fünf Jahre für fünf weitere Jahre zu vereinbaren. Kündigungsfristen von unbefristeten Vertriebsverhältnissen sind in der Praxis hingegen oft kürzer angesetzt und führen damit tendenziell zu einer in zeitlicher Hinsicht deutlich geringeren Wettbewerbsbeschränkung als Wettbewerbsverbote, die für eine feste Dauer von fünf

³⁵ Vgl. etwa EuGH, 6.12.2017, C-230/16, EU:C:2017:941 – *Coty Germany*, Rz. 24 ff.; EuGH, 25.10.1977, 26/76, EU:C:1977:167 – *Metro/Kommission*, Rz. 20; EuGH, 25.10.1983, 107/82, EU:C:1983:293 – *AEG-Telefunken/Kommission*, Rz. 35; EuGH, 13.10.2011, C-439/09, EU:C:2011:649 – *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, Rz. 41; EuG, 23.10.2017, T-712/14, EU:T:2017:748 – *CEAHR/Kommission*, Rz. 49; RPW 2008/3, 383 – *Scott Bikes*, Rz. 9.

³⁶ Vgl. dazu aber Rz. 248 Vertikal-Leitlinien.

Jahren gelten. Es gibt keinen überzeugenden Grund, auf unbestimmte Dauer, aber angemessen kündbare Wettbewerbsverbote gegenüber einer Serie von für jeweils fünf Jahre vereinbarten Wettbewerbsverboten bzw. sich danach stillschweigend verlängernden Vereinbarungen zu benachteiligen. Dies würde auf eine form- statt substanzbasierte Betrachtungsweise von Wettbewerbsverboten hinauslaufen, die es nach Ansicht der Studienvereinigung zu vermeiden gilt. Die Auswirkungen auf den Wettbewerb dürften in materieller Hinsicht sehr vergleichbar sein, ungeachtet dessen, ob sich das Wettbewerbsverbot bzw. der ein Wettbewerbsverbot enthaltende Vertriebsvertrag jeweils stillschweigend verlängert (bei gleichzeitiger vertraglicher, regelmässiger Kündigungsmöglichkeit) – was bei analoger Berücksichtigung von Rz. 248 der Vertikal-Leitlinien auch in der Schweiz keine qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsabrede darstellt – oder ob eine angemessene Kündigungsfrist während eines auf unbestimmte Dauer abgeschlossenen Wettbewerbsverbots bzw. Vertriebsvertrages vorgesehen wird. Letzteres scheint nach dem VE-VertBek eine schwerwiegende Wettbewerbsabrede darzustellen.

- 41 Um vor diesem Hintergrund *False Positives* bzw. ein *Over-Enforcement* zu vermeiden, sollten unbefristete Vertriebsverhältnisse mit Wettbewerbsverboten und angemessener Kündigungsmöglichkeit (maximal alle fünf Jahre) den unproblematischen, sich stillschweigend verlängernden Wettbewerbsverboten gleichgestellt werden. Als Bezugsgrösse für eine angemessene Kündigungsmöglichkeit sollten die Erwägungen in Rz. 248 der Vertikal-Leitlinien gelten, wonach die Kündigung "*mit einer angemessenen Kündigungsfrist zu angemessenen Kosten*" möglich sein muss. Die Beurteilung der Angemessenheit sollte der Praxis im Einzelfall überlassen werden.
- 42 Dementsprechend beantragt die Studienvereinigung, neben der Klarstellung der Anwendbarkeit der Vertikal-Leitlinien auch in der Schweiz (vgl. Kapitel C) den Art. 15 lit. g VE-VertBek wie folgt anzupassen:

"unmittelbare oder mittelbare Wettbewerbsverbote, die ~~für eine unbestimmte Dauer~~ oder für eine Dauer von mehr als fünf Jahren gelten; [...]"

F. Fazit

- 43 Während sich die Vernehmlassungsentwürfe in begrüßenswerter Weise an den Bestimmungen der Vertikal-GVO und den Vertikal-Leitlinien der EU orientieren, bestehen bei zentralen Fragen Abweichungen und daneben Bestimmungen, bei denen die (teilweise) Nichtübernahme der Regelungen des EU-Rechts Unsicherheiten hinsichtlich deren analogen Anwendung bewirken. Die Klarstellung für eine analoge Anwendung der Regelungen des EU-Rechts, wenn keine bzw. keine explizit anderslautende Regelung vorgesehen ist, könnte diese Rechtsunsicherheiten einfach beseitigen und ist ein zentrales Anliegen der Studienvereinigung.
- 44 Eine Verschärfung gegenüber dem EU-Recht, die durch die Aufnahme bundesverwaltungsgerichtlicher und bundesgerichtlicher Rechtsprechung ohne Kontextbezug in die Vernehmlassungsentwürfe entsteht, sollte in jedem Fall vermieden werden. Aus Sicht der Rechtssi-

cherheit und Kohärenz der Rechtsmaterie ist ein Gleichlauf mit dem EU-Recht anzustreben. Die Aufnahme besonders gelagerter, nicht verallgemeinerungsfähiger Einzelfälle in eine allgemeine Bekanntmachung sollte zwingend vermieden werden.

- 45 Schliesslich werden zwei Klarstellungen angeregt. Deren Umsetzung in der zu erlassenden VertBek bzw. den dazugehörigen Erläuterungen erscheint problemlos möglich.

* * *

Die Stellungnahme wurde durch eine Arbeitsgruppe der Studienvereinigung vorbereitet. Ihr gehörten die folgenden Mitglieder der Studienvereinigung an (in alphabetischer Reihenfolge): Nicolas Birkhäuser, Katharina Bratvogel, Marquard Christen, Marcel Dietrich, Oliver Kaufmann, Fabian Koch, David Mamane, Fabian Martens, Klaus Neff, Mani Reinert, Richard Stäuber, Regula Walter und Astrid Waser.

Die Zusammenarbeit wurde von Regula Walter und von Mario Strebel (Mitglied des Vorstands der Studienvereinigung) koordiniert.

EINSCHREIBEN (R)

Wettbewerbskommission WEKO
Hallwylstrasse 4
3033 Bern

Zürich, 2. September 2022

Revision Vertikalbekanntmachung - Stellungnahme Swiss Distribution

Sehr geehrte Damen und Herren

Swiss Distribution dankt der Wettbewerbskommission und deren Sekretariat für die Einladung zur Vernehmlassung und begrüsst das Bestreben der Schweizer Wettbewerbsbehörden, einen mit dem europäischen Ausland möglichst übereinstimmenden Regelungsrahmen herzustellen, eine Isolierung der schweizerischen Märkte zu vermeiden und Rechtssicherheit zu schaffen.

Beiliegend finden Sie unsere Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

Swiss Distribution – Licensing Franchising Agency



Melanie Käser
Geschäftsführung

Beilage erwähnt



Zürich, 2. September 2022

Revision Vertikalbekanntmachung (VertBek) – Stellungnahme

1. Vorbemerkung

Der Verband Swiss Distribution ("Swiss Distribution", ehemals Schweizer Franchise Verband) bezweckt die Information über sowie die Förderung der Entwicklung und der Führung von Vertriebsorganisationen im Umfeld des Multi-Channel-Vertriebs mit selbstständigen Vertriebspartnern, insbesondere Vertragshändler-, Lizenz-, Franchise- und Agentursystemen in und von der Schweiz aus. Swiss Distribution richtet sich an vertriebsorientierte Unternehmen. Die Mitglieder (aktuell hauptsächlich Franchise-Systeme, aber auch Agentur- und Lizenzsysteme) sind überzeugt, dass sie mittels systematisch gesteuerter Multi-Channel-Vertriebssysteme und Multiplikation bewährter Organisationsformen einen strategischen und operativen Mehrwert erzielen. Swiss Distribution vernetzt Experten im Bereich Vertrieb – branchenunabhängig – und setzt sich dafür ein, Vertriebsexpertise zu fördern und für zukünftige Management-Generationen attraktiv zu machen. Weitere Informationen zum Verband finden sich auf der Website von Swiss Distribution unter <https://www.swissdistribution.org/de/home.aspx>.

Swiss Distribution dankt der Wettbewerbskommission und deren Sekretariat für die Einladung zur Vernehmlassung und begrüsst das Bestreben der Schweizer Wettbewerbsbehörden, einen mit dem europäischen Ausland möglichst übereinstimmenden Regelungsrahmen herzustellen, eine Isolierung der schweizerischen Märkte zu vermeiden und Rechtssicherheit zu schaffen.

Vertriebssysteme wie diejenigen der Mitglieder von Swiss Distribution machen nicht vor Landesgrenzen halt – sei es, dass sich ein Schweizer System "internationalisiert", oder dass ein international bereits tätiges System neu in den Schweizer Markt eintritt. Oftmals stehen die Verbandsmitglieder und deren Vertriebspartner



auch in direktem Wettbewerb mit ausländischen Anbietern – umso wichtiger ist, es, dass alle nach denselben Regeln spielen. Die Bemühungen, die Vertikalbekanntmachung, insbesondere in den für Vertriebssysteme wichtigen Themen wie etwa dem Online-Vertrieb, der Ausgestaltung der Vertriebssysteme im Bereich des Exklusiv- oder Selektivvertriebs, der Beschaffungsorganisation (Bezugsbeschränkungen) sowie dem Informationsaustausch innerhalb der Systeme, auf Augenhöhe mit der am 1. Juni 2022 in Kraft getretenen revidierten Vertikal-GVO sowie den Vertikal-Leitlinien zu bringen, sind für die Vertriebspraxis von zentraler Bedeutung.

Vor diesem Hintergrund sind aus Sicht von Swiss Distribution vorab in allgemeiner Hinsicht zwei Aspekte zu betonen, in denen die Vertikalbekanntmachung und deren Erläuterungen dem eigenen Anspruch nicht gerecht werden:

- Erstens fällt auf, dass die Vertikalbekanntmachung zwar "möglichst gleiche" Regeln wie in der Europäischen Union anstrebt. Die Regeln der Vertikal-GVO sowie der Leitlinien werden aber nur selektiv übernommen. Dies ist angesichts der eher ausufernd anmutenden Leitlinien im Interesse griffiger und für die Unternehmen verständlicher und möglichst einfach umsetzbarer Regeln aus Sicht von Swiss Distribution zwar der richtige Ansatz, wirft aber die Frage auf, wie mit nicht oder nur unvollständig übernommenen Themen umgegangen werden soll.¹ Ein klares Bekenntnis zur Übernahme der europäischen Regeln im Fall von Lücken oder gänzlich fehlenden Regeln fehlt allerdings in den Bestimmungen der Vertikalbekanntmachung.² Für die betroffenen Unternehmen ist diese fehlende Klarheit mit hoher Rechtsunsicherheit verbunden. Es wäre zu begrüßen, wenn die Vertikalbekanntmachung im Sinne eines *statischen* Verweises auf die analoge Geltung der Bestimmungen der Vertikal-GVO verweisen würde, falls die Vertikalbekanntmachung selber keine Bestimmung zu einer Rechtsfrage enthält.
- Zweitens fällt auf, dass die Vertikalbekanntmachung in verschiedener Hinsicht von der revidierten Vertikal-GVO abweicht und einen "Swiss Finish" enthält. Diese Abweichungen stützen sich jeweils direkt auf Entscheide, die wegen den speziellen Umständen des Einzelfalles nach Auffassung von Swiss Distribution nicht einer Verallgemeinerung zu-

¹ Zu denken ist etwa an Erfüllungsverträge, die Situation von Handelsvertretern oder bestimmte Aspekte des Informationsaustausches innerhalb von Vertriebssystemen.

² Das Ziel "möglichst gleicher Regeln" wird lediglich in den Erwägungen, Ziff. VII, erwähnt, was einer greifbaren Bestimmung aber nicht gleichkommt.

gänglich sind und damit nicht für eine generelle Orientierungshilfe taugen.³ Allgemein ist Swiss Distribution der Auffassung, dass die Vertikalbekanntmachung sich nicht auf Kriterien stützen sollte, welche die Rechtsmittelinstanzen in den wenigen überhaupt vorhanden höchstrichterlich entschiedenen Fällen mit Blick auf besondere Sachverhaltsumstände entwickelt haben. Es wäre zu begrüßen, wenn in der Vertikalbekanntmachung das zulässige Verhalten losgelöst von Einzelfällen, diese aber selbstredend umfassend, beschrieben würde.

Swiss Distribution ist der Auffassung, dass eine konsequentere Ausrichtung auf das europäische Recht im Sinne der Rechtssicherheit für die Unternehmen nicht nur sinnvoll, sondern vielmehr geboten ist.

Vor diesem Hintergrund wird Swiss Distribution sich nachfolgend zu ausgewählten Aspekten der Vernehmlassungsentwürfe äussern, die aus Sicht von Swiss Distribution nachgebessert werden sollten.

2. Preisempfehlungen

Unverbindliche Preisempfehlungen ("UVP") sind in der Vertriebspraxis weit verbreitet, insbesondere im Franchising und anderen Formen des integrierten Vertriebs. Die Empfehlungen einer Herstellerin oder Systemgeberin gibt dem Handel eine Indikation über die Positionierung der Produkte bzw. des Vertriebssystems als solchen im Wettbewerb. Auch für den Kunden stellen die UVP eine wertvolle Orientierungshilfe dar, gerade auch, wenn es um die Einordnung der Preise der Händler gegenüber andern Händlern oder den Vergleich mit Konkurrenzsystemen geht. Eine einheitliche Positionierung eines integrierten Vertriebssystems ist für den Kunden entscheidend, damit er sich an seinen Erfahrungen aus anderen Verkaufsstellen desselben Systems orientieren kann. Namentlich im Franchising ist dies von besonderer Bedeutung.

Aus Sicht von Swiss Distribution ist es deshalb unverständlich, dass die in der Vertikalbekanntmachung vom 28. Juni 2010 ("VertBek") in Ziffer 10 lit. a sowie 15 VertBek enthaltenen Bestimmungen zu UVP gemäss Vernehmlassungsentwurf vom 5. Juli 2022 ("E-VertBek") ersatzlos gestrichen werden sollen. Stattdessen enthält der Vernehmlassungsentwurf der Erläuterungen zur Vertikalbekanntmachung ("E-Erläuterungen") neu eine Passage zu Preisempfehlungen, welche die Praxis des

³ So insbesondere der Entscheid des Bundesgerichtes in Sachen Pfizer, BGE 147 II 72, oder der – höchstrichterlich nicht geprüfte – Entscheid des Bundesverwaltungsgerichtes in Sachen Nikon, Urteil BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016.

Bundesgerichtes in Sachen Pfizer⁴ wiedergibt, wenn auch nur unvollständig, und die in der VertBek gestrichenen Bestimmungen selektiv übernimmt.

Aufgrund der weiten Verbreitung und grossen Bedeutung von UVP in der Vertriebspraxis einerseits und dem unter Umständen hohen Sanktionsrisiko andererseits ist es nur schon aus Gründen der Rechtssicherheit zu empfehlen, UVP in der Vertikalbekanntmachung selber zu thematisieren. Die Bekanntmachungen der Wettbewerbskommission sind für Zivilgerichte bekanntlich nicht bindend. Es ist zu befürchten, dass sich Zivilgerichte umso weniger an Erwägungen in den Erläuterungen orientieren werden. Gespräche innerhalb des Verbandes zeigen auch, dass mit Bezug auf UVP regelmässig Beratungsbedarf besteht, gerade im Bereich der Vertriebssysteme. Das Pfizer-Urteil des Bundesgerichtes hat leider keine Rechtssicherheit geschaffen und die bestehenden Unsicherheiten vielmehr vergrössert.

Das Pfizer-Urteil betrifft nämlich einen speziell gelagerten Einzelfall. Die vom Bundesgericht verwendeten Kriterien der "*Fühlungnahme*" oder der "*besonders intensiven Kommunikation*" bezogen sich auf sehr spezifische Sachverhaltselemente und die besonderen Umstände des stark regulierten Vertriebs verschreibungspflichtiger, aber nicht kassenpflichtiger Arzneimittel, in dem von Beginn weg nur stark reduzierter Wettbewerb herrscht. Der Pfizer-Entscheid und die darin definierten Kriterien scheinen deshalb als generelle Orientierungshilfe für die Praxis von vornherein ungeeignet. Mit den Verweisen auf das Pfizer-Urteil in den Erläuterungen ist jedenfalls für die Praxis keinerlei Rechtssicherheit verbunden.

Das ersatzlose Streichen der in Ziff. 15 Abs. 3 VertBek enthaltenen *Aufgreifkriterien* "mangels Praxisrelevanz" ist aus Sicht des Verbandes nicht nachvollziehbar. Viele Unternehmen haben sich gerade aufgrund der nachvollziehbaren Klarheit der bisherigen Regelungen an diesen Kriterien orientiert. Damit hat die VertBek einen nicht unwesentlichen Beitrag für die praktische Umsetzung geleistet. Gleichzeitig ist in diesem Zusammenhang aber auch festzuhalten, dass das revidierte Vertikal-GVO wie auch die Vertikal-Leitlinien keine "Aufgreifkriterien" kennen⁵, welche UVP mit den erwähnten Charakteristika quasi unter Generalverdacht stellen würden. Der Verzicht auf Aufgreifkriterien ist aus diesem Blickwinkel an sich zu begrüssen. Im Ergebnis sollten die Aufgreifkriterien wegen dem dringenden Bedürfnis nach einer Orientierungshilfe aber nicht einfach ersatzlos gestrichen, sondern aktualisiert und entschlackt werden – nicht im Sinne von Aufgreifkriterien, sondern im Sinne eines groben Beurteilungsrasters.

⁴ BGE 147 II 72.

⁵ Auch die alte Vertikal-GVO bzw. die alten Leitlinien enthielten keine Aufgreifkriterien.

In diesem Zusammenhang ist insbesondere unverständlich, dass der Hinweis auf die Unzulässigkeit von UVP, deren *Einhalten mit Druck oder Anreizen forciert* wird, aus der Vertikalbekanntmachung gestrichen werden soll.⁶ Diese Regel ist auch in der revidierten Vertikal-GVO unverändert enthalten, und die grundsätzliche Unzulässigkeit solcher Fälle ist unbestritten. Daran ändert auch das Pfizer-Urteil nichts, zumal im damals zu beurteilenden Sachverhalt keine Hinweise auf Druck oder Anreize seitens der Herstellerinnen vorhanden waren.⁷ Jedenfalls sollte auf derart klare und unbestrittene Regeln, als Teil des erwähnten groben Beurteilungsrasters, auch in der gebotenen Klarheit hingewiesen werden.

Ebenfalls in diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Vertikal-GVO die Verwendung von UVP (sowie Höchstverkaufspreisen) unterhalb einer Schwelle von 30% generell freistellt, sofern kein Druck oder Anreize für das Einhalten der UVP bestehen. Vor diesem Hintergrund scheint es angezeigt, im Einklang mit der Vertikal-GVO und den Leitlinien für Fälle bloss abgestimmten Verhaltens im Sinne einer Klarstellung eine Schwelle von 30% in die Erläuterungen aufzunehmen, unterhalb derer grundsätzlich nicht von einer Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG auszugehen ist. Die vom Bundesgericht betonte Notwendigkeit der Gesamtbetrachtung lässt eine Berücksichtigung der Marktstellung im Fall des abgestimmten Verhaltens nach Auffassung von Swiss Distribution offen⁸, zumal die vom Bundesgericht in diesem Zusammenhang zitierte Rechtsprechung des EuGH in der Gesamtbetrachtung nicht auf bestimmte Kriterien, sondern eine nicht näher umrissene "Reihe von Indizien von Koinzidenzen" abstellen will.⁹

Aus Sicht von Swiss Distribution sollte in der Vertikalbekanntmachung mit Bezug auf UVP zumindest klargestellt werden, dass UVP aus kartellrechtlicher Sicht den Tatbestand einer vertikalen Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG grundsätzlich dann erfüllen, wenn deren Einhalten mit Druck oder Anreizen forciert wird, und bei einem Fehlen von Druck oder Anreizen unterhalb einer Schwelle von jeweils 30% Marktanteil der beteiligten Unternehmen grundsätzlich keine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG anzunehmen ist.

⁶ Das Gewähren von Druck oder das Setzen von Anreizen werden lediglich in Rz. 7 E-Erläuterungen für Hochstverkaufspreise sowie in Rz. 8 E-Erläuterungen, 4. Bullet, für UVP als Kriterium für eine "vertikale Preisabrede" erwähnt.

⁷ Vgl. BGE 147 II 72, E 4.5.1.

⁸ Vgl. auch BGE 147 II 72, E 4.5.2., wo das Bundesgericht festhält, dass mit einer Ausübung von Zwang bereits die Schwelle zu einer Abrede überschritten sei.

⁹ Urteil des EuGH vom 21. Januar 2016C-74/14 Eturas et al., Rn. 36, mit Hinweisen.

3. Informationsaustausch

In der Vertriebspraxis sind Vertriebsgeber oftmals neben den Vertriebspartnern mit Eigenstellen am Markt präsent und insofern (auch) als Wettbewerberinnen der Vertriebsnehmer tätig. Gerade im integrierten Vertrieb ist eine Tätigkeit auch auf der letzten Marktstufe grundsätzlich zu empfehlen. Die Vertriebsgeberinnen stehen in der Pflicht, ihre Systeme kontinuierlich weiterzuentwickeln, wozu auch das Testen von neuen Konzepten, neuen Produkten oder anderen Innovationen *auf eigene Kosten* am Markt gehört (Pilotbetriebe, "Proof of Concept"). Dualer Vertrieb ist so gesehen – zumindest in den gemäss dem Code of Conduct von Swiss Distribution (<https://www.swissdistribution.org/de/uber-uns/code-of-conduct>) geführten Systemen – in der Praxis die Regel. Entsprechend wichtig sind hierzu klare Richtlinien der Wettbewerbsbehörden, gerade zum Informationsaustausch innerhalb eines Systems.

Die im Vernehmlassungsentwurf diesbezüglich enthaltenen Bestimmungen, namentlich Art. 10 Abs. 2 und 3 E-VertBek, sind allerdings schwer verständlich und schaffen wenig Klarheit, zumal der Austausch von Informationen zwischen einer Vertriebsgeberin und den Vertriebspartnern einem Vertriebssystem inhärent, ja geradezu von zwingender Notwendigkeit, ist.

Es wäre aus Sicht von Swiss Distribution deshalb zu begrüßen, wenn die Erläuterungen zu Art. 10 Abs. 2 und 3 E-VertBek in verständlicheren Worten und *anhand konkreter Beispiele* ausführen würde, in welchem Rahmen der Informationsaustausch zwischen einer Vertriebsgeberin und den Vertriebspartnern in Fällen dualen Vertriebs effektiv problematisch ist, und unter welchen Umständen konkret von einem unzulässigen Informationsaustausch auszugehen wäre. So müsste insbesondere klargestellt sein, dass auch im Kontext des dualen Vertriebs jeglicher Informationsaustausch, der einer Optimierung des Vertriebssystems dienen kann, grundsätzlich als nicht erheblich zu betrachten ist, jedenfalls, solange die ausgetauschten Informationen nicht direkt auf eine Verhaltenskoordination im Bereich der Vermutungstatbestände abzielen.

4. Infrastruktur- und Konzeptvorgaben

Moderne Vertriebsorganisationen sind unter anderem geprägt von (i) effizienten und daher einheitlichen Geschäftsprozessen, (ii) einem Fokus auf eine homogene Darstellung des Geschäftskonzepts und der System- und Produktmarken am Verkaufspunkt und (iii) dem Bestreben, den Kunden ein auch qualitativ einheitliches Angebot an Waren und Dienstleistungen direkt und indirekt über ihre Vertriebspartner bereitstellen zu können.

Entsprechend ist es nicht aussergewöhnlich, wenn im Rahmen von Vertriebskooperationen Vereinbarungen getroffen werden, die sich auf die (i) Nutzung des

einheitlichen Corporate Design (wie Marke, Ladenbau, Marketing), (ii) den Gebrauch des lizenzweise überlassenen Geschäftskonzepts zu zentralen Geschäftsprozessen, die der Qualität gegenüber den Kunden und Mitarbeitenden dienen, beziehen oder (iii) Regelungen getroffen werden die sich auf die Nutzung der (im Eigentum des Vertriebspartners oder des Vertriebsgebers stehenden) Betriebsmittel (wie etwa Ladeninfrastruktur) beziehen.

Ebenfalls ist in der Vertriebsrealität festzustellen, dass Systemgeber oft Empfehlungen abgeben oder mit den Vertriebspartnern Vereinbarungen treffen mit Bezug auf (i) das Produkte- oder Dienstleistungssortiment (etwa hinsichtlich eines Kernsortiments, um den Wiedererkennungswert des Geschäftskonzeptes sicherstellen), (ii) zeitlich begrenzte Promotionen, (iii) Öffnungszeiten (gerade wenn Vorgaben eines Hauptvermieters einzuhalten sind) oder (iv) den Warenbezug von Systemlieferanten.

Derartige Vereinbarungen zielen namentlich auf eine erhöhte Effizienz und damit rationellere Nutzung der betrieblichen Ressourcen der beteiligten Partei, damit auf die Senkung von Vertriebskosten, die Sicherung einer einheitlichen Qualität und eine möglichst optimale Nutzung des einem Vertriebssystem eigenen betrieblichen Wissens (Know-hows) und der systemtypischen Investitionen. Dementsprechend sind solche Massnahmen zur Vertriebsoptimierung aus Sicht von Swiss Distribution – so sie überhaupt als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung angesehen werden müssen – aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 1 und 2 KG als grundsätzlich zulässig anzusehen.

Swiss Distribution würde es im Sinne einer Klarstellung und im Hinblick auf eine möglichst einfache Umsetzung in der Vertriebspraxis begrüßen, wenn in den Erläuterungen zur neuen Vertikalbekanntmachung einige konkrete Beispiele im Sinne der obigen Ausführungen gemacht werden könnten.

5. Wettbewerbsverbote

Vertriebssysteme sind auf Dauer ausgelegt, die stillschweigende Vertragsverlängerung nach einer Mindestlaufzeit ist die Regel, nicht die Ausnahme. Dementsprechend werden auch Wettbewerbsverbote, die zum Schutz des Know-Hows der Systemgeberin und des Vertriebssystems erforderlich sind, in der Regel unbefristet vereinbart. Dies ist insofern auch sachgerecht, als einerseits Know-How nicht statisch ist und von den Vertriebsgeberinnen kontinuierlich weiterentwickelt wird, respektive im Sinne der Pflicht zum Verfügung-Stellen eines konkurrenzfähigen Systems stetig weiterentwickelt werden muss. Andererseits ist eine Vertriebsgeberin den Vertriebspartnern gegenüber auch verpflichtet, das typische Know-How eines Vertriebssystems – als Alleinstellungsmerkmal des Systems – nach besten Kräften

zu schützen. Diese Pflichten bestehen grundsätzlich für die gesamte Dauer einer Vertragsbeziehung.

Aus Sicht von Swiss Distribution fehlt insofern in Art. 15 lit. g E-VertBek ein ausdrücklicher Hinweis darauf, dass Wettbewerbsverbote, die sich stillschweigend über einen Zeitraum von fünf Jahren hinaus verlängern, als qualitativ nicht schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen gelten, wenn die Vertriebspartner nach Ablauf der generell zulässigen Mindestlaufzeit von fünf Jahren ihre Verträge mit einer angemessenen Kündigungsfrist und zu angemessenen Kosten¹⁰ neu aushandeln oder kündigen können.

Dasselbe muss allerdings auch für unbefristet abgeschlossene Wettbewerbsverbote gelten. Es ist nicht ersichtlich, weshalb eine automatische stillschweigende Verlängerung anders behandelt werden sollte wie eine von Beginn weg unbefristete Ausgestaltung. In der Vertriebspraxis macht dies schlicht keinen Unterschied, entscheidend sind vielmehr die Kündigungsfristen und die damit geschützte Rechtsposition der Vertriebspartner. Dies wäre aus Sicht von Swiss Distribution in Art. 15 lit. g E-VertBek ebenfalls klarzustellen.

Zu beachten gilt schliesslich, dass Vertriebsverträge mit hochintensiven Investitionsverpflichtungen der Vertriebspartner, etwa im Bereich des Betriebs von Hotels oder Tankstellen, durchaus auch Mindestlaufzeiten von 10 oder 20 Jahren aufweisen können. Dies ist zum Schutz der Investitionen der Vertriebspartner unabdingbar, auch mit Blick auf das mögliche Entstehen wirtschaftlicher Abhängigkeitsverhältnisse bzw. relativer Marktmacht der Vertriebsgeberinnen. Die Vertriebspartner müssten sich bei kürzeren Laufzeiten und bestehenden Abhängigkeiten konkret dem Vorwurf aussetzen, die Amortisation ihrer Investitionen nicht hinreichend vertraglich abgesichert zu haben. Es liegt auf der Hand, dass solche Vertriebsverhältnisse, die in aller Regel auch mit einem intensiven Know-How-Transfer verbunden sind, ein Wettbewerbsverbot für die gesamte Dauer der Mindestlaufzeit erfordern.

Aus Sicht von Swiss Distribution wäre es deshalb zu begrüessen, wenn in den Erläuterungen zur Vertikalbekanntmachung klargestellt würde, dass in Einzelfällen, in denen längere vertragliche Mindestlaufzeiten aus Sicht des Investitionsschutzes erforderlich sind, auch entsprechend lange Wettbewerbsverbote grundsätzlich keine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung darstellen.

¹⁰ Vgl. Vertikal-Leitlinien, Rz. 248.

6. Bezugsbeschränkungen

Der Entwurf der Erläuterungen zur Vertikalbekanntmachung enthält mit Bezug auf Bezugsbeschränkungen in Rz. 11 E-Erläuterungen den Hinweis darauf, dass vertragliche Bezugsbeschränkungen ein mögliches Beispiel einer absoluten Gebietschutzabrede darstellen.¹¹ Begründet wird dies in den Erläuterungen mit einem Verweis auf die Praxis des Bundesverwaltungsgerichtes in Sachen Nikon¹² sowie Bucher Landtechnik¹³, wobei offen eingeräumt wird, dass es sich hierbei um eine Schweizer Sonderregel handelt.

Aus Sicht von Swiss Distribution besteht für eine solche Schweizer Sonderregel, die in einem zentralen Punkt vom europäischen Recht deutlich verschärfend abweicht,¹⁴ kein Anlass. Die Bezugsbeschränkungen waren in den zitierten Fällen für sich alleine nicht ausschlaggebend¹⁵, und in der Vertriebspraxis führen Bezugsbeschränkungen auch keineswegs zu einer Gebietsabschottung. Wo und wie ein Vertriebspartner seine Produkte bezieht, hat keinen Einfluss darauf, ob er passive Verkäufe tätigt oder nicht – wohl aber darüber, ob die Einheit eines Vertriebssystems, insbesondere in qualitativer Hinsicht, gewahrt werden kann. Nur, wenn zusätzlich zu einer Bezugsbeschränkung auch noch eine passive Verkäufe direkt oder indirekt ausschliessende Abrede vorliegt, kann unter Umständen der Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG erfüllt sein.

Wegen der hohen Sanktionsdrohung stellt sich zudem die Frage, ob die grundsätzlich (und ausreichend) als Wettbewerbsverbote nicht sanktionierbaren Bezugsbeschränkungen überhaupt Anlass für eine Subsumption unter den Vermutungstatbestand des Art. 5 Abs. 4 KG geben können. Die Sanktionsdrohung des Art. 49a KG würde dadurch nach Auffassung von Swiss Distribution ohne gesetzliche Grundlage ausgeweitet. Deshalb, und weil Bezugsbeschränkungen für sich alleine in der Vertriebspraxis wie erwähnt zu keiner Gebietsabschottung führen, sind die Ausführungen in den Erläuterungen zu Bezugsbeschränkungen und absolutem Gebietschutz nach Auffassung von Swiss Distribution ersatzlos zu streichen.

* * *

¹¹ Konkret sollen "vertragliche Bezugsbeschränkungen, wonach sich die Vertriebspartnerinnen in der Schweiz verpflichten, die Vertragsware nur in ihrem Vertragsgebiet zu beziehen" als Beispiel für absoluten Gebietsschutz gelten.

¹² Urteil BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016.

¹³ RPW 2019/4, S. 1155 ff., *Bucher Landtechnik / Ersatzteilhandel Traktoren*.

¹⁴ Nach der Vertikal-GVO stellen exklusive Bezugspflichten in nicht-selektiven Vertriebssystemen keine Kernbeschränkung dar.

¹⁵ So waren etwa in Sachen Nikon noch diverse andere Beschränkungen wie Importverbote massgeblich.



Wettbewerbskommission Sekretariat

Hallwylstrasse 4, CH-3003 Bern

Per E-Mail an: weko@weko.admin.ch

Bern, 2. September 2022

SwissHoldings Stellungnahme

Vernehmlassungsverfahren zur Revision der Vertikalbekanntmachung – Vernehmlassungsentwürfe der Vertikalbekanntmachung (VertBek) und der VertBek-Erläuterungen

Sehr geehrter Herr Prof. Dr. Ducrey

Sehr geehrte Frau Dr. Graber

Sehr geehrte Damen und Herren

SwissHoldings, der Verband der Industrie- und Dienstleistungsunternehmen in der Schweiz, umfasst 61 Mitgliedunternehmen, die mehrheitlich an der SIX Swiss Exchange kotiert sind. Die börsenkotierten Mitglieder unseres Verbands machen zusammen rund 66 Prozent der gesamten Börsenkapitalisierung aus.

Die Wettbewerbskommission (WEKO) hat am 5. Juli 2022 Entwürfe für eine revidierte Vertikalbekanntmachung (E-VertBek) zusammen mit zugehörigen Erläuterungen (E-VertBek-Erläuterungen) publiziert und zur Vernehmlassung eingeladen. Wir danken Ihnen für die Einladung, im Rahmen der obengenannten Vernehmlassung Stellung zu nehmen. Gerne äussern wir uns dazu wie folgt:

Zusammenfassung

Die zur Vernehmlassung vorliegende E-VertBek und die E-VertBek-Erläuterungen beinhalten im Allgemeinen begrüssenswerte Anpassungen, welche die Kohärenz mit den EU-Wettbewerbsregeln im Vertikalbereich sicherstellen sollen. Für eine Reihe von Punkten sehen die E-VertBek und die E-VertBek-Erläuterungen aus unserer Sicht nicht zwingend notwendige strengere Regeln bzw. Lücken vor (z.B. stillschweigende Verlängerung Wettbewerbsverbote, strengere Bewertungskriterien unverbindlicher Preisempfehlungen; vgl. dazu nachfolgend). Dieser „Swiss Finish“ führt dazu, dass in der kartellrechtlichen Vertriebspraxis auch in Zukunft die Verträge mit Auswirkungen auf die Schweiz gemäss den strikteren Schweizer Regeln geprüft werden müssten.



1. Europakompatibilität der Schweizer Wettbewerbsregeln im Vertikalbereich

Die E-VertBek soll gemäss deren einleitenden Erwägung VII. eine Angleichung an das europäische Recht und insbesondere an die Regeln der EU im Vertikalbereich ermöglichen (vgl. auch Vernehmlassungsschreiben der WEKO vom 5. Juli 2022). SwissHoldings unterstützt die Anlehnung der E-VertBek und der E-VertBek-Erläuterungen an die seit dem 1. Juni 2022 geltende neue europäische Vertikal-GVO bzw. die Vertikal-Leitlinien und teilt insbesondere die Stossrichtung hin zu eurokompatiblen Wettbewerbsregeln für die Schweiz.

Es ist ein Anliegen von SwissHoldings, dass gerade in diesem Bereich strengere Sonderregelungen für die Schweiz («Swiss Finish») unterbleiben.

2. Stillschweigende Verlängerung der Fünfjahresfrist für Wettbewerbsverbote

Die EU-Kommission hat in den neuen Vertikal-Leitlinien (Rz. 248) klargestellt, dass auch Wettbewerbsverbote, die für einen Zeitraum von fünf Jahren abgeschlossen werden, über diesen Zeitraum hinaus stillschweigend verlängert werden und unter die Gruppenfreistellung fallen können, sofern angemessene Kündigungs- und Neuverhandlungsmöglichkeiten bestehen. Weder in der E-VertBek noch in den E-VertBek-Erläuterungen findet sich ein Äquivalent zu dieser Klarstellung in den Vertikal-Leitlinien.

Das Fehlen einer solchen parallelen Regelung in der Schweiz könnte zu Rechtsunsicherheiten führen und es ist nicht nachvollziehbar, weshalb eine den europäischen Vertikal-Leitlinien nachempfundene, liberalere Regelung unterbleiben soll.

3. Zulässigkeit unverbindlicher Preisempfehlungen

Art. 4 Bst. a der Vertikal-GVO und die Vertikal-Leitlinien (Rz. 188) geben Hinweise auf die Zulässigkeit von Preisempfehlungen, sofern sich solche nicht infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken.

Demgegenüber sind die bisher vorhandenen Ausführungen zu Preisempfehlungen in der E-VertBek weitestgehend entfernt worden. Diese praxisrelevante Thematik soll zukünftig nur in den E-VertBek-Erläuterungen behandelt werden. Materiell weichen die E-VertBek-Erläuterungen (Rz. 8) vom aktuellen europäischen Standard ab und sehen «Druck» oder «Gewährung von Anreizen» nur als ein mögliches Kriterium zur Beurteilung der Zulässigkeit von Preisempfehlungen vor. Dem im Bundesgerichts-urteil i.S. «Pfizer» behandelten Sonderfall wird in den E-VertBek-Erläuterungen ein übermässig grosses Gewicht zugemessen. Die daraus abgeleiteten Kriterien «Abstimmung», etwa in Form «besonders intensive[r] Kommunikation», und «Abstimmungserfolg» erscheinen nicht derart verallgemeinerbar und sind für die Anwendung in der Unternehmenspraxis nicht sachgerecht. In den allermeisten Vertriebsnetzen wird nämlich zugunsten des Geschäftserfolges eine relativ intensive Kommunikation geführt, währenddem der Hersteller in aller Regel gerade über kein Wissen zum tatsächlichen Befolgungsgrad von Preisempfehlungen seitens seiner Vertriebspartner (d.h. dem «Abstimmungserfolg») verfügt.

SwissHoldings würde es begrüssen, wenn für die Bewertung unverbindlicher Preisempfehlungen in den Vernehmlassungsentwürfen auf den aktuellen europäischen Standard abgestellt würde (vgl. oben) und in diesem Bereich eine strengere Schweizer Sonderregelung unterbliebe.

4. Qualifikation der Agenturverhältnisse

Im Gegensatz zu europäischen Vertikal-Leitlinien enthalten weder die E-VertBek noch die E-VertBek-Erläuterungen Hinweise zur rechtlichen Qualifizierung von Agentur- bzw. Handelsvertreterverhältnisse im Bereich der vertikalen Vereinbarungen bzw. Vertriebssystemen. SwissHoldings würde es zur Erhöhung der Rechtssicherheit in diesem Punkt unterstützen, wenn die WEKO in Anlehnung an die aktuellen Vertikal-Leitlinien diesbezügliche Vorgaben in die E-VertBek-Erläuterungen aufnehmen würde.

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme und für die Berücksichtigung unserer Position. Für allfällige Erläuterungen oder Auskünfte zu unseren Ausführungen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

SwissHoldings
Geschäftsstelle



Dr. Gabriel Rumo
Direktor



Claudiu A. Antal
Policy Manager

Sekretariat der Wettbewerbskommission
Herr Prof. Dr. Patrik Ducrey, Direktor
Frau Dr. Andrea Graber, Vizedirektorin
Hallwylstrasse 4
3003 Bern

Wohlen, 18. August 2022

Ref. 013-00007 kei / spm / dul / gor

Revision der Vertikalbekanntmachung (VertBek) - Stellungnahme im Rahmen der Vernehmlassung zu den Entwürfen der Vertikalbekanntmachung und der VertBek-Erläuterungen

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit, zu den obengenannten Entwürfen Stellung nehmen zu dürfen. Die vorliegende Stellungnahme erfolgt für den

Verband Freier Autohandel Schweiz VFAS
Stephan Jäggi, Geschäftsleiter
Bremgarterstrasse 75
5610 Wohlen
Telefon +41 56 619 71 32
stephan.jaeggi@vfas.ch

Für die Stellungnahme wurde vom Sekretariat der Wettbewerbskommission eine Frist bis zum 2. September 2022 gesetzt. Mit dem vorliegenden Schreiben wurde die Frist gewahrt.

Bei Fragen dürfen Sie sich gerne an die obenstehende Kontaktperson wenden.

Vorbemerkung

Der Verband freier Autohändler Schweiz («VFAS») vertritt seit 1956 die Interessen des unabhängigen und freien Autohandels in der Schweiz. Er setzt sich nebst 800 Unternehmungen auch für die Konsumenten ein, indem er sich gegen sämtliche Einschränkungen und Behinderungen im freien Autohandel wehrt. An oberster Stelle steht der kompromisslose Einsatz für dessen Förderung sowie für Standards, die eine hohe Qualität garantieren. Er vertritt liberale Werte und hinterfragt deshalb alle Vorschriften und Auflagen, welche die ihm angeschlossenen Unternehmen zu berücksichtigen haben.

Allgemeine Bemerkungen

Der VFAS ist vom Geltungsbereich der revidierten VertBek und den dazugehörigen VertBek-Erläuterungen erfasst, indem er Schweizer KMUs im Autohandel vertritt, die sowohl mit Neu- als auch mit Occasionsfahrzeugen handeln. Da seine Mitglieder keinem der selektiven Vertriebssystemen der Autohersteller respektive der Generalimporteure angehören, sind diese an einem offenen Markt und einem wirksamen Interbrand- und Intrabrand-Wettbewerb auf Stufe Verkauf und auf Stufe Wartungs- und Reparaturdienstleistungen sehr interessiert.

Der VFAS begrüsst im Grundsatz das von der Revision verfolgte Ziele einer Angleichung an die revidierte Europäische Vertikal-GVO und den dazugehörigen EU-Vertikalleitlinien, welche per 1. Juni 2022 in Kraft getreten sind. Der VFAS erachtet die revidierte VertBek und die neuen VertBek-Erläuterungen grundsätzlich als nützliche Instrumente für eine Beurteilung von vertikalen Vereinbarungen.

Allerdings hätte sich der VFAS gewünscht, dass die Erläuterungen zwecks Stärkung der Rechtssicherheit und der Planbarkeit für die Unternehmen wesentlich differenzierter ausfallen, als dies bisher der Fall war. Hier sticht besonders der Unterschied zwischen den VertBek-Erläuterungen und der EU-Vertikalleitlinien ins Auge. Währenddem die Vertikal-GVO nicht wesentlich ausführlicher ist im Vergleich zur VertBek, trifft dies auf die EU-Vertikalleitlinien nicht zu. Diese ist viel umfassender und enthält auch detaillierte Ausführungen zu den einzelnen Bestimmungen der Vertikal-GVO. Der VFAS bedauert es, dass aufgrund der doch bereits ansehnlichen Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden und Gerichte zu den vertikalen Vereinbarungen die VertBek-Erläuterungen nicht detaillierter ausgefallen sind. Dies wäre im Sinne der Rechtssicherheit sicher möglich und angemessen gewesen.

Nachfolgend geht der VFAS auf einzelne Punkte zur revidierten VertBek ein.

Materielle Bemerkungen

Fehlender Schutz von Intra- und Interbrand-Wettbewerb

Ausgangslage

Markenhersteller aber auch Generalimporteure gehen je länger je mehr dazu über, Kraftfahrzeuge über eigene Vertriebssysteme, so insbesondere über eigene Online-Shops zu verkaufen. Einige bekannte Markenhersteller wie beispielsweise Tesla verkaufen sogar ausschliesslich über ihre eigenen Online-Shops. Dies hat spürbare Folgen für den Wettbewerb, namentlich für den Intra- und Interbrand-Wettbewerb. Durch ihre Marktstellung sind die Hersteller und Generalimporteure in der Lage, ihre Marktposition durch Verlagerung des Vertriebs auf Online-Shops den Markteintritt nicht nur für freie Händler zu behindern, sondern die bestehenden Händler auch aus dem Markt zu drängen. Dies widerspricht jedoch klar den Zielen, welche der Gesetzgeber im Jahr 2003 mit der Einführung der neuen Tatbestände in Art. 5 Abs. 4 KG beabsichtigte, wonach Preisbindungen und die Abschottung des schweizerischen Marktes zu verhindern und **der markeninterne Wettbewerb zu stärken** sei.

Durch den eigenen Online-Vertrieb der Hersteller und Generalimporteure findet eine markante Verlagerung vom Intra- und Interbrand-Wettbewerb zum Interbrand-Wettbewerb statt. Künftig können Händler so vom Vertrieb von Kraftfahrzeugen komplett ausgeschlossen werden. Der Wettbewerb findet dann nur noch zwischen Fahrzeugherstellern oder Generalimporteuren der verschiedenen Marken statt (Interbrand-Wettbewerb). Sowohl Vertragshändler als auch Händler, welche nicht an ein (selektives) Vertriebssystem angeschlossen sind, werden so zum Opfer der vertikalen Integration durch die Hersteller oder Generalimporteure.

Dadurch leidet ein ganzer Wirtschaftszweig, insbesondere aber die freien Händler, welche praktisch keine Fahrzeuge mehr aus dem Ausland importieren und damit den markeninternen Wettbewerb aufrechterhalten können. Dabei wäre gerade ein wirksamer Wettbewerb zwischen den Vertragshändlern und den freien Händlern aus Sicht der Konsumentinnen und Konsumenten wünschbar, da diese bisher dank den freien Händlern von einem erheblichen Preisgefälle profitieren konnten. Ohne ein wirksamer Intra- und Interbrand-Wettbewerb werden die Preise für neue Fahrzeuge zweifelsohne steigen. In letzter Konsequenz bestimmt der Hersteller oder Generalimporteur über seinen Online-Shop die Verkaufspreise. Dies geht klar zu Lasten der Konsumentinnen und Konsumenten.

Keine Regelung durch die revidierte VertBek

Der vorliegende Entwurf für eine neue VertBek («E-VertBek») enthält keine Generalklausel zum Schutz des markeninternen Wettbewerbs. Er verweist zwar an einigen Stellen auf den Intra- und Interbrand-Wettbewerb (so in den Erwägungsgründen IV und VIII und im Artikel 13 E-VertBek), jedoch fehlt es an einer eigentlichen Zweckbestimmung, welche den Schutz von Intra- und Interbrand-

Wettbewerb als klare Zielgrössen für einen wirksamen Wettbewerb im Bereich der vertikalen Abreden festhält.

Auch die neue Bestimmung in Art. 15 Litera e E-VertBek (Online-Handel) mag dem Bedürfnis des VFAS nach einer wirkungsvollen Regelung zum Schutz des Intra-brand-Wettbewerbs nicht nachkommen, betrifft sie doch «nur» vertikale Vereinbarungen, welche die «wirksame Nutzung des Internets zum Verkauf der Vertragswaren oder -dienstleistungen durch die Abnehmerin oder ihre Kundinnen» in Bezug auf Vertriebsgebiete oder auf Kundinnen und Kunden einschränkt.

Dies ist jedoch ungenügend, denn die Bestimmung bezieht sich auf bestehende Vertriebsverträge insbesondere mit Vertragshändlern, die im KfZ-Handel meist an ein selektives Vertriebssystem gebunden sind. Sie berücksichtigt jedoch nicht die Interessen des freien Handels, welche zu Gunsten der Konsumentinnen und Konsumenten gleichgewichtet werden müssen.

Antrag

Die neue VertBek ist so auszugestalten, dass sie den Schutz eines wirksamen Intra-brand-Wettbewerbs als klare Zielgrösse vorgibt und so verhindert, dass freie Händler durch den Online-Handel von Fahrzeugherstellern der Generalimporteuren aus dem Markt verdrängt werden. Insbesondere dürfen freie Händler nicht durch eine vertikale Integration (Bsp. Online-Handel) von den Fahrzeugherstellern oder Generalimporteuren benachteiligt werden.

⇒ Der Schutz von Intra-brand-Wettbewerb sei durch entsprechende Bestimmungen in die VertBek aufzunehmen. Insbesondere sei gegenüber den Herstellern und Generalimporteuren eine vertikale Integration zu verbieten, welche darauf abzielt, Abnehmer in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs zu behindern.

Fehlende Anerkennung der Herstellergarantie

Ausgangslage

Die Machtkonzentration auf Stufe der Hersteller und der Importeure beschränkt sich nicht nur auf den Vertrieb von neuen Kraftfahrzeugen, sondern auch auf dem nachgelagerten Markt der Reparatur- und Wartungsdienstleistungen.

Dies betrifft im Wesentlichen die unabhängigen Reparaturwerkstätten, welche infolge des Ausschlusses von Reparatur- und Wartungsdienstleistungen durch die Herstellergarantie und der sich ebenfalls abzeichnenden vertikalen Integration der Wertschöpfungskette keinen Zugang zum Markt für Reparatur- und Instandsetzungsarbeiten während der zum Teil über mehrere Jahre laufenden Herstellergarantie erhalten. Selbst im Anschluss an die Garantielaufzeit können unabhängige Reparaturwerkstätten nur unter erschwerten Bedingungen solche Dienstleistungen ausführen, fehlt es doch oft am Zugang zu Originalersatzteilen oder Zubehör.

Folgende Beschränkungen wurden von unseren Mitgliedern u.a. in den letzten Jahren dokumentiert:

- Beschränkung der Zahl der zugelassenen Werkstätten innerhalb eines Markennetzes;
- Ausschluss der unabhängigen Werkstätten von Wartungs- und Reparaturdienstleistungen durch Verweigerung der Herstellergarantie während der Garantielaufzeit;
- Beschränkungen der Möglichkeit für Originalersatzteilanbieter, Ersatzteile an unabhängige Werkstätten zu verkaufen;
- Beschränkungen des Zugangs unabhängiger Werkstätten zu technischen Informationen; und
- vertikale Integration der Wertschöpfungskette auch bei den Werkstätten durch Hersteller oder Generalimporteure.

Sodann hat sich gezeigt, dass Fahrzeughersteller auch dann die Herstellergarantie verweigern, wenn Reparaturwerkstätten innerhalb eines Vertriebssystems der Fahrzeughersteller oder der Generalimporteure Wartungs- oder Reparaturdienstleistungen bei parallelimportierten Fahrzeugen vornehmen, und zwar selbst dann, wenn das Fahrzeug von einem freien Händler lediglich vermittelt wurde.

Zur Illustration diene hier das Beispiel des Fahrzeugherstellers Hyundai, welcher unlängst die Gewährung der Herstellergarantie mit dem Hinweis auf das selektive Vertriebssystem verweigerte, weil verschiedene Kundinnen und Kunden ihr Auto über einen freien Schweizer Händler in einem EU-Staat von einem dort ansässigen Vertragshändler kauften und anschliessend Wartungs- und Reparaturdienstleistungen unter Garantie durch eine Reparaturwerkstätte innerhalb des Vertriebssystems ausführen lassen wollten.

Trotz Intervention des VFAS beim Fahrzeughersteller und dem Verweis, dass es sich dabei um eine reine Vermittlung handle und nicht um einen Wiederverkauf durch den freien Händler, lehnte Hyundai die Herstellergarantie ab. Nur aufgrund eines Schreibens des VFAS an Hyundai änderte der Fahrzeughersteller daraufhin die Praxis und bot den betroffenen Kundinnen und Kunden ein sog. «Customer Protection Program» (CPP) an. Dieses erwies sich jedoch im Vergleich zur normalen Herstellergarantie von Hyundai als derart komplex, dass damit die gleichen Wirkungen erzielt wurden, wie mit der ursprünglichen Verweigerung der Herstellergarantie. Namentlich mussten die betroffenen Kundinnen und Kunden neben dem CPP zusätzlich eine Abtretungserklärung unterzeichnen, wonach sie alle bestehenden und künftigen Ansprüche gegen den Vertragshändler an Hyundai abtreten mussten.

Keine Regelung durch die revidierte VertBek

Sowohl die bisherige VertBek als auch die revidierte VertBek enthalten weder eine Bestimmung zum Schutz von unabhängigen Reparaturwerkstätten im Wettbewerb mit den zugelassenen Werkstätten, noch eine Verpflichtung gegenüber den Fahrzeugherstellern oder

Generalimporteuren, die Herstellergarantie auch dann zu gewähren, wenn Fahrzeuge aus dem Ausland über einen freien Händler an Kundinnen und Kunden in der Schweiz vermittelt werden und während der Garantielaufzeit einer unabhängigen Werkstätte für Wartungs- und Reparaturdienstleistungen zugeführt werden.

Antrag

Der Schutz der unabhängigen Werkstätten ist im Sinne eines wirksamen Wettbewerbs bei Wartungs- und Reparaturdienstleistungen in der VertBek festzuhalten. Unabhängige Werkstätten dürfen nicht benachteiligt werden, nur weil sie sich nicht einem Vertriebssystem des Fahrzeugherstellers oder des Generalimporteurs anschliessen wollen. Insbesondere sollen auch unabhängige Werkstätten das Recht erhalten, Garantiarbeiten während der Laufzeit der Garantiedauer auszuführen und hierfür von Hersteller oder Generalimporteur die Kosten für die ausgeführten Arbeiten ersetzt erhalten.

Im Weiteren ist dafür zu sorgen, dass Herstellergarantien unabhängig davon Geltung haben, ob ein Fahrzeug über die offiziellen Vertriebskanäle oder über den Parallelimport vom Ausland beschafft werden. Das Beispiel des Fahrzeugherstellers Hyundai zeigt exemplarisch, dass Fahrzeughersteller nicht gewillt sind, die Herstellergarantie zu akzeptieren, wenn die Fahrzeuge nicht über die Reparaturdienstleistungen

- ⇒ Der Schutz der unabhängigen Reparaturwerkstätten bei der Durchführung von Wartungs- oder Reparaturarbeiten während der Garantielaufzeit sei durch entsprechende Bestimmungen in die VertBek aufzunehmen. Insbesondere sollen die unabhängigen Werkstätten auch dann Garantiarbeiten ausführen dürfen, wenn diese nicht in das Vertriebssystem des Herstellers oder des Generalimporteurs eingebunden sind.
- ⇒ Originalersatzteilanbieter sollen in jedem Fall auch an unabhängige Werkstätten Ersatzteile liefern dürfen.
- ⇒ Der Zugang zu technischen Informationen zu den Fahrzeugen soll auch für die unabhängigen Werkstätten jederzeit möglich sein.

Fehlender Schutz vor Einführung des Agenturmodelles

Ausgangslage

In letzter Zeit haben sich die Meldungen in der Presse gehäuft, dass Fahrzeughersteller insbesondere in Europa dazu übergehen wollen, in den nächsten Jahren den bisherigen Vertrieb über die Generalimporteure und Vertragshändler zu kündigen und durch ein Agenturmodell zu ersetzen, wobei einzelne Hersteller bereits für das eine oder andere Modell ein solches Modell eingeführt haben.

Beim Agenturmodell kaufen interessierte Kundinnen und Kunden direkt beim Hersteller (oder allenfalls beim Generalimporteur) ein. Dies bedeutet, dass der Kaufvertrag für ein neues Fahrzeug direkt zwischen dem Hersteller und den Kunden zustande kommt. Der Verkaufspreis bestimmt dabei der Hersteller selbst. Die Kunden können das gewünschte Fahrzeug über das Internet nach Wunsch konfigurieren und anschliessend bestellen. Ausgeliefert wird das Fahrzeug dann über die diejenige Agentur, welche am nächsten zum Wohnort des Kunden liegt.

Der bisherige Vertragshändler verliert durch das Agenturmodell seinen Status als Wiederverkäufer. Dies bedeutet für ihn, dass er lediglich eine Provision erhält für die Vermittlung des Kunden und die Auslieferung. Er ist nicht mehr Partei des Kaufvertrages und kann infolgedessen den Verkaufspreis nicht mehr eigenständig festlegen und dadurch eine Marge generieren. Der Vertragshändler wird dadurch zum reinen «Handelsvertreter» degradiert, was wiederum dem Hersteller oder dem Generalimporteur erlaubt, auf Grund des Handelsvertreterprivilegs den Intra-brand-Wettbewerb über vertikale Vereinbarungen mit dem Vertragshändler massiv einzuschränken.

Unter dem bisher geltenden Vertriebssystem wurde der Vertragshändler dazu angehalten, bspw. Investitionen in den Bau von Gebäuden (Showroom, Lager, Büro etc.) zu tätigen, damit er die Kriterien im selektiven Vertrieb erfüllen kann. Wird nun das Agenturmodell eingeführt, bleiben die Händler auf den zuvor getätigten Investitionen sitzen. Die Einführung hat somit erhebliche finanzielle Konsequenzen für die Vertragshändler, was für viele wohl die Aufgabe des Betriebes bedeuten kann.

Aber auch die freien Händler werden durch das Agenturmodell in ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als Wiederverkäufer oder als Vermittler von neuen Fahrzeugen massiv eingeschränkt. Der Parallelimport von neuen Fahrzeugen zumindest aus den europäischen Staaten wird nicht mehr möglich sein, da es auch keine Vertragshändler mehr geben wird.

Das vorgesehene Agenturmodell ist deshalb ein einschneidender Schritt in das bisherige Vertriebssystem mit massiven Auswirkungen insbesondere auch auf den Intra-brand-Wettbewerb. Die Einführung muss deshalb entweder gänzlich verboten werden, oder zumindest mit flankierenden Massnahmen im Rahmen des E-VertBek begleitet werden. Andernfalls wird ein Markt mit über 5'000 KMUs vollständig verschwinden.

Keine Regelung durch die revidierte VertBek

Trotz allgemeiner Bekanntheit hat das Agenturmodell mit keinem Wort Eingang in die VertBek gefunden, was vom VFAS sehr bedauert wird.

Antrag

Der VFAS fordert eine klare Regelung, wann und wie das Agenturmodell vom Kartellrecht erfasst wird. Dadurch würden vor allem die KMUs vor einer Ausbeutung sowie von einer möglichen Marktverdrängung geschützt werden. Wenn KMU's zuerst einen Grundsatzentscheid der

Wettbewerbskommission abwarten müssen, besteht die Gefahr, dass die Ressourcen nicht reichen, um in dieser Zeit im Markt zu verbleiben. Umso wichtiger erscheint es, klare Schranken aufzustellen, wann eine Wettbewerbsabrede unter das echte und wann unter das unechte Agenturmodell fällt.

Eine Einführung eines Agenturmodells und die damit einhergehende Kündigungen des ganzen oder eines grossen Teils des Vertriebssystems soll zudem nur möglich sein, wenn der Hersteller nachweisen kann, dass das neue Vertriebssystem signifikant effizienter ist. Unserer Ansicht nach wäre eine Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auch bei Vorliegen eines Agenturmodells zu begrüssen, da sonst der gesetzgeberische Wille – Schutz des Intra-brand-Wettbewerb – unterlaufen wird.

- ⇒ Es seien Bestimmungen zum Schutz des Intra-brand-Wettbewerbs bei der Einführung des Agenturmodelles so in die VertBek aufzunehmen, dass (i) ein wirksamer Wettbewerb auf der Stufe der Händler gewährt bleibt und (ii) die Kriterien für ein echtes oder unechtes Agenturmodell festgehalten werden.
- ⇒ Die Einführung des Agenturmodells sei nur dann zu gestatten, wenn der Hersteller nachweist, dass das neue Modell effizienter ist, als der bisherige Vertrieb.

Für Ihren Einsatz zu Gunsten der Anliegen des freien Autohandels und für einen wettbewerbsfähigen Markt danken wir Ihnen schon jetzt. Bei Fragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse



Roger Kunz
Präsident



Stephan Jäggi
Geschäftsleiter

Verein für **Wettbewerbsökonomik**

Wettbewerbskommission Sekretariat
Hallwylstrasse 4
3003 Bern

Zürich, 15. August 2022

Vernehmlassung zur Revision der Vertikalbekanntmachung (VertBek)

Sehr geehrte Damen und Herren

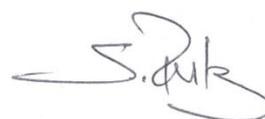
Wir bedanken uns für die Einladung zur Stellungnahme zu den Vernehmlassungsentwürfen der Vertikalbekanntmachung und der VertBek-Erläuterungen. Nach interner Diskussion haben wir entschieden, auf eine Stellungnahme zu verzichten, weil die vorgesehenen Änderungen keine neuen wettbewerbsökonomischen Fragestellungen aufwerfen.

Dessen ungeachtet stellen wir fest, dass mit der Revision die jüngst verschärfte kartellrechtliche Praxis zu vertikalen Abreden verstetigt wird. Diese ist aus wettbewerbsökonomischer Sicht höchst umstritten.

Mit freundlichen Grüssen



Dr. Christian Jaag
Präsident



Dr. Samuel Rutz
Geschäftsführer

Faculté de droit
Chaire de droit économique
Prof. Isabelle Chabloz
Avenue Beauregard 13
1700 Fribourg

T +41 26 300 80 60
isabelle.chabloz@unifr.ch
www.unifr.ch/ius/chabloz

Commission de la concurrence
Secrétariat
Hallwylstrasse 4
3003 BERN

Par mail à comco@comco.admin.ch

Fribourg, 1^{er} septembre 2022

Consultation concernant la révision de la CommVert et de sa note explicative

Madame, Monsieur

Je vous remercie pour l'invitation à vous faire parvenir mes éventuelles observations concernant l'objet mentionné en marge.

L'entrée en vigueur le 1er juin 2022 du règlement (UE) n°2022/720 (ci-après le Règlement) et des Lignes directrices sur les restrictions verticales du 28 juin 2022 (ci-après les Lignes directrices) rend effectivement nécessaire la présente révision (1). Celle-ci tient également compte de la jurisprudence rendue par les tribunaux (2), mais non du nouvel art. 8a LCD adopté par la Parlement le 17 juin 2022 (3).

1. Adaptation au nouveau Règlement et aux nouvelles Lignes directrices

Les projets de communication et de note explicative tiennent fidèlement compte des modifications apportées par le nouveau Règlement et les nouvelles Lignes directrices, ce qu'il faut saluer. Néanmoins, la comparaison des textes amène les remarques suivantes :

- Art. 18 al. 4 CommVert : la liste n'est pas exhaustive et ne reprend pas en tous points le no 16 des Lignes directrices, ce qui n'est en soi pas un problème. Néanmoins, la réalisation d'économies d'échelle (no 16 let. g) est un motif important qui mériterait de figurer explicitement dans la liste de l'art. 18 al. 4 CommVert.
- Ch. 6 Note explicative : il faudrait à notre sens ajouter à la liste « les prix minimaux affichés » au sens du no 189 des Lignes directrices.

2. Prise en compte de la jurisprudence

Les jurisprudences récentes ont été intégrées de manière claire dans la note explicative. La prise en compte de la jurisprudence n'appelle donc pas de remarque particulière.

3. Nouvel art. 8a LCD

Le Parlement a adopté le nouvel art. 8a LCD le 17 juin 2022. Le délai référendaire court jusqu'au 6 octobre 2022 (FF 2022 1567). La pratique de la Comco résumée

à la N 29 de la note explicative autorise les clauses de parité étroites, alors que le nouvel art. 8a LCD les interdit pour les plateformes d'hébergement (Agit de façon déloyale celui qui, notamment, utilise en tant qu'exploitant d'une plateforme en ligne de réservation de prestations d'hébergement des conditions générales restreignant directement ou indirectement la fixation des prix et de l'offre par les établissements d'hébergement au moyen de clauses de parité concernant en particulier les tarifs, la disponibilité ou les conditions). Il s'agit d'une clause sectorielle.

En note de bas de page (n. 62), il est indiqué qu'il faut tenir compte le cas échéant du nouvel art. 8a LCD. Même si la date d'entrée en vigueur n'est pas connue, il serait important que la COMCO indique plus clairement si ce nouvel article va modifier ou non sa pratique concernant les clauses étroites. A notre avis, ce nouvel article ne devrait pas conduire la COMCO à considérer les clauses de parité étroite comme systématiquement qualitativement graves, même (ou surtout) dans le domaine de l'hébergement. Les clauses mentionnées par l'art. 8a LCD seront nulles et ne lieront donc pas les établissements d'hébergement. Une condition nulle ne pourra donc pas en elle-même constituer une restriction de la concurrence. Toute autre est la question, si la clause est appliquée malgré sa nullité.

Conclusions

Dans l'ensemble les projets tiennent très bien compte des évolutions actuelles et n'appellent que quelques corrections de détail. Nous saluerions néanmoins que la COMCO saisisse l'occasion de cette révision pour préciser le lien entre le nouvel art. 8a LCD et sa pratique liée aux restrictions de parité étroites.



Prof. Isabelle Chabloz

Segreteria della Commissione della concorrenza

La presente memoria fornisce alcune considerazioni sui principali cambiamenti che saranno introdotti dalla revisione della CommVert e dalla revisione della Relazione alla CommVert (progetto di consultazione del 05 luglio 2022), qui in avanti “Revisione”.

Premessa

1. La letteratura economica ha dimostrato che gli accordi o pratiche concertate verticali¹ possono rappresentare un modo per incrementare i costi di potenziali entranti (*raising rivals' costs*; cfr. Salop & Scheffman 1983) e pertanto ridurre la concorrenza sia potenziale sia effettiva (per esempio, si veda Aghion e Bolton 1987).
2. Coerentemente, l'obiettivo dell'articolo 101 del TFEU è garantire che le imprese non utilizzino gli accordi per impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza sul mercato a scapito dei consumatori.
3. Particolarmente gravosi sono gli accordi che coinvolgono le imprese con potere di mercato. Con tali accordi si possono avere due tipi di effetti (cfr. Motta 2004):
 - Effetto escludente (*exclusionary effect*). Condotte intraprese da un'impresa con potere di mercato che spingono i concorrenti fuori dal mercato o hanno l'effetto di deterrenza all'ingresso di nuovi concorrenti.
 - Effetto di sfruttamento (*exploitative effect*). Condotte intraprese da un'impresa con potere di mercato che riesce a imporre condizioni svantaggiose e/o discriminatorie sulla controparte².
4. D'altro canto, gli accordi verticali possono anche aumentare l'efficienza economica nell'ambito di una catena produttiva o distributiva. In particolare, gli accordi contrattuali possono ridurre i costi di transazione quando una o entrambe le parti, avendo fatto un investimento specifico (Williamson 1985; cfr. anche Vatiero 2021), vuole proteggersi dal rischio di opportunismo post-contrattuale (*hold-up risk*).

Ciò premesso, il sottoscritto esprime un apprezzamento sulla Revisione per

5. l'enfasi sugli accordi che comportino imposizioni di prezzo di vendita (minimo o fisso) e restrizioni o protezioni territoriali;
6. l'attenzione per le piattaforme digitali o comunque sugli operatori che forniscono servizi di intermediazione online.

¹ Si intendono accordi o pratiche concordate conclusi tra due o più imprese, operanti ciascuna a un livello differente della catena di produzione o di distribuzione, e che si riferiscono alle condizioni in base alle quali le parti possono acquistare, vendere o rivendere determinati beni o servizi.

² Vale la pena sottolineare che i due effetti si possono sommare: le pratiche escludenti, che tendono a ridurre i concorrenti e la concorrenza (effettiva e potenziale), creano le condizioni affinché l'impresa fornitrice crei o aumenti la propria posizione dominante e possa imporre sui propri acquirenti condizioni ancora più svantaggiose o discriminatorie (pratiche di sfruttamento), mancando a tali acquirenti delle credibili alternative di mercato come fornitori. Dall'altra parte, le pratiche di sfruttamento aumentano la quota di surplus a vantaggio dell'impresa in posizione dominante che ha quindi maggiori risorse per introdurre o mantenere pratiche escludenti che a sua volta riducono la concorrenza nel mercato e pertanto le alternative degli acquirenti.

Si segnala tuttavia che a parere dello scrivente la Revisione è insufficiente per quel che concerne le clausole sulla scontistica negli accordi verticali, e segnatamente le seguenti condotte potenzialmente lesive della concorrenza:

7. Scontistica legante negli accordi verticali. Particolarmente gravosi per la concorrenza sono le clausole negli accordi verticali per cui l'applicazione della scontistica sui prodotti di successo (o i cd. *must-haves*) è legata al contestuale acquisto di prodotti dello stesso fornitore ma di minor successo commerciale. Si veda anche i recenti "Orientamenti su restrizioni verticali" (2022 /C 248/01, Commissione Europea) sulla "vendita abbinata".
- A. Dal punto di vista economico, questa condotta rappresenta un esempio di vincolo artificioso nella vendita, o *tie-in sales*: beni diversi sono venduti congiuntamente a condizioni migliori rispetto alle condizioni della vendita separata³.
- B. *Efficienza*. I *tie-in sales* sono giustificati da aspetti "tecnologici", cioè se i beni sono tra loro complementari e il fornitore A (con potere di mercato) di un bene X vuole controllare la qualità del bene "complementare" Y che è usato in combinazione con X (cfr. *International Business Machines Corp. V. US*, 298 US 131, 139-140, 1936).
- C. *Effetto escludente*. Il *tie-in sales* impedisce, restringe o falsa la possibilità di competere da parte di altri concorrenti, ugualmente se non più efficienti. Un nuovo entrante per competere deve fornire *sia* il bene vincolante X (sul quale l'impresa A esercita un potere di mercato) *sia* quello vincolato Y, e ciò, a parità di condizioni, dovrebbe scoraggiarne l'entrata. In altre parole, *tie-in sales* determinano un effetto leva (*leverage*) che protegge il potere di mercato dell'impresa, indebolendo i concorrenti su mercati contigui, e/o estende il potere di mercato dell'impresa anche in mercati contigui, generando ciò che Whinston (1990) chiama *strategic foreclosure* (Whinston 1990) a detrimento del consumatore finale: "the loss for consumers arises because, when tied market rivals exit, prices may rise and the level of variety available in the market necessarily falls" (Whinston 1990:839)⁴.
- D. *Effetto sfruttamento*. I *tie-in sales* interferiscono, restringono o falsano le scelte di acquisto degli acquirenti. Se l'impresa A, che ha un potere di mercato, vincola il prezzo di acquisto dei prodotti di successo X all'acquisto di altri prodotti Y, tale vincolo artificioso implica che l'acquirente *deve* acquistare quantità non richieste di altri prodotti Y per godere dello sconto sui prodotti che vuole acquistare X. Questo comporta che il grossista acquisti *sia* il bene vincolante *sia* quello vincolato, riducendo il proprio surplus o aumentando il surplus a favore del fornitore (che riesce anche a vendere prodotti poco o per nulla richiesti).
8. Scontistica fidelizzante negli accordi verticali. Per esempio, l'impresa fornitrice mette in atto pratiche di scontistiche fidelizzanti, in forza della quale gli sconti sono subordinati ai risultati di fine anno, in particolare, in termini di volumi di acquisto e di miglioramento rispetto ai volumi di acquisto precedenti. Tale meccanismo determina in capo agli acquirenti un forte incentivo non soltanto a mantenere almeno il

³ Si distingue tra (si veda Tirole 1989, Motta 2004, Cabral 2017):

- *tying* quando la fornitura di un bene 'di successo' avviene solo insieme alla fornitura di tutte le unità di un secondo bene tipicamente non (così) richiesto;
- *pure bundling* quando la fornitura di un bene 'di successo' avviene solo insieme alla fornitura di alcune unità fisse di un secondo bene tipicamente non (così) richiesto;
- *mixed bundling* quando la fornitura di un bene 'di successo' avviene a condizioni più vantaggiose se insieme alla fornitura di un secondo bene tipicamente non (così) richiesto.

⁴ Nelle parole di Whinston: "tying represents a commitment to foreclose sales in tied good market, which can drive its rival's profits below the point where remaining in the market is profitable. This strategic incentive to foreclose sales in the tied good market occurs because once the monopolist has committed to offering only tied sales, it can only reap its profit from its monopolized product by making a significant number of sales of the tied good. Thus, in this model, tying necessarily lowers the profits of the monopolist's tied good rival" (Whinston 1990:840).

livello di acquisti dell'anno precedente ma anche ad incrementarlo nella misura indicata dal fornitore, in modo da ottenere più favorevoli condizioni commerciali e in particolare gli sconti⁵.

- A. Dal punto di vista economico, questa condotta rappresenta un esempio di discriminazione di secondo grado. Si applicano all'acquirente prezzi diversi a seconda delle quantità vendute. L'obiettivo è far auto-selezionare gli acquirenti.
- B. *Efficienza*. Tale pratica si giustifica sulla base di (forti) differenze di costi marginali.
- C. *Effetto escludente*. La scontistica fidelizzante o discriminazione di secondo grado impedisce, restringe o falsa la possibilità di competere da parte di altri concorrenti, ugualmente se non più efficienti. Per esempio, l'impresa fornitrice, che ha un potere di mercato e impone sconti sul fatturato, incoraggia gli acquirenti a comprare dallo stesso fornitore e scoraggia la permanenza e/o l'ingresso di nuovi fornitore sul mercato.
- D. *Effetto di sfruttamento*. La scontistica fidelizzante spinge gli acquirenti a fare acquisti *da solo* su un fornitore che applica lo sconto per raggiungere il target di fatturato o volume.

9. Scontistica discriminatoria negli accordi verticali. L'impresa fornitrice con potere di mercato potrebbe applicare nei propri accordi verticali, in maniera discriminatoria⁶, condizioni commerciali dissimili e in particolare sconti diversi tra i diversi acquirenti, senza che tali differenze di trattamento abbiano giustificazione altra da quella di scopi anticoncorrenziali.

- A. *Efficienza*. Questa pratica di segmentazione del mercato può essere motivata se gli acquirenti hanno caratteristiche diverse (tipicamente diversa elasticità invertita) e l'impresa che applica tale discriminazione conosce tali caratteristiche.
- B. *Effetto escludente*. La scontistica discriminatoria impedisce, restringe o falsa la possibilità di competere da parte di altri concorrenti, ugualmente se non più efficienti. Infatti tale pratica ha come obiettivo quello di tenere più bassi i prezzi per gli acquirenti delle aree geografiche che possono essere servite dai concorrenti (*kill-the-rival*), mentre sono tenuti più alti i prezzi degli acquirenti delle aree geografiche con concorrenza inferiore (*get-the-most-from-each-region*). Pertanto laddove l'acquirente B (del fornitore A con potere di mercato) abbia "apparentemente" un vantaggio in termini di sconti rispetto agli altri acquirenti questo potrebbe significare che il fornitore A, applicando uno sconto più vantaggioso, scoraggia la permanenza e/o l'ingresso di altri fornitori di B.
- C. *Effetto di sfruttamento*. La scontistica discriminatoria (o discriminazione di terzo grado) interferisce con le scelte di acquisto degli acquirenti. Tale discriminazione di prezzo da parte del fornitore presentano significativi effetti distributivi tra fornitore e cliente, a favore del primo. Questo favorisce la creazione o il rafforzamento di una dipendenza economica sofferto dai grossisti che con un livello inferiore di surplus proveniente dalla transazione li limita anche delle possibilità di spostarsi su alternative, se disponibili (questa circostanza si interseca con la fattispecie della *posizione dominante relativa*).
- D. Nell'UE si è assunta una posizione molto rigida nei confronti dei prezzi discriminatori adottati dalle imprese dominanti (caso *United Brands*, caso *Hoffman-la Roche*, caso *Michelin*, caso *Virgin/British Airways*)
- E. *Equità*. La scontistica discriminatoria può essere trattata anche in termini di equità (*fairness*) o *inequity aversion* (Fehr e Schmidt 1999). Condizioni discriminatorie possono falsare le scelte degli operatori economici.

10. Scontistica vincolata all'accesso di dati negli accordi verticali. L'impresa A potrebbe imporre negli accordi verticali una scontistica legata, per esempio, alla mappatura della filiera in particolare ai dati legati ai consumatori finali. Per esempio l'impresa A con un potere di mercato sul *beverage* applica gli

⁵ Similmente il fornitore (con potere di mercato) mediante i contributi pubblicitari ai propri grossisti potrebbe intraprendere pratiche fidelizzanti (non basate su sconti).

⁶ Occorre sottolineare che il concetto di discriminazione nel senso giuridico ha a che vedere con la lesione della parità di trattamento, mentre da punto di vista economico comprende differenze nei prezzi o nelle condizioni contrattuali al variare della quantità o altre variabili economiche. Vale la pena aggiungere che ogni discriminazione (economica) viola la legge del prezzo unico ipotizzata in mercati con una concorrenza efficace (e nel Primo Teorema dell'Economia del Benessere). Una discriminazione di prezzo "sporadica" è caratteristica dell'aggiustamento dei mercati concorrenziali verso l'equilibrio: la sperimentazione di prezzi diversi genera il tipo di informazione necessaria agli agenti economici per spostarsi verso l'equilibrio di mercato (Posner 1976).

sconti ai grossisti che si impegnano a creare, sviluppare e condividere con l'impresa A un sistema di raccolta dati sugli ho.re.ca e consumatori finali.

- A. *Efficienza*. Grazie a tali dati l'impresa A può controllare meglio l'andamento di mercato e adattare le sue strategie.
- B. *Effetto escludente*. L'impresa A può più facilmente proteggere il proprio potere dai concorrenti o prevenire potenziali minacce. Questo falsa le condizioni della concorrenza.
- C. *Effetto di sfruttamento*. Grazie a tali dati, l'impresa ottiene la possibilità di controllare i clienti.

11. Le piattaforme digitali. Le fattispecie di scontistica (7-10) sono rilevanti anche nel caso di piattaforme digitali.

- A. Per esempio, si prenda il provvedimento n. 2995 dell'Autorità Antitrust italiana (AGCM) (A528 - FBA AMAZON - Provvedimento n. 29925) che ha sanzionato Amazon ([https://agcm.it/dotemsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/801201274D8FDD40C12587AA0056B614/\\$File/p29925.pdf](https://agcm.it/dotemsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/801201274D8FDD40C12587AA0056B614/$File/p29925.pdf)).
- B. L'AGCM ha valutato che Amazon aveva definito un insieme di funzionalità che consentivano ai venditori di ottenere maggiore visibilità *se e solo se* il venditore aveva sottoscritto il servizio di logistica integrata offerto da Amazon (scontistica legante).
- C. Nello stesso provvedimento si richiama il ruolo giocato dall'abbonamento Amazon Prime che rappresenta una clausola di scontistica fidelizzante.
- D. Mediante servizi come il *Merchant Shipping Services*, inoltre Amazon poi riesce a ottenere dati importanti dati sulle spedizioni dei venditori (scontistica vincolata all'accesso di dati).
- E. Infine, nel reportage giornalistico della RAI (Report, 03/01/2022, RAI, <https://www.rai.it/programmi/report/inchieste/Amazon-piglia-tutto-900a0e9e-8467-47cc-b43a-43588a144e8b.html>), si riporta che Amazon tramite accordi verticali spesso discriminatori riuscisse a sostituire i venditori che avevano utilizzato la sua piattaforma.

Bibliografia

- Aghion, P. & Bolton P. (1987), “Contracts as a barrier to entry”, *American Economic Review*, 77:388-401.
- Cabral, L.M.B. (2017), *Introduction to industrial organization*, Cambridge: MIT Press.
- Fehr, E., & K.M, Schmidt. (1999), “A theory of fairness, competition, and cooperation,” *Quarterly Journal of Economics*, 114, 817-868.
- Motta, M. (2004), *Competition Policy. Theory and Practice*. Boston: Cambridge University Press.
- Posner, R. (1976), *Antitrust law: An economic perspective*, Chicago: University of Chicago Press.
- Salop, S.C. & Scheffman, D.T. (1983), “Raising rivals’ costs,” *American Economic Review*, 73(2):267-271.
- Tirole, J. (1988), *The theory of industrial organization*, Boston: MIT Press.
- Vatiero, M. (2021), *The theory of transaction in Institutional Economics*, London: Routledge.
- Williamson, O.E. (1985), *The economic institutions of capitalism*, New York: Free Press.
- Whinston M.D. (1990), “Tying, foreclosure, and exclusion,” *American Economic Review*, 80:837-859.

Lugano, 02 settembre 2022

Massimiliano Vatiero

“Brenno Galli” Chair of Law and Economics
Law Institute, Università della Svizzera italiana
vatierom@usi.ch