

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

<mailto:per> **E-Mail versandt:**
<mailto:kenji.izumi@weko.admin.ch>

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

