

Sekretariat der Wettbewerbskommission  
Monbijoustrasse 43  
3003 Bern

8. Juni 2010

## **Stellungnahme zur Vernehmlassung „Revision der Vertikalbekanntmachung“**

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 30. April 2010 haben Sie uns aufgefordert, zur Vernehmlassung "Revision der Vertikalbekanntmachung" Stellung zu nehmen. Für die Möglichkeit der Stellungnahme und die Gelegenheit, uns dazu einzubringen, danken wir Ihnen. Trotz der knappen Frist haben wir eine Konsultation bei unseren Mitgliedern durchgeführt und den Text in unserer Kommission für Wettbewerbsfragen diskutiert. Auf den zahlreichen Rückmeldungen sowie unserer Analyse der bisherigen Regelung (vgl. Studie „Unternehmen im Wettbewerb, Evaluation des Kartellgesetzes, Zürich März 2009) basieren unsere nachstehenden Ausführungen.

### **Zusammenfassung**

**economiesuisse unterstützt die Überarbeitung der heutigen missglückten Bekanntmachung über vertikale Abreden, fordert aber eine bessere Abstimmung mit den Regeln in der EU. Unterschiedliche Regeln führen zu einer schädlichen Abschottung der Schweiz mit separaten Vertriebsverträgen. Daher ist eine parallele Regelung notwendig. Der Revisionsentwurf muss vor allem betreffend den Preisempfehlungen, der Zulässigkeit selektiver Vertriebssysteme und dem Internethandel besser auf die Regeln in der EU abgestimmt werden.**

**economiesuisse erinnert, dass eine Bekanntmachung nur die WEKO und das untersuchende Sekretariat, nicht aber die Rekursinstanzen bindet. Daher müssen die Rekursentscheide nicht abgewartet werden. Aber eine Bekanntmachung kann auch nicht als Begründung für die Unzulässigkeit eines Verhaltens beigezogen werden. Das kann nur das Gesetz. Die Bekanntmachung umschreibt einzig, unter welchen Umständen die WEKO einen Fall aufzugreifen und nach welchen Kriterien sie ihn beurteilen will.**

## **1 Allgemeine Bemerkungen**

Alle bei uns eingegangenen Äusserungen betonen die Notwendigkeit einer offenen Wettbewerbspolitik und stellen sich klar gegen verzerrende Absprachen unter einzelnen Wettbewerbsteilnehmern. Wir verweisen diesbezüglich ausdrücklich auch auf die publizierten wettbewerbspolitischen Leitlinien von economiesuisse.

## **2 Zur Rechtsnatur einer Bekanntmachung**

Gemäss Art.6 KG kann die WEKO mit Bekanntmachungen ihre Praxis gegenüber den Unternehmen darlegen. Damit soll Rechtssicherheit geschaffen werden. Allerdings binden die Bekanntmachungen nur das Sekretariat und die WEKO, nicht aber die Rekursinstanzen. Wie die WEKO in der Präambel zum Entwurf treffend ausführen, können daher Bekanntmachungen nur darlegen, in welchem Umfange die WEKO gewisse Verhaltensweisen als gerechtfertigt gelten („safe haven“ – Funktion) und daher von ihr nicht aufgegriffen werden. Eine Bekanntmachung kann aber nicht definieren, wann eine Wettbewerbsabrede ungerechtfertigt ist. Letzteres muss stets aus dem Gesetz heraus erfolgen und allenfalls durch die Rekursinstanzen bestätigt werden. Nur in diesem eingeschränkten Rahmen, aber immerhin, kann eine Bekanntmachung die Rechtssicherheit für die Unternehmen verbessern.

Die verschiedenen Reaktionen aus Wirtschafts- aber auch aus Fachkreisen zeigen, dass diese beschränkte Rechtswirkung einer Bekanntmachung nicht durchweg so aufgenommen, sondern gleichsam als eine Handlungsanweisung an die Marktteilnehmer verstanden wird. Dazu tragen Sprache und Terminologie der Bekanntmachung entscheidend bei (z. B. Ziff. 10, 13). Hier könnten „weichere Formulierungen“ Missverständnisse und falsche Erwartungshaltungen vermeiden helfen (z.B. „die WEKO erachtet Abreden als schwerwiegend, wenn ...“ anstelle der aktuellen „absoluten“ Formulierung). Immerhin anerkennen wir, dass die revidierte Bekanntmachung gerade in dieser Beziehung gegenüber der geltenden Fassung klar verbessert wurde.

Nicht Gegenstand einer Bekanntmachung kann die Änderung der gesetzlichen Regelung sein. In der Evaluation des Kartellgesetzes durch den Bund wie auch durch economiesuisse wurde festgehalten, dass der mit der Gesetzesrevision durch das Parlament eingeführte Art. 5 Abs. 4 KG unter ökonomischen Gesichtspunkten problematisch ist. Dessen Überprüfung muss jedoch im Rahmen einer nächsten Gesetzesrevision erfolgen und kann nicht Gegenstand der heutigen Vorlage sein.

## **3 Zum Zeitpunkt der Revision**

Verschiedene unserer Mitglieder, aber auch Anwaltskreise, kritisieren den Zeitpunkt der Revision und weisen darauf hin, dass die Entscheide der WEKO, auf die sich die Revision stützt, noch nicht rechtskräftig seien bzw. im einen Falle einer einvernehmlichen Regelung nicht von den Rekursinstanzen überprüft worden sind. Vor einer Revision müsse mehr Praxiserfahrung gewonnen bzw. die Rechtskraft der Rekursentscheide abgewartet werden. Es trifft zweifellos zu, dass die Praxis der WEKO und mithin die entsprechende Bekanntmachung an Entscheide der Rekursinstanzen gegebenenfalls angepasst werden muss. Eine Bekanntmachung, welche auf letztinstanzliche Urteile abgestützt werden kann, schafft mehr Klarheit und hätte dadurch für die Marktteilnehmer einen höheren Wert.

In einer Gesamtbeurteilung erachten wir ein Zuwarten aber als verfehlt:

- Einerseits ist die geltende Vertikalbekanntmachung anerkanntermassen verunglückt. Dies zeigen nicht nur die Evaluationen, sondern schon die Tatsache, dass unmittelbar nach deren Veröffentlichung mit Referaten klar gestellt werden musste, dass auch unter der geltenden Regelung betreffend vertikalen Vereinbarungen „auch in der Schweiz zulässig sein muss, was in der EU zulässig ist“. Eine erklärungsbedürftige Bekanntmachung verfehlt aber offensichtlich das Ziel der Schaffung von Klarheit. Hier bringt der Revisionsentwurf einige notwendige Verdeutlichungen, auf die wir nicht mit einem Zuwarten verzichten möchten.
- Zweitens hat die EU die Gruppenfreistellungsverordnung zur Beurteilung von vertikalen Vereinbarungen (EU Vertikal-GVO) sowie die Leitlinien für vertikale Beschränkungen (EU-Leitlinien) überarbeitet, die zum 1. Juni 2010 in Kraft getreten sind. Wenn die WEKO ihre Bekanntmachung derzeit nicht überarbeiten und an das EU-Recht anpassen würde, könnte dies Fragen aufwerfen, ob weiterhin die Parallelität zu den EU-Regeln aufrecht erhalten werden solle. Unsere Mitglieder begrüssen klar die Parallelität im Vorgehen sowie einheitliche Regelungen, was für eine Überarbeitung spricht.
- Drittens bindet die Bekanntmachung, wie ausgeführt, nur die WEKO. Entsprechend müssen die Rekursentscheide gerade nicht abgewartet werden. Aber selbstredend wird die WEKO nach den Rekursentscheiden prüfen müssen, ob und wie die Bekanntmachung erneut angepasst und erweitert werden muss. Bis letztinstanzliche Urteile in diesen Rekursverfahren vorliegen, kann es aber noch Jahre dauern.

***economiesuisse unterstützt die Revision der Vertikalbekanntmachung im heutigen Zeitpunkt.***

#### **4 Zur Europakompatibilität**

Wir begrüssen klar eine parallele Regelung betreffend Vertikalvereinbarungen zwischen der Schweiz und der EU. Viele Vertriebsverträge betreffend beide Märkte und unterschiedliche Regelungen führen zu einer Abschottung in Form von „EU-Verträgen“ bzw. „Schweizer Verträgen“. Der Revisionsentwurf macht diese Grundregel der Parallelität klar. Das unterstützen wir entschieden.

Leider sind aber dennoch in den Formulierungen Differenzen zu denjenigen der EU festzustellen (z.B. betreffend der Internetverkäufe, insbesondere in der Gegenüberstellung von Ziff. 3 der WEKO-Bekanntmachung zu Ziff. 53 der EU-Leitlinien), des selektiven Vertriebs (Ziff. 14 der WEKO-Bekanntmachung im Vergleich zu Ziff. 176 der EU-Leitlinien) oder auch bei den Preisempfehlungen. Analoges gilt auch für die Hilfestellungen der EU zur Marktabgrenzung, wie die Bekanntmachung der EU Kommission über die Definition des relevanten Marktes (selbst wenn diese naturgemäss auch Fragen offen lassen) oder die Frage der Mitberücksichtigung künftiger Praxisentscheide der EU Kommission oder der EU Gerichte in diesen Fragen.

***Entsprechend soll in lit. (g) der Bekanntmachung explizit dargelegt werden, dass die WEKO in der EU gemäss den dort geltenden Regeln und Praxis zulässige Verhaltensweisen als auch in der Schweiz zulässig erachtet und dass die nachfolgenden Ziffern der Bekanntmachung in diesem Sinne zu lesen und zu verstehen seien. Mit der konsequenten Verwendung gleichlautender Formulierungen, gerade in lang diskutierten Fragen (wie der Internet-Verkauf) würde dies erleichtert.***

## **5 Zum Inter/Intrabrand-Wettbewerb**

economiesuisse hat in der erwähnten Evaluation des Kartellgesetzes kritisiert, dass nach Ziff. 10 Abs. 2 der geltenden Bekanntmachung die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung nicht durch den blossen Nachweis von Interbrand-Wettbewerb beseitigt werden könne. Abgesehen davon, dass eine solche Feststellung letztlich durch eine Rekursinstanz bestätigt oder widerrufen werden müsste (siehe oben), trägt diese Formulierung weder der Situation in der EU noch den ökonomischen Theorien Rechnung. Sie wurde auch in der Evaluation des Bundes kritisch aufgenommen.

***Es ist daher zu begrüßen, dass die revidierte Bekanntmachung in Ziff. 11 auf eine Gesamtbetrachtung abstellt. Dies ist sachgerecht und wir befürworten diese Änderung ausdrücklich.***

## **6 Zu den Preisempfehlungen**

economiesuisse lehnt die Preisbindung zweiter Hand klar ab. Das haben wir auch im Zusammenhang mit der Buchpreisbindung unmissverständlich zum Ausdruck gebracht. Preisempfehlungen können die Funktion einer versteckten Abrede einnehmen, wenn sie mit Druck oder spezifischen Anreizen durchgesetzt werden. Dann sind sie gleich wie Preisabreden zu behandeln. Aber Preisempfehlungen können auch eine wertvolle Orientierung im Markt darstellen und zur Markttransparenz und damit mehr Wettbewerb führen. Wir haben uns daher in unserer erwähnten Evaluation energisch dagegen zur Wehr gesetzt, dass Preisempfehlungen unter „Generalverdacht“ gesetzt wurden.

economiesuisse anerkennt, dass die verunglückte Regelung von Preisempfehlungen in der geltenden Bekanntmachung mit der Revision der Sache entsprechend korrigiert werden soll. Richtigerweise werden Beurteilungskriterien und „Verdachtsmomente“ klarer getrennt, während sie in der aktuellen Bekanntmachung vermischt sind.

Problematisch ist jedoch, dass in der Präambel lit. (n) weiterhin der „Einhaltungsgrad“ wie auch das „unterschiedliche Preisniveau“ zum Ausland stark betont werden. Es mag sein, dass diese beiden Aspekte Marktindizien sein können, welche das Sekretariat und die WEKO zum Aufgreifen eines Falles und einer Prüfung veranlassen können. Sie können aber nie Beurteilungskriterien für die Unzulässigkeit einer Preisempfehlung sein. Gerade dieser Punkt ist im „Hors Liste“-Fall umstritten und Gegenstand des Rekurses. Unter diesen Umständen sollte darauf verzichtet werden, diese beiden Elemente als gleichwertig neben den beiden ersten Elemente in Lit. (n) der Präambel aufzuführen. Die ersten zwei Fallgruppen (keine allgemein zugängliche Veröffentlichung, keine explizite Bezeichnung als „unverbindlich“) liegen in der Hand des Herstellers, die letzteren zwei Fallgruppen nicht. Zudem ist das Kriterium des Preisunterschiedes zum Ausland unklar und wirft zahlreiche Fragen auf (z.B. welches Ausland, relevante Höhe des Preisunterschiedes, Zusatzkriterien für Unterschiede).

***economiesuisse fordert, dass in lit. (n) auf den Verweis des Beachtungsgrades und des Preisunterschiedes verzichtet wird. Sachgerecht wäre allenfalls ein Verweis auf die „Marktverhältnisse“ als mögliches Indiz für das Aufgreifen eines Falles bei gleichzeitiger Betonung, dass diese Aspekte keine „Beurteilungskriterien“ sind.***

## **7 Zum selektiven Vertrieb**

Auch mit der Revision will die WEKO die Kriterien für die Zulässigkeit eines selektiven Vertriebes beibehalten. Damit entscheidet die WEKO und nicht der Hersteller über die Art des Vertriebes. Selektive Vertriebssysteme können aber klare Vorteile gerade auch für die Konsumenten haben, insbesondere auch für Garantiefragen oder „after sales“-Service. Naturgemäss nimmt ein Hersteller in einem solchen Falle in Kauf, dass er allenfalls nicht das gleiche Marktpotential ausschöpft, das bei einem „offenen“ Vertriebssystem bestünde. Als Alternative zu einem selektiven Vertriebssystem steht einem Hersteller zudem auch die vertikale Integration offen. Es wäre verfehlt, selektive Vertriebskanäle generell zu stigmatisieren.

Die EU beurteilt in ihren Leitlinien die Berechtigung von selektiven Vertriebssystemen daher zu Recht sehr differenziert und ausführlich. Daran sollte sich auch die WEKO halten. In diesem Sinne ist vor allem das Kriterium von Ziff. 14 (i) der revidierten Bekanntmachung restriktiver als die Beurteilung der EU-Kommission. Es ist auch nicht klar, nach welchen Kriterien die WEKO beurteilen will, „ob die Beschaffenheit eines Produktes einen selektiven Vertrieb **erfordert**“. Hier wird unnötig in die unternehmerische Freiheit eingegriffen.

*Im Sinne einer besseren Abstimmung mit den EU-Regeln ist Ziff. 14 zu den selektiven Vertriebsverträgen zu überarbeiten und mindestens al. (i) zu streichen.*

## **8 Zu den Internetverkäufen**

Die Regelung der Internetverkäufe bei (zulässigen) Gebietszuweisungen ist eine der wesentlichen Änderungen der EU-Regel und es ist sachgerecht, dass auch die WEKO in ihrer Bekanntmachung diese Problematik aufgreift. Sie macht dies allerdings gleichsam „en passant“ und ohne die eingehende und sehr kontrovers geführte Diskussion in der EU zu reflektieren. Das ist nicht sachgerecht. Orientierungspunkte müssen sein, einerseits den Internethandel zu ermöglichen und andererseits das gezielte Unterlaufen von (zulässigen) Gebietszuweisungen zu unterbinden.

Im Gegensatz zur vorgesehenen Ziff. 3 der Vertikalbekanntmachung enthalten die EU-Leitlinien für vertikale Beschränkungen eine differenzierte Abgrenzung von Aktiv- und Passivverkäufen im Internet (Ziff. 51 ff. der EU-Leitlinien). So ist „nach Auffassung der Kommission [...] gezielt an bestimmte Kunden gerichtete Online-Werbung eine Form des *aktiven* Verkaufs an diese Kunden“ (Ziff. 53 der EU-Leitlinien) und kann damit in Exklusiv-Vertriebsverträgen ausgeschlossen werden. Im Gegensatz dazu sieht Ziff. 3 der Vertikalbekanntmachung vor, dass (sämtliche) „Werbe- und Verkaufsfördermassnahmen in Medien oder im Internet [...] als passive Verkäufe [gelten]“. Die in der Vertikalbekanntmachung vorgesehene Regelung geht viel weiter als diejenige der EU und führte dazu, dass Schweizer Betreiber eines Exklusiv-Vertriebes sämtliche online-Werbemassnahmen durch Vertriebspartner dulden müssten. Schweizer Hersteller wären damit im Vergleich zu ihren europäischen Konkurrenten deutlich benachteiligt. Dieses Unterlaufen eines legitimen Exklusivvertrages lässt sich auch ökonomisch nicht rechtfertigen.

***economiesuisse verlangt, dass die Regelung der Internetverkäufe in der WEKO-Bekanntmachung in gleich differenzierter Weise wie in der EU erfolgt und dass Ziff. 3 entsprechend angepasst wird.***

#### **9 Zur Einführung der „doppelten Marktschwellen“**

Die revidierte Bekanntmachung führt klare Minimalschwellen ein und trägt damit einer wichtigen Forderung von economiesuisse im Rahmen der Evaluation Rechnung. Gleichzeitig wird eine „doppelte Marktschwelle“ eingeführt, indem nicht nur die Lieferanten- sondern auch die Handelsseite einbezogen wird. Dies entspricht der neuen Regelung in der EU Vertikal-GVO.

Naturgemäss wird mit einer „doppelten“ Betrachtung der Marktschwellen die Unsicherheit erhöht, indem zwei Märkte geprüft werden müssen. Allgemein sind Marktanteile aus Sicht der Unternehmen oftmals nur sehr schwer und selten rechtssicher zu ermitteln. Das Risiko einer fehlerhaften Marktanteilsbestimmung im Rahmen einer Selbsteinschätzung liegt bei den beteiligten Unternehmen. In der EU, wo es immerhin Hilfestellungen zur Bestimmung des relevanten Marktes gibt, waren bereits schon die herstellerseitigen Marktanteile oftmals nur schwer zu ermitteln. Durch die Einführung einer zweiten Marktanteilschwelle wird die Rechtssicherheit für die Unternehmen weiter eingeschränkt. Herstellern ist es zudem oft praktisch unmöglich die Marktanteile ihrer Abnehmer auf nachgelagerten Märkten zu bestimmen. In Fällen des Dualvertriebs, in welchen die Abnehmer gleichzeitig auch Wettbewerber sind, erscheint dies zudem auch aus kartellrechtlichen Gründen als problematisch, so dass sich die Ermittlung des Marktanteils eines Abnehmers, der zugleich auch Wettbewerber ist, verbietet.

***economiesuisse anerkennt die Einführung der „doppelten Marktschwelle“, verlangt aber, dass für die Beurteilung der Marktbeurteilungen auch die Hilfestellungen der EU inklusive der Praxis beigezogen werden.***

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen. Gerne stehen wir Ihnen für weitere Informationen zur Verfügung.

Freundliche Grüsse  
economiesuisse



Dr. Pascal Gentinetta  
Vorsitzender der Geschäftsleitung



Thomas Pletscher, lic. iur.  
Mitglied der Geschäftsleitung