

Zur Diskussion / A discuter

Und Interbrand-Wettbewerb reicht doch! Eine Stellungnahme

ADRIAN RAAS*

Mit der Revision des Kartellgesetzes ist die Debatte über die Zulässigkeit bestimmter vertikaler Vereinbarungen erneut aufgeflammt. Raass nimmt hier insbesondere zu einem Beitrag von Hangartner, aber auch zu anderen Diskussionsbeiträgen Stellung und verteidigt seine Ansicht, wonach vertikale Vereinbarungen den wirksamen Wettbewerb nicht beseitigen können, solange der Interbrand-Wettbewerb funktioniert.

La révision de la loi sur les cartels a relancé le débat sur l'admissibilité de certains accords verticaux. Raass prend position en particulier sur un article de Hangartner, mais également sur d'autres contributions et défend son opinion selon laquelle les accords verticaux n'entraînent pas la suppression d'une concurrence efficace tant que la concurrence interbrand fonctionne.

- I. Einleitung**
 - II. Zur Kausalität**
 - 1. Die Marktmachfrage
 - 2. Beschränkung des Intra-brand-Wettbewerbs zum Schutz von Eigentum
 - 3. Interbrand-Wettbewerb als Systemwettbewerb
 - 4. Fazit
 - III. Zum Begriff «sozial» im Zweckartikel des KG**
 - IV. Zum Schluss**
- Zusammenfassung / Résumé**

I. Einleitung

Vertikale Vereinbarungen zwischen Herstellern und Händlern sind seit längerer Zeit Gegenstand einer (internationalen) Debatte. Auf der einen Seite stehen jene, welche vertikale Vereinbarungen für wohlfahrtsfördernd halten, jedenfalls dann, wenn der Interbrand-Wettbewerb – d.h. der Wettbewerb zwischen den Produkten verschiedener Hersteller, somit Produkten mit verschiedenen Namen («brands») – spielt. Auf der anderen Seite gibt es jene, die vertikalen Vereinbarungen skeptisch gegenüberstehen, da sie in ihnen vor allem eine Beschränkung des Intra-brand-Wettbewerbs – d.h. eine Beschränkung der Konkurrenz zwischen Händlern, welche dasselbe Produkt eines bestimmten Herstellers anbieten – und damit eine Gefährdung der Wirtschaftsfreiheit erblicken¹.

Diese Debatte hat in der Schweiz mit der Revision des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG, SR 251) vom 20. Juni 2003 neue Nahrung erhalten. Der mit dieser Revision neu ins KG eingefügte Art. 5 Abs. 4 vermutet die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs – und damit die Unzulässigkeit der Wettbewerbsabrede – bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden. Amstutz und Reinert sowie Raass vertreten die Auffassung, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei funktionierendem Interbrand-Wettbewerb umgestossen ist². Ande-

¹ Für eine Zusammenfassung der internationalen Debatte (aus Ökonomenperspektive) vgl. etwa V. Verouden, Essays in Antitrust Economics, Tilburg University 2001, insbesondere die ersten drei Kapitel, sowie W. Comanor / P. Rey, Competition Policy towards Vertical Restraints in Europe and the United States, *Empirica* 24 (1997), 37 ff. Zur Diskussion in Deutschland zum Stellenwert der «Wettbewerbsfreiheit» in der Wettbewerbspolitik vgl. D. Schmidtchen, Der «more economic approach» in der Wettbewerbspolitik, *German Working Papers in Law and Economics*, Volume 2005, Paper 6, insbesondere 17 ff. und die dort zitierte (und kritisierte) Literatur. Für die Schweiz vgl. die unten angegebene Literatur; aber auch C. C. von Weizsäcker, Marktzutrittsschranken, in: P. Oberender, *Effizienz und Wettbewerb*, Berlin 2005, insbes. 47 ff.

² Vgl. M. Amstutz / M. Reinert, Vertikale Preis- und Gebietsabreden – eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, in W. Stoffel / R. Zäch (Hg.), *Kartellgesetzrevision 2003. Neuerungen und Folgen*, Zürich 2004, 118 ff. A. Raass, Eine Frage der Erheblichkeit. Zur Interpretation eines Schlüsselbegriffs im Kartellgesetz, *sic!* 2004, 911 ff. Wohl auch eher dieser Meinung

rer Meinung sind Hangartner, Weber und Zeier sowie Zäch: Durch Interbrand-Wettbewerb lasse sich diese Vermutung nicht widerlegen, denn ansonsten würde der besagte Gesetzesartikel praktisch nie zur Anwendung gelangen³. Hangartner stützt sich in diesem Zusammenhang auch auf den Begriff «sozial» in Art. 1 KG⁴. Zu den Argumenten insbesondere von Hangartner, aber auch von Weber und Zeier sowie Zäch, da ganz ähnlich, soll in diesem Beitrag Stellung genommen und damit die Debatte weitergebracht werden.

Zunächst erstaunt das Argument, dass sich die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht durch Interbrand-Wettbewerb widerlegen lasse, weil ansonsten Art. 5 Abs. 4 KG kaum zur Anwendung gelangen würde. Gleichzeitig wird nämlich nicht bestritten, dass – um unzulässig zu sein – eine Wettbewerbsabrede volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen zeitigen muss⁵. Somit kann es nicht darum gehen, dass Art. 5 Abs. 4 KG möglichst häufig zur Anwendung gelangt, sondern es muss darum gehen, dass dieser Gesetzesartikel bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen – und nur dann – angewandt wird. Falls es sich nun so verhält, dass bei funktionierendem Interbrand-Wettbewerb keine volkswirtschaftlichen oder sozialen Schäden entstehen können, d.h. wenn diesbezüglich eine Kausalität besteht, dann muss die in Art. 5 Abs. 4 KG statuierte Vermutung bei funktionierendem Interbrand-Wettbewerb umgestossen werden können. Zu zeigen bleibt demnach «nur» noch, dass eine solche Kausalität besteht.

II. Zur Kausalität

1. Die Marktmachtfrage

Hangartner, Schlupe (implizit) sowie Weber und Zeier sehen die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs umgestossen, wenn ein homogenes (also faktisch in allen Belangen identisches) Produkt auch durch andere Hersteller vertrieben wird⁶. Sie machen somit die Möglichkeit zur Widerlegung der Vermutung vom Grad der Produktdifferenzierung abhängig. Sind die Produkte, welche verschiedene Hersteller (und deren Vertreiber, vielleicht vertikal integriert) umsetzen, kaum oder gar nicht differenziert, soll die Vermutung umgestossen werden können.

Zunächst ist festzuhalten, dass Produkte unterschiedlicher Hersteller ausnahmslos auch unterschiedliche Namen, d.h. «brands», tragen. Dies auch dann, wenn diese Produkte ansonsten homogen sind. Weil eine starke Produktdifferenzierung somit nicht Voraussetzung von Interbrand-Wettbewerb ist, lässt sich die Vermutung selbst nach Auffassung von Hangartner sowie Weber und Zeier durch Interbrand-Wettbewerb umstossen, auch wenn diese das Gegenteil behaupten.

Wichtiger als diese definitorische Frage ist im vorliegenden Zusammenhang allerdings der Bezug zur Produktdifferenzierung, den die genannten Autoren machen. Zum einen wird damit – wie dargelegt – Bezug auf den Wettbewerb zwischen verschiedenen Herstellern («brands») genommen. Zum anderen wird gleichzeitig auf den Grad der Austauschbarkeit der Produkte dieser verschiedenen Hersteller verwiesen. Sind die Produkte homogen, d.h. für die Kunden perfekt austauschbar, soll die Vermutung widerlegt werden können. Der wirksame Wettbewerb ist in diesem Fall nicht beseitigt, auch wenn es keinen Intrabrand-Wettbewerb gibt. Das leuchtet ein, denn bei perfekt austauschbaren Produkten werden die Abnehmer rasch und in grosser Zahl vom einen Produkt zu einem anderen wechseln, wenn bei ersterem z.B. der Preis auch nur geringfügig angehoben wird. Damit sind wir aber beim

zuneigend, sich aber nicht festlegend, Ph. Zurkinder / H.-R. Trüeb, Das neue Kartellgesetz. Handkommentar. Zürich etc. 2004, 57 f., Rn. 14. Die Aufzählungen hier und in der folgenden Fussnote erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

³ Vgl. Y. Hangartner, Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen durch vertikale Abreden. Bemerkungen zu einem Beitrag von Adrian Raass, sic! 2005, 609; R. Weber / P. Zeier, Vertikale Wettbewerbsabreden nach schweizerischem Kartellrecht, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht ZWeR 2005/2, 178 ff., insbes. 188; R. Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rn. 492.

⁴ Vgl. Hangartner (Fn. 3), 612.

⁵ Vgl. dazu die Herleitung bei Raass (Fn. 2). Zäch (Fn. 3), 192 f., kritisiert diese Beweisführung zwar und meint, dass in der Jurisprudenz mit Prädikatenlogik wenig auszurichten sei. Da Prädikatenlogik nichts anderes ist als eine bestimmte Form der Logikanwendung, ist somit nach Zäch in der Jurisprudenz mit Logik wenig auszurichten. Diese Behauptung ist unzutreffend. Zum Stellenwert der Logik in der Jurisprudenz vgl. E. Schneider, Logik für Juristen, 5. Aufl., München 1999.

⁶ Vgl. Hangartner (Fn. 3), 611; W. Schlupe, Über den Wandel des Zeitgeistes am Beispiel der schweizerischen Kartellrechtsphilosophie, in: E. Bucher / C-W. Canaris / H. Honsell / T. Koller (Hg.), Norm und Wirkung. FS für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Bern / München 2005, 899 ff., 928; Weber und Zeier (Fn. 1), 187.

SSNIP-Test⁷, d.h. der Frage nach dem relevanten Markt, und somit auch bei der Frage nach Marktmacht angelangt⁸. Besteht Wettbewerb zwischen Herstellern (und Vertreibern) homogener Produkte, verfügt keiner dieser Hersteller (und Vertreter) über die Macht, die Preise zu erhöhen, die Qualitäten zu verringern oder die Innovationen zu verzögern. Es fehlt somit an Marktmacht. Hangartner, Weber und Zeier stellen somit bei der Widerlegung der in Art. 5 Abs. 4 KG statuierten Vermutung letztlich nichts anderes als die Frage nach dem Vorliegen von Marktmacht⁹.

Damit verbleibt die Frage, wie viel Produktdifferenzierung denn tolerierbar sei, damit das Umstossen der Vermutung gerade noch gelingen kann. Nach Hangartner überschreitet bereits ein Produkt, welches sich «aufgrund seiner Ausstattung oder aufgrund werbetechnisch inszenierter (Pseudo-) Exklusivität von anderen Produkten der gleichen Art abhebt»¹⁰ diese Schwelle. Erfolgreiche Markenpflege gekoppelt mit z.B. Mindestpreisvorgaben des Herstellers an seine Vertreter beseitigt damit gemäss Hangartner den wirksamen (Interbrand)Wettbewerb. Nehmen wir nun an, es gelinge einem oder mehreren Herstellern, das Markenimage des im vorangehenden Beispiel genannten Produzenten zu kopieren, also ein ebenso gutes Markenimage zu kreieren, so dass sich auf dem Markt wiederum sehr gut austauschbare Produkte befinden. Ist der wirksame Wettbewerb nun wieder hergestellt (und somit Gebietsexklusivität oder Preisbindung erlaubt), während er vorher, als der erstgenannte Produzent einen vorübergehenden Vorsprung errungen hatte, beseitigt war? Wohl kaum! Es ist vielmehr gerade die Essenz des Wettbewerbs und eigentlicher Antrieb des Unternehmers, bei diesem Wettbewerb erst mitzumachen, Vorsprünge zu erzielen, um die Früchte seiner Anstrengungen ernten zu können. Würde dagegen Hangartners, Webers und Zeiers sowie Zächs Auffassungen gefolgt, würde der Wettbewerb selbst in Frage gestellt.

Gibt es auf einem Markt neben A die Produzenten B und C, ist es A nicht auf längere Dauer möglich, für sein Produkt zu hohe, d.h. nicht einer Wettbewerbssituation entsprechende, Preise zu verlangen oder zu schlechte Qualität zu liefern, wenn B und C nicht gewillt sind, bei der Preiserhöhung oder Qualitätsminderung mitzumachen. A kann sich indessen Preisspielräume schaffen, wenn er sein Produkt von jenen der Hersteller B und C differenziert. Eine erfolgreiche Differenzierungsstrategie ist profitabel. Dies wird B und C nicht entgehen. Sie werden die Differenzierungsstrategie von A kopieren oder sich vielleicht eigene Differenzierungsstrategien einfallen lassen. A wird bei Erfolg von B und / oder C veranlasst zu kontern, um nicht selbst ins Hintertreffen zu geraten. Solange es auf dem Markt Unternehmen gibt, die fähig und willens sind, sich zu konkurrenzieren, wird der Wettbewerb funktionieren, gerade dann, wenn im Markt Produktdifferenzierung zu beobachten ist (vgl. dazu unten, II/2).

Weber und Zeier erachten eine enge (auf eine Marke beschränkte) Marktabgrenzung auch deshalb als gerechtfertigt, weil es auf der Stufe der Lieferanten oder derjenigen der Händler leichter zu Kollusionen kommen würde, wenn die meisten oder gar alle Lieferanten, die ähnliche Produkte unterschiedlicher Marken vertreiben, die Zahl der Einzelhändler begrenzen würden¹¹. Dass bei der Widerlegung der Vermutung der Interbrand-Wettbewerb keine Rolle spielen dürfe, weil Kollusionsgefahr bestehe, also weil die Marktteilnehmer nicht wirklich willens seien, sich um die Wette zu bewerben, heisst nichts anderes als vorauszusetzen, was erst zu zeigen wäre. Die Auffassung von Weber und Zeier beruht somit auf einem Zirkelschluss und vermag daher nicht zu zeigen, was diese Autoren begründen möchten.

2. Beschränkung des Intra-brand-Wettbewerbs zum Schutz von Eigentum

Im Anschluss an diese Feststellungen stellt sich die Frage, ob die (staatliche) Förderung des Intra-brand-Wettbewerbs denn unter keinen Umständen zu volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen

⁷ «Small but significant and nontransitory increase in price». Diese Methode zur Marktabgrenzung stammt aus den USA, wurde nun aber auch von der EU übernommen und findet ebenfalls in der Schweiz Anwendung (vgl. dazu die Horizontal Merger Guidelines des U.S. Department of Justice und der Federal Trade Commission (FTC) vom April 1992; zudem die Bekanntmachung der [EU-] Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft. Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 9. Dezember 1997, C 372, 5 ff.; sowie für die Schweiz etwa RPW 2001/2, 319, Rn. 60, und RPW 2001/2, 243, Rn. 26 f.).

⁸ So in der Essenz wohl auch Schlupe (Fn. 6), 928.

⁹ Hangartner (Fn. 3) tut dies allerdings nur in Bezug auf Abreden in Vertriebsverträgen. Aus welchen Gründen dies nicht auch für Preisbindungen gelten soll, bleibt unerklärt.

¹⁰ Hangartner (Fn. 3), 611.

¹¹ Vgl. Weber und Zeier (Fn. 3), 188.

Auswirkungen führen wird («nützt es nichts, so schadet es nichts»?). Wie nachfolgende Beispiele zeigen, kann die künstliche (d.h. durch staatlichen Eingriff) Förderung des Intra-brand-Wettbewerbs sehr wohl zu solchen Schäden führen.

Ein Pommes-Chips-Hersteller in Frankreich bemerkt, dass in der Schweiz nur wenige Chipssorten vertrieben werden¹². Er möchte daher den Markteintritt in die Schweiz wagen. Da er aber mit den helvetischen Verhältnissen, insbesondere was Marketing und Vertrieb angeht, nicht vertraut ist, beauftragt er einen in der Schweiz ansässigen Grosshändler damit, seine Marke und den Vertrieb in der Schweiz aufzubauen. Der Grosshändler übernimmt diesen Auftrag und tätigt die dazu notwendigen Investitionen. Nach einiger Zeit ist die Marke aufgebaut und Absatzkanäle sind gefunden. Weil es ein Leichtes ist herauszufinden, welche Absatzkanäle der Grosshändler bedient, entscheidet sich der Hersteller in Frankreich, diese Absatzkanäle fortan selbst zu bedienen, um die Marge des Grosshändlers einzusparen (einen Teil der Einsparungen gibt er vielleicht an die Absatzkanäle weiter, damit diese Anreize zum Direktbezug haben). Die Investitionen des Grosshändlers in den Aufbau der Marke und der Absatzkanäle sind für diesen dagegen verloren, denn er hat es verpasst, sich das Eigentum¹³ an seiner Aufbauarbeit zu sichern. In der Realität wird dem Grosshändler ein solches Versäumnis kaum unterlaufen. Er wird der Enteignung entgehen, indem er sich eine (wahrscheinlich längerfristige) Gebietsexklusivität sichert und somit die Früchte seiner Investitionen ernten kann.

Man mag einwenden, es gäbe zur Gebietsexklusivität Alternativen. So könnte z.B. der französische Hersteller die Kosten für den Vertriebsaufbau in der Schweiz übernehmen. Das könnte er zwar tun, müsste allerdings die Rechnungen des Grosshändlers sozusagen blind bezahlen, da er – wegen mangelnder Kenntnis der Schweizer Verhältnisse – nicht beurteilen kann, ob der Grosshändler die richtigen Investitionen tätigt. Auch fragt sich, ob denn das Interesse des Grosshändlers, die Mittel effizient zu verwenden und sich für die Pommes Chips des französischen Herstellers «ins Zeug zu legen», nicht viel grösser ist, wenn der Grosshändler selbst ein Investitionsrisiko trägt, aber auch entsprechende Chancen hat.

Ist die Gebietsexklusivität die beste Lösung für den französischen Hersteller und den Schweizer Grosshändler, sind alle Alternativen weniger effizient und erhöhen folglich die Kosten des Marktzutritts und damit auch jene für die Konsumenten. Wird in einem solchen Fall – der nicht selten sein dürfte, da laufend neue Produkte lanciert oder ältere neu positioniert werden – die Gebietsexklusivität aus dogmatischen Überlegungen für unzulässig erklärt und der Graumarktimport erzwungen, verliert nicht nur der Grosshändler seine Investitionen (und damit sein Eigentum), sondern es wird auch allen anderen Investitionswilligen signalisiert, dass sie – sehen sie nicht gleich von einer Investition ab – ihre Investitionen auf andere, weniger effiziente und folglich die Produkte verteuernde Art schützen müssen¹⁴. Solche Staatseingriffe senken letztlich somit die Investitionsneigung, verteuern die Produkte und verringern damit die Wettbewerbsintensität, bewirken in diesem Fall also genau das Gegenteil dessen, was das Kartellgesetz eigentlich bezweckt.

Auch betreffend Preisbindungen lassen sich ohne weiteres Beispiele finden, wo sich solche Preisvorgaben als wohlfahrtsfördernd erweisen. So hat Telser in einem wegweisenden Aufsatz bereits 1960 gezeigt, dass verbindliche Mindest- oder Festpreise dazu eingesetzt werden können, Trittbrettfahrerverhalten der Händler zu unterbinden¹⁵. Bevor viel Geld für eine neue HiFi-Anlage ausgegeben wird,

¹² Wem Pommes Chips nicht gefallen, z.B. weil der Einfuhr von Kartoffelerzeugnissen aufgrund der Landwirtschaftsgesetzgebung gewisse staatliche Hindernisse entgegenstehen, der ersetze «Pommes Chips» durch «Mineralwasser» oder etwas anderes.

¹³ Der Begriff «Eigentum» wird hier im Sinne von «property right», d.h. «Verfügungsrecht», gebraucht. «Gemeint ist das, was die lateinischen Begriffe «usus», «fructus», «abusus» ausdrücken: das Recht, eine Sache nutzen, ihre Früchte geniessen, sie veräussern und sie – wenn gewünscht – zerstören zu dürfen.» (R. Kirstein, Ökonomische Analyse des Rechts, German Working Papers in Law and Economics, Volume 2004, Paper 4, 9; www.bepress.com/gwp/default/vol2004/iss1/art4/; Juli 2005).

¹⁴ Eine solche Ausweichhandlung wäre z.B. die vertikale Integration, d.h. Herstellung und Vertrieb werden vom selben Unternehmen wahrgenommen. In einer solchen Struktur können ohne Weiteres Verkaufspreise an die Vertriebsseinheiten vorgegeben und Gebieten zugewiesen werden. Da Weisungen innerhalb eines Konzerns nicht als Wettbewerbsabreden nach Art. 4 Abs. 1 KG erfasst werden, steht dem kartellrechtlich nichts entgegen, während Sanktionen drohen, wenn dasselbe bei nicht integrierter Struktur getan wird. Insofern ist das Kartellgesetz nicht strukturneutral, d.h. vermittelt Anreize, bestimmte Unternehmensstrukturen zu wählen, auch wenn diese ansonsten nicht gewählt würden, d.h. eigentlich nicht effizient sind. Dasselbe gilt für die Bekanntmachung der Wettbewerbskommission über vertikale Abreden, was die Wettbewerbskommission zur Aussage bewog, dass eine allzu dogmatische Anwendung dieser Bekanntmachung für die Unternehmen einen Anreiz zur vertikalen Integration darstellen könnte (vgl. RPW 2004/1, 26).

¹⁵ Vgl. L. Telser, Why Should Manufacturers Want Fair Trade? Journal of Law and Economics 1960, 86 ff.

will der Käufer über das Gerät informiert sein. Der Hersteller solcher Anlagen hat somit alles Interesse, qualifizierte Vertreiber zu wählen (oder selbst geschultes Verkaufspersonal einzustellen), damit die Kundschaft kompetent beraten werden kann. Schulung und Beratung sind kostenintensiv. Zudem lässt sich die Beratung in den meisten Fällen nicht getrennt vom Produkt verkaufen, d.h. die Beratung ist im Endpreis inbegriffen. Ist es möglich, sich im Fachgeschäft beraten zu lassen, das Gerät aber zu einem tieferen Preis in einem anderen Geschäft zu kaufen, wird die – für den Verkauf notwendige – Beratung nach kurzer Zeit nicht mehr angeboten werden. Als Folge davon wird der Absatz des Herstellers merklich sinken. In einer solchen Situation schützen Fest- oder Mindestpreisvorschriften nicht nur das Eigentum der Fachhändler, nämlich deren Investitionen in Schulung und Beratung, sondern tragen wesentlich zum Verkaufserfolg bei. Der Gang zum Discounter lohnt sich hingegen nicht mehr. Dasselbe Gerät wird dort nicht billiger zu haben sein.

Die Begriffe «Eigentum» und «Enteignung» wurden in den vorangehenden Abschnitten nicht zufällig gewählt. Ein Unternehmer – sei es ein Grossist, der eine Marke aufbaut und Vertriebswege öffnet, sei es ein Verkäufer, der berät, d.h. informiert – schafft (Mehr)Wert. Dieser Wert besteht im Wesentlichen aus Information: So hängt der Eindruck, den jemand von einer Marke hat, entscheidend von den Informationen ab, die er über diese Marke besitzt. Der Wert einer HiFi-Anlage, die ein potenzieller Käufer einer solchen Anlage zumisst, wird wesentlich von der Kenntnis bestimmt, die der potenzielle Käufer über die Leistungsfähigkeit der Anlage hat¹⁶. Information, sobald bekannt, kann sich allerdings jedermann aneignen. Niemand kann davon ausgeschlossen werden. Es besteht auch keine Rivalität, d.h. die Information kann von allen konsumiert werden, ohne dass sie ihren Charakter verändern würde. Information trägt somit die Eigenschaften eines öffentlichen Guts. Weil niemand vom Konsum eines öffentlichen Guts ausgeschlossen werden kann, selbst wenn er / sie nichts zu dessen Gesteuerungskosten beiträgt, wird niemand solche Güter herstellen wollen. Falls es wünschenswert ist, solche Güter trotzdem herzustellen, müssen Mechanismen gefunden werden, die Dritte von der Nutzung dieser Güter ausschliessen und / oder Dritte dazu zwingen, einen Beitrag zu den Produktionskosten zu leisten. Letzteres tut der Staat, indem er (Zwangs)Abgaben zwecks Erstellen öffentlicher Leistungen erhebt; Ersteres gelingt mit der Schaffung von Exklusivrechten. Wohl bekanntestes Beispiel in diesem Zusammenhang sind die Immaterialgüterrechte. So gelingt es z.B. mittels dem im Patent enthaltenen Ausschliesslichkeitsanspruch, Dritte an der Nutzung einer Innovation zu hindern und damit der patentgeschützten Innovation den Charakter eines privaten Gutes (im Gegensatz zum öffentlichen Gut) zu geben¹⁷. Dieselbe Funktion übernimmt – bei unserem Grossisten – die Gebietsexklusivität; sie lässt seine Aufbauinvestitionen zum privaten Gut werden und schützt sie so vor dem Zugriff anderer Grossisten, Parallelimporteure oder des französischen Chipsherstellers. Die Mindestpreisvorschrift tut dasselbe auf etwas indirektere Art. Sie verhindert nämlich, dass sich ein potenzieller Käufer beim Fachmann beraten lassen und die HiFi-Anlage danach zu einem tieferen Preis beim Discounter kaufen kann. Da die HiFi-Anlage beim Discounter nicht billiger (oder allenfalls gar nicht) erhältlich ist, besteht kein Anreiz zu solchem Trittbrettfahren. Das ansonsten öffentliche Gut «Beratung» kann so zum privaten Gut werden¹⁸.

Der Patentschutz wird von einigen Autoren als vielfach zu weit gehend, wenn nicht gar als überflüssig, bezeichnet, denn eine Erfindung, z.B. eine Prozessinnovation, kann auch geheim gehalten werden oder aber Duplizieren der Innovation ist teuer¹⁹. Dieselben Vorbehalte sind im Falle von Beratungsleistungen oder des Aufbaus einer Marke nicht angebracht. Eine Marke wird erst dann einen grossen Wert annehmen, wenn die Information über diese Marke möglichst weit gestreut ist, d.h. wenn sie bekannt ist. Ähnlich verhält es sich mit Beratungsleistungen. Auch sie soll ja die Kenntnisse potenzieller Käufer über ein Produkt verbessern und dadurch zum Kauf animieren. Geheimhalten ist daher

¹⁶ Dass dabei subjektive Eindrücke mitschwingen, tut dem keinen Abbruch. Ganz im Gegenteil, ist doch die Präferenzbildung (d.h. die Wertzumessung) immer subjektiv bestimmt. Gegen das Beeinflussen solcher Wertzumessungen durch Werbung ist nichts einzuwenden, denn der Käufer erhält, was er wertschätzt (vgl. aber Hangartner, [Fn. 3], 611) «werbetechnisch inszenierte (Pseudo-) Exklusivität».

¹⁷ Vgl. dazu den Bericht des Bundesrates, Parallelimporte und Patentrecht, vom 8. Mai 2000, insbesondere das Kapitel zur Ökonomie des Patentrechts, 12 f.

¹⁸ Vgl. zum Ganzen insbesondere A. Meese, Property Rights and Intradable Restraints, Cornell Law Review 89 (2004), 553 ff. (<http://fsweb.wm.edu/lawecon/documents/meese/newPropertyRights3.pdf>; Juli 2005).

¹⁹ Vgl. dazu etwa F. Scherer / D. Ross, Industrial Market Structure and Economic Performance, 3. Aufl., Houghton etc. 1990, 626 ff.

keine gangbare Strategie. Gebietsexklusivität und Preisbindung dürften somit oft die einzigen, zumindest die effizientesten Wege sein, Investitionen in Information zu schützen²⁰.

Es ist allgemein bekannt, dass Wettbewerb Schutz des Eigentums bedingt. Beschränkungen des Intra- und Interbrand-Wettbewerbs, welche den Schutz von Investitionen und damit von Eigentum bezwecken, sind folglich notwendige Voraussetzungen für funktionierenden Wettbewerb.

3. Interbrand-Wettbewerb als Systemwettbewerb

Um zu verstehen, weshalb die Förderung des Intra- und Interbrand-Wettbewerbs unter Umständen eine Reduktion des Interbrand-Wettbewerbs mit sich bringt, muss zuerst verstanden werden, dass nicht die einzelnen Komponenten eines Produkts – wie Beschaffung, Herstellung (welche sich wiederum in die Arbeitsschritte 1, 2 ... n unterteilen liesse), Lagerung, Marketing und Vertrieb – mit den einzelnen Komponenten eines anderen Produkts jeweils auf jeder Komponentenstufe miteinander im Wettbewerb stehen, sondern dass das Produkt als Gesamtes, d.h. alle Komponenten beinhaltend, mit anderen Produkten im Wettbewerb steht. Produkte können in diesem Sinne als Systeme bezeichnet werden oder als Aneinanderreihung von Wertschöpfungsstufen und damit als Wertschöpfungskette (so z.B. Dietrich und Saurer²¹). Stehen solche Systeme (oder eben Wertschöpfungsketten) miteinander im Wettbewerb, muss jedes Element (Komponente) eines solchen Systems so effizient wie möglich hergestellt werden, denn andernfalls gerät das System als Ganzes ins Hintertreffen im Vergleich mit den anderen Systemen.

Angewandt auf die Diskussion um den Inter- und Intra- und Interbrand-Wettbewerb bedeutet dies, dass – bei funktionierendem Interbrand-Wettbewerb – auf jeder Wertschöpfungsstufe genau jenes Mass an Intra- und Interbrand-Wettbewerb vorzufinden sein wird, welches notwendig ist, um das gesamte Produkt mit dem geringst möglichen Aufwand zu bestmöglicher Qualität herzustellen. Erzwingt der Staat ein anderes Mass an Intra- und Interbrand-Wettbewerb, wird dieser effiziente Mechanismus gestört.

Dieser Mechanismus ist den Wettbewerbsbehörden sehr wohl bekannt. So hat die Wettbewerbskommission im Fall Swisscom ADSL geprüft, inwiefern die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Endkundenmarkt disziplinierende Einflüsse auf den vorgelagerten Grosskundenmarkt auszuüben vermögen²². Der Einfluss des nachgelagerten Markts sei abzuklären, weil die Swisscom ein Interesse habe, sich gegen die Breitband-Angebote der Kabelnetzbetreiber zu behaupten, um ihre Investitionen möglichst rasch amortisieren zu können. Aus diesem Grund sei davon auszugehen, dass die Swisscom in der Festlegung der Preise ihres Wholesale-Angebots nicht völlig frei sein könne. Die Wettbewerbskommission gelangte dann zum Schluss, dass der Wettbewerb auf der Retail-Ebene nicht genügend gross sei, um eine marktbeherrschende Stellung der Swisscom auf der vorgelagerten Wholesale-Ebene zu verhindern. Dies heisst nichts anderes, als dass die Intensität des Interbrand-Wettbewerbs (der verschiedenen Netze bzw. der darüber angebotenen Leistungen) über die Handlungsmöglichkeiten innerhalb der verschiedenen Herstell- und Vertriebsstufen eines «brands» (eines Netzes bzw. der über dieses Netz angebotenen Leistungen) entscheidet. Noch deutlicher wird die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, wenn sie in ihrem Beschwerdeentscheid betreffend die genannte Sache meint, dass es nicht entscheidend sei, ob der sachliche Markt enger oder weiter abgegrenzt werde, wenn der potenzielle Wettbewerb und der Einfluss des nachgelagerten Endkundenmarktes auf den Wholesalemarkt korrekt gewertet würden²³. Verhält es sich somit derart, dass die Wettbewerbsverhältnisse auf nachgelagerten Märkten über die Handlungsmöglichkeiten auf vorgelagerten Märkten entscheiden, dann entscheidet auch der Interbrand-Wettbewerb auf Endkundenstufe über das effiziente Ausmass des Intra- und Interbrand-Wettbewerbs auf jeder Stufe der Wertschöpfungskette²⁴.

²⁰ Im Falle des Patentschutzes wird etwa von einem Abtausch von statischer Effizienz mit dynamischer Effizienz gesprochen, d.h. unter Umständen müssen Monopolpreise hingenommen werden, dafür wird die Innovationstätigkeit gefördert. Selbiges könnte auch im Zusammenhang mit Gebietsexklusivitäten und Preisbindungen vorgebracht werden. Hierzu ist zu bemerken, dass bei funktionierendem (Interbrand-)Wettbewerb Monopolstellungen vorübergehender Natur sind, während fehlender Investitionsschutz die Investitionstätigkeit dauerhaft zum Erliegen bringt.

²¹ Vgl. M. Dietrich / M. Saurer, Ist eine Marke ein Markt? Marktabgrenzung bei selektiven Vertriebssystemen, sic! 2001, 593 ff.

²² Vgl. RPW 2004/2, 407 ff., insbesondere 436 ff.

²³ Vgl. den Beschwerdeentscheid der REKO/WEF vom 30. Juni 2005 in Sachen Swisscom AG und Swisscom Fixnet AG gegen Wettbewerbskommission, E.5.2, 36.

²⁴ Treten auf irgend einer Stufe der Wertschöpfungskette Engpässe auf, d.h. vielleicht gibt es nur einen Lieferanten für einen bestimmten, aber wichtigen Input, besteht auf dieser Wertschöpfungsstufe eine horizontale Wettbewerbsbeschränkung, die

4. Fazit

Wem es an Marktmacht mangelt, der kann den Wettbewerb nicht, schon gar nicht erheblich, beschränken und niemals beseitigen. Das Ausmass an Marktmacht definiert sich im horizontalen Wettbewerbsverhältnis, nicht in einer vertikalen Vertragsbeziehung. Schon daraus ergibt sich, dass bei funktionierendem Interbrand-Wettbewerb keine volkswirtschaftlichen oder sozialen Schäden entstehen können.

Das Verständnis des Produkts als Wertschöpfungskette definiert dieses horizontale Wettbewerbsverhältnis als Wettbewerb zwischen Wertschöpfungsketten. Um in diesem Wettbewerb bestehen zu können, muss jedes einzelne Glied der Wertschöpfungskette zu tiefstmöglichem Preis bei gleichzeitig bestmöglicher Qualität hergestellt werden. Daraus leitet sich die optimale Intensität des Intra-brand-Wettbewerbs auf jeder Wertschöpfungsstufe ab. Die optimale Intensität kann im Einzelfall durchaus Elimination des Intra-brand-Wettbewerbs heissen.

Vorsprünge lassen sich im Wettbewerb nur durch Innovation erzielen. Innovation wird allerdings nur erfolgen, wenn sich der Innovator die Früchte seines Schaffens aneignen kann. Dritte müssen somit von der Nutzung von Investitionen, zu denen sie nichts beigetragen haben, ausgeschlossen werden. Gebietsexklusivitäten und Preisbindungen können zuweilen das einzig effiziente Mittel sein, um Trittbrettfahrer abzuwehren und damit die Dynamik des Wettbewerbs erst zu erhalten.

Damit ist begründet, dass bei funktionierendem Interbrand-Wettbewerb keine volkswirtschaftlichen oder sozialen Schäden entstehen können. Die unbedachte Förderung des Intra-brand-Wettbewerbs durch Staatseingriff wird aber oftmals genau solche Schäden bewirken.

Man mag sich mit dem auseinander setzen, was das Parlament bei seinen Beratungen zu Art. 5 Abs. 4 KG gemeint haben könnte. Man kann sich aber auch fragen, was das Parlament sicherlich nicht beabsichtigt hat. Volkswirtschaftliche oder soziale Schäden wollte es gewiss nicht verursachen. Somit konnte es nicht der Wille des Parlaments sein, einen Intra-brand-Wettbewerb zu schützen oder künstlich zu fördern, der im Endeffekt zu solchen Schäden führt.

III. Zum Begriff «sozial» im Zweckartikel des KG

Hangartner vertritt auch die Auffassung, dass das Wort «sozial» im Zweckartikel des KG (und im Kartellartikel der Bundesverfassung) den Schutz des Intra-brand-Wettbewerbs zu rechtfertigen vermag. Mit dem Allerweltswort «sozial» werde dem Gesetzgeber ein weiterer Spielraum eröffnet²⁵.

Weder Lehre noch Praxis haben sich bisher damit auseinander gesetzt, welche Bedeutung dem Begriff «sozial» in Art. 96 Abs. 1 der Bundesverfassung und in Art. 1 KG zuzumessen ist²⁶. Hinweise lassen sich vielleicht bei Schmidhauser finden, der hierzu auf die Vorkriegsbotschaft zu den (damals) neuen Wirtschaftsartikeln zurückgreift: Die Wirtschaft bewege sich nicht im leeren Raum, sondern im sozialen Verband. Deshalb könne das Leistungs- und Ertragsprinzip keine absolute Geltung beanspruchen. Dieses Prinzip «...müsse vielmehr mit der Erhaltung des sozialen Gleichgewichts, der Wahrung der nationalen Interessen und den übrigen ethischen Normen überhaupt in Einklang stehen. Für die Wirtschaftsfreiheit wurde daher eine staatliche Rahmenordnung postuliert, die ausserwirtschaftliche Interessen («ethische, religiöse und nationale Bindungen») schützen sollte»²⁷. Dies legt eine Auslegung des Begriffs «sozial» im Sinne der Definition im Deutschen Universal Wörterbuch nahe: «1.a) das geregelte Zusammenleben der Menschen in Staat u. Gesellschaft betreffend; auf die

allenfalls geeignet ist, den Interbrand-Wettbewerb zu beeinträchtigen. Auch Theorien, welche besagen, dass Beschränkungen des Intra-brand-Wettbewerbs unter bestimmten Umständen zu einer Reduktion des Interbrand-Wettbewerbs führen können, beurteilen vertikale Vereinbarungen letztlich aufgrund ihrer horizontalen Wettbewerbswirkungen (für einen Überblick vgl. P. Rey / T. Vergé, *The Economics of Vertical Restraints*, Arbeitspapier vom März 2005, 23 ff. (<http://www.economics.soton.ac.uk/staff/Verge/Verticals.pdf>); Juli 2005).

²⁵ Vgl. Hangartner (Fn. 3), 612.

²⁶ Vgl. J. Borer, *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zürich 1988, 81 f. Auch R. Rhinow / G. Schmid / G. Biaggini, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Basel 1998, 423 ff.

²⁷ B. Schmidhauser, *Einleitung*, in: E. Homburger et al. (Hg.), *Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz*, Zürich 1997, *Einleitung* N 10.

menschliche Gemeinschaft bezogen, zu ihr gehörend [...] b) die Gesellschaft u. bes. ihre ökonomische und politische Struktur betreffend [...] c) die Zugehörigkeit des Menschen zu einer der verschiedenen Gruppen innerhalb der Gesellschaft betreffend [...] dem Gemeinwohl, der Allgemeinheit dienend; die menschlichen Beziehungen in der Gesellschaft regelnd u. fördernd u. den [wirtschaftlich] Schwächeren schützend, die Gemeinschaft betreffend, gesellschaftlich; gemeinnützig, wohlätig»²⁸.

In der Tat ergibt sich damit ein grosser Ermessensspielraum des Gesetzgebers und den rechtsanwendenden Behörden. Diesem Ermessen sind aber zum einen dadurch Grenzen gesetzt, dass mit der KG-Revision von 1995 eine neue wettbewerbspolitische Epoche begonnen hat. Das KG ist seit 1995 auf das Ziel der Aufrechterhaltung wirksamen Wettbewerbs ausgerichtet, d.h. es ist von den übrigen Bereichen der Wirtschafts- und Sozialpolitik losgelöst. Massgebend dafür, ob eine Wettbewerbsbeschränkung unzulässig ist oder nicht, sind somit rein wettbewerbliche Kriterien²⁹. Sollte sich eine von den Wettbewerbsbehörden für unzulässig erklärte Wettbewerbsbeschränkung aus überwiegenden öffentlichen Interessen trotzdem rechtfertigen, ist für die ausnahmsweise Zulassung der Bundesrat zuständig, nicht die Wettbewerbsbehörden (vgl. Art. 8 KG). Gemäss Tercier sind die sozialen Aspekte «de la compétence exclusive du Conseil fédéral»³⁰. Der Ermessensspielraum der Wettbewerbsbehörden ist somit auf wettbewerbliche Kriterien beschränkt. Das Wort «sozial» im Zweckartikel des KG ändert daran nichts.

Zum anderen gibt es gute Gründe davon auszugehen, dass das Wort «sozial» letztlich ein sinnentleerter Begriff ist³¹. Da das Wort «sozial» mehrdeutig ist, wird es von den einzelnen Interessengruppen mit jeweils jenem Inhalt versehen, der ihren Zielen am besten entspricht. Es kann daher alles heissen und bedeutet somit nichts. Sich auf das Wort «sozial» im Zweckartikel des KG zu berufen, muss daher ins Leere gehen, jedenfalls dann, wenn diesem Begriff dabei keine konkrete Bedeutung gegeben wird.

An dieser Stelle ist auch auf die Forderung Hangartners einzugehen, wonach die institutionell-ökonomische Betrachtungsweise und die Gewährleistung der Wirtschaftsfreiheit als verfassungsrechtliches Individualrecht nicht gegeneinander ausgespielt, sondern zusammengeführt werden müssten. Die beiden Sichtweisen seien nämlich nicht konkurrierend, sondern komplementär³². Wird die institutionell-ökonomische Betrachtungsweise mit «funktionierender Interbrand-Wettbewerb reicht» und der individualrechtliche Ansatz mit «der Intra-brand-Wettbewerb ist per se schützenswert» gleichgesetzt, so wurde weiter vorne gezeigt, dass eben nicht immer Zielharmonie, sondern vielfach ein Konflikt besteht. Der Schutz des Intra-brand-Wettbewerbs kann den Interbrand-Wettbewerb reduzieren und damit das, was wir von Wettbewerb erwarten, nämlich tiefstmögliche Preise bei bestmöglichen Qualitäten, konterkarieren. Die Behauptung, dass auch Intra-brand-Wettbewerb Wettbewerb sei (wird nicht bestritten) und damit wettbewerbstheoretisch immer geeignet, zu ökonomisch besseren Leistungen zu führen (diese Folgerung wird bestritten), lässt sich somit nicht aufrecht erhalten und geht an der hier massgebenden ökonomischen Literatur vorbei³³.

²⁸ Duden, 3. Aufl., Mannheim etc. 1996, 1422.

²⁹ Vgl. dazu Schluep (Fn. 6), 910 ff., auch Borer (Fn. 26), Rn. 1 ff.

³⁰ P. Tercier, Introduction générale, in: P. Tercier / Ch. Bovet (Hg.), Droit de la Concurrence, Commentaire Romand, Genf 2002, Introduction générale N 60 ff.

³¹ Vgl. E. Hoppmann, Moral und Marktsystem, ORDO, Bd. 41, 1990, 3 ff., insbesondere 20 ff. Hoppmann stützt sich hierbei stark auf das Schrifttum von F. A. von Hayek.

³² Vgl. Hangartner (Fn. 3), 612.

³³ Vgl. dazu etwa F. Lafontaine / M. Slade, Exclusive Contracts and Vertical Restraints: Empirical Evidence and Public Policy, Februar 2005 (präsentiert in Rom, Juni 2005; beim Autor erhältlich), 21 f.: «In general..., the empirical evidence leads one to conclude that consumer welfare tends to be congruent with manufacturer welfare, at least with respect to the voluntary adoption of vertical restraints. When the government intervenes and forces firms to adopt (or discontinue the use of) vertical restraints, in contrast, it tends to make consumers worse off.» Oder P. Rey / T. Vergé (Fn. 24), 43 f.: «Competition policy should ... focus on the extent of inter-brand competition and on the role by alternative distribution systems (...) rather than on intra-brand competition only. Even when vertical restraints eliminate intra-brand competition, if there is sufficient competition from other structures this will not decrease economic welfare since the structure will be unable to exercise market power.» So auch M. Motta, Competition Policy. Theory and Practice. Cambridge 2004, 377 f. Bemerkenswert in diesem Zusammenhang auch die aktuelle Diskussion in den USA, wo Ökonomen der FTC aufgrund empirischer Analysen zum Schluss kommen, «that vertical restraints are likely to be benign or welfare enhancing.» (J. Cooper / L. Froeb / D. O'Brien / M. Vita, Vertical Antitrust Policy as a Problem of Inference, FTC, Washington, Februar 2005, 23). Andere Ökonomen erachten diesen Befund für zu positiv, stellen die «rule of reason», d.h. unter anderem Berücksichtigung des Interbrand-Wettbewerbs bei der Beurteilung von vertikalen Vereinbarungen, aber zu keiner Zeit in Frage (vgl. W. Comanor / F. Scherer / R. Steiner, Vertical Antitrust Policy as a Problem of Inference: The Response of the American Antitrust Institute, April 2005; <http://www.antitrustinstitute.org/recent2/408.pdf>; Juli 2005).

IV. Zum Schluss

Zuletzt ist vielleicht darauf hinzuweisen, dass in Raass nie behauptet wurde, Interbrand-Wettbewerb bestehe fast immer. Darin wurde vielmehr erklärt, dass nicht leichtfertig auf funktionierenden Interbrand-Wettbewerb geschlossen werden dürfe³⁴. Hier wird aber der Hoffnung Ausdruck gegeben, dass funktionierender Interbrand-Wettbewerb tatsächlich die Regel ist, denn damit wäre der Schweiz am besten gedient.

Zusammenfassung

Mit der Revision des Kartellgesetzes ist die Debatte über die Zulässigkeit bestimmter vertikaler Vereinbarungen erneut aufgeflammt. Insbesondere die Frage, ob bei den von Art. 5 Abs. 4 KG erfassten Preisbindungen und Gebietsexklusivitäten die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs – und damit deren Unzulässigkeit – durch Interbrand-Wettbewerb umgestossen werden kann oder nicht, beschäftigt die Gemüter. In einer Stellungnahme zu einem Aufsatz von Hangartner und anderen Diskussionsbeiträgen verteidigt Raass seine Auffassung, wonach vertikale Vereinbarungen den wirksamen Wettbewerb nicht beseitigen können, solange der Interbrand-Wettbewerb funktioniert.

Dabei wird gezeigt,

– *dass Wettbewerbsbeschränkungen ohne Marktmacht nicht möglich sind. Da sich das Ausmass an Marktmacht im horizontalen Wettbewerbsverhältnis, nicht in einer vertikalen Vertragsbeziehung definiert, kann der wirksame Wettbewerb bei funktionierendem Interbrand-Wettbewerb nicht beseitigt werden,*

– *dass das Verständnis des Produkts als Wertschöpfungskette dieses horizontale Wettbewerbsverhältnis zudem als Wettbewerb zwischen Wertschöpfungsketten definiert. Um in diesem Wettbewerb bestehen zu können, muss jedes einzelne Glied der Wertschöpfungskette zu tiefstmöglichem Preis bei gleichzeitig bestmöglicher Qualität hergestellt werden. Daraus leitet sich die optimale Intensität des Intra-brand-Wettbewerbs auf jeder Wertschöpfungsstufe ab. Die optimale*

Intensität kann im Einzelfall durchaus Elimination des Intra-brand-Wettbewerbs heissen,

– *dass sich im Wettbewerb Vorsprünge nur durch Innovation erzielen lassen. Innovation wird allerdings nur erfolgen, wenn sich der Innovator die Früchte seines Schaffens aneignen kann. Dritte müssen somit von der Nutzung von Investitionen, zu denen sie nichts beigetragen haben, ausgeschlossen werden. Gebietsexklusivitäten und Preisbindungen können zuweilen das einzig effiziente Mittel sein, um Trittbrettfahrer abzuwehren und damit die Dynamik des Wettbewerbs erst zu erhalten.*

Dem Argument Hangartners, wonach das Wort «sozial» im Zweckartikel des KG dem Gesetzgeber einen weiten Ermessensspielraum gebe und den Schutz des Intra-brand-Wettbewerbs zu rechtfertigen vermöge, wird entgegnet, dass der Ermessensspielraum der Wettbewerbsbehörden seit der KG-Revision von 1995 auf wettbewerbliche Kriterien beschränkt sei und der Begriff «sozial» zudem mehrdeutig und damit letztlich ohne wirklichen Inhalt sei.

Résumé

La révision de la loi sur les cartels a relancé le débat sur l'admissibilité de certains accords verticaux. En relation avec les accords horizontaux en matière de prix et les exclusivités territoriales selon l'art. 5 al. 4 LCart, on discute le point de savoir si la concurrence interbrand est en mesure de renverser la

³⁴ Vgl. Raass (Fn. 2), 922, Fn. 71.

présomption de suppression d'une concurrence efficace – et par conséquent de leur illicéité. Dans une prise de position sur un article de Hangartner, mais également sur d'autres contributions, Raass défend son opinion selon laquelle les accords verticaux n'entraînent pas la suppression d'une concurrence efficace tant que la concurrence interbrand fonctionne.

Il expose à cet égard que

– il est impossible de restreindre la concurrence en l'absence de puissance sur le marché. La mesure de cette puissance se déterminant dans les rapports horizontaux et non dans un rapport contractuel vertical, la concurrence efficace ne peut pas être supprimée tant que la concurrence interbrand fonctionne;

– de plus, la notion de produit en tant que chaîne de valeurs ajoutées successives définit le rapport horizontal comme une situation de concurrence entre chaînes de valeurs ajoutées. Afin de résister à cette concurrence, chaque maillon de la chaîne des valeurs ajoutées doit pouvoir être fabriqué à des prix aussi bas que possible tout en présentant une qualité irréprochable. Il en résulte un fonctionnement idéal de la concurrence intrabrand en relation avec chaque étape de la création de cette valeur ajoutée. Dans certains cas, le fonctionnement idéal peut sans autre entraîner la suppression de la concurrence intrabrand;

– seule l'innovation permet d'être en avance sur ses concurrents. Toutefois, il n'y a innovation que lorsque l'innovant peut s'appropriier les fruits de son activité créatrice. Les tiers doivent être exclus de l'exploitation des efforts et des investissements auxquels ils n'ont pas eux-mêmes contribué. Les exclusivités territoriales et les accords en matière de prix peuvent parfois constituer le seul moyen efficace pour contrer les usurpateurs et conserver ainsi une dynamique de la concurrence.

A l'argument de Hangartner selon lequel le mot «social» contenu dans le but poursuivi par la LCart donnerait au législateur un large pouvoir d'appréciation et justifierait la protection de la concurrence intrabrand, on opposera que le pouvoir d'appréciation des autorités en matière de concurrence a été restreint aux critères relevant du droit de la concurrence avec la révision de la LCart de 1995, et qu'en plus le mot «social» est une notion ambiguë et par conséquent vide de tout sens véritable.

* Mitarbeiter (Leiter Ökonomie) im Sekretariat der Wettbewerbskommission. Der Autor gibt seine persönliche Meinung wieder. Wertvolle Anregungen verdankt er Patrik Ducrey, Stefan Renfer, Markus Saurer, Oliver Sutter und Christoph Tagmann. Allfällige Fehler sind selbstverständlich alleine jene des Autors.