

Oliver Kaufmann | Fabio Babey

Neue Vertikalbekanntmachung: Alles beim Alten?

Eine Fahrt zwischen der Annäherung an die EU sowie dem «Swiss Finish»

Am 12. Dezember 2022 hat die Wettbewerbskommission die revidierte Fassung ihrer Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek) publiziert. Mit der Revision will die Wettbewerbskommission mit der im Mai 2022 erfolgten Anpassungen der EU-Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen (Vertikal-GVO) gleichziehen und den neusten Entwicklungen in der Schweizer Praxis Rechnung tragen. Dieser Beitrag beleuchtet ausgewählte Anpassungen der VertBek, mit besonderem Blick auf Abweichungen zur Vertikal-GVO. Dieses Thema war auch Gegenstand des 29th Debating Competition Dinner vom 27. Oktober 2022. Die zwei Impulsreferate wurden von Kenji Izumi (Sekretariat WEKO) und Fabian Martens (Pestalozzi Rechtsanwälte AG) gehalten. Die Veranstaltung wurde von Oliver Kaufmann (Streichenberg Rechtsanwälte) moderiert, Co-Autor des vorliegenden Beitrages.

Le 12 décembre 2022, la Commission de la concurrence a publié la version révisée de sa communication concernant l'appréciation des accords verticaux au regard du droit de la concurrence (Communication sur les accords verticaux, CommVert). Avec cette révision, la Commission de la concurrence souhaite s'aligner sur les adaptations apportées en mai 2022 au Règlement d'exemption par catégorie applicable aux accords verticaux (Règlement d'exemption) de l'UE et tenir compte des derniers développements dans la pratique suisse. Cette contribution discute certaines adaptations de la CommVert, en mettant l'accent sur les divergences par rapport au Règlement d'exemption par catégorie. Ce thème a également fait l'objet du 29th Debating Competition Dinner du 27 octobre 2022, dont les deux exposés liminaires ont été présentés par Kenji Izumi (secrétariat de la COMCO) et Fabian Martens (Pestalozzi Rechtsanwälte AG). La manifestation était animée par Oliver Kaufmann (Streichenberg Rechtsanwälte), co-auteur du présent article.

- I. Einleitung
- II. Hintergrund der Revision
 - 1. Neue Vertikal-GVO
 - 2. Entwicklungen der Schweizer Praxis
- III. Ausgewählte Neuerungen
 - 1. Preisempfehlungen
 - 2. Informationsaustausch
 - 3. Wettbewerbsverbote
 - 4. Bezugsbeschränkung
- IV. Zusammenspiel VertBek und Vertikal-GVO
- V. Compliance Herausforderungen

I. Einleitung

Die Vertikalbekanntmachung darf mit Fug und Recht als der eigentliche «Top-Seller» der Schweizer Wettbewerbsbehörde

(WEKO) bezeichnet werden. Keine andere Bekanntmachung oder Publikation der WEKO dürfte eine derart grosse Breitenwirkung erzielen und die vertragliche Ausgestaltung von Vertriebsverhältnissen in der Praxis gleichermaßen beeinflussen. Die Vertikalbekanntmachung und die zugehörigen Erläuterungen sind im Vertriebskontext für umsichtig agierende Anwälte wie auch unternehmensinterne Juristen als Orientierungshilfe jedenfalls schlicht unverzichtbar.

Dasselbe gilt im international-europäischen Kontext, und damit auch für den grenzüberschreitenden Vertrieb zwischen der Schweiz und den Ländern des EWR, natürlich auch für den grossen Bruder der VertBek, die Europäische Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen («Vertikal-GVO»)¹. Die Revision sowohl der Vertikal-GVO wie auch der VertBek haben im vergangenen Jahr denn auch eine erhebliche Aufmerksamkeit erfahren, und die Gelegenheit zur Beteiligung an den jeweiligen Vernehmlassungen wurde rege genutzt.

OLIVER KAUFMANN, Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich.

FABIO BABEY, Dr. iur., EMBA (HSG), IXAR Legal AG, Zürich.

Die Autoren bedanken sich bei MLaw Nina Patrizia Maute (Streichenberg Rechtsanwälte) für die wertvolle Unterstützung.

¹ Verordnung (EU) Nr. 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 (ABl 2022 L 134/4).

Dieser Beitrag umfasst nach einer kurzen Übersicht der wesentlichen Hintergründe der Revision der VertBek eine Darstellung der aus Sicht der Vertriebspraxis wesentlichen Punkte der Revision, namentlich die Anpassungen in den Bereichen Preisempfehlungen, Wettbewerbsverbote, Bezugsbeschränkungen und Informationsaustausch. Des Weiteren beleuchtet der Beitrag das in den Vernehmlassungsbeiträgen vielfach thematisierte Verhältnis zwischen den europäischen und den Schweizer Regeln, konkret die Frage nach dem Umgang mit den vorhandenen Abweichungen der VertBek gegenüber dem europäischen Vorbild (Stichwort: «Swiss Finish»). Diesbezüglich wird auch kurz auf die Compliance-Herausforderungen für international tätige Unternehmen eingegangen.

II. Hintergrund der Revision

1. Neue Vertikal-GVO

Die Revision der VertBek hat zunächst die Weiterentwicklung des europäischen Rechts zum Hintergrund, namentlich die am 1. Juni 2022 in Kraft getretene neue Vertikal-GVO, welche durch die ebenfalls neuen Vertikal-Leitlinien² erläutert und ergänzt wird. In der Schweiz sollen zur Vermeidung einer Isolierung der Schweizer Märkte möglichst die gleichen Regelungen für vertikale Vereinbarungen zur Anwendung kommen wie in der EU.³

Das Inkrafttreten einer neuen Vertikal-GVO war insofern längst absehbar, als die Geltungsdauer der aus dem Jahr 2010 stammenden «alten» Vertikal-GVO auf Ende Mai 2022 beschränkt war. Aus der Pressemitteilung der EU-Kommission wird ersichtlich, dass mit den Anpassungen den Unternehmen eine aktuelle Orientierungshilfe geboten werden soll, welche die Marktentwicklungen seit 2010 aufnimmt und auf eine noch stärkere Digitalisierung im folgenden Jahrzehnt ausgelegt ist.⁴ Ausserdem soll den Unternehmen zusätzliche Flexibilität in Bezug auf Abreden über Gebiete und Preise eingeräumt werden.⁵

In diesem Sinne wurden etwa neue Regeln und verschiedene Klarstellungen im Bereich des Online-Vertriebs sowie der Online-Plattformen («Plattformwirtschaft») in die neue Vertikal-GVO sowie die Leitlinien aufgenommen. Die aus Sicht der EU-Kommission wichtigsten Änderungen betreffen allerdings die Anpassungen bezüglich des geschützten Bereiches, damit dieser «weder zu weit noch zu eng gefasst ist»:⁶

- Konkret wurden bestimmte Aspekte des zweigleisigen Vertriebs, in denen ein Hersteller seine Produkte also sowohl über unabhängige Händler als auch direkt an den Endkunden vertreibt, sowie bestimmte Arten von Paritätsverpflichtungen vom geschützten Bereich respektive von einer Freistellung ausgenommen. In diesen Fällen ist neu eine Einzelfallprüfung nach Art. 101 AEUV notwendig.⁷
- In anderen Belangen wurde der geschützte Bereich dagegen ausgeweitet, etwa mit Bezug auf Beschränkungen des aktiven Verkaufes sowie bestimmte Praktiken im Online-Vertrieb, namentlich dem Dual Pricing auf Grosshandelsstufe

sowie dem Festlegen unterschiedlicher Kriterien für Online- und für Offline-Verkäufe in selektiven Vertriebssystemen.⁸ Solche Beschränkungen sind nach der neuen Vertikal-GVO unter gegebenen Voraussetzungen freigestellt.

Um die neuen Regeln und die Leitlinien für den Anwender im Geschäftsalltag möglichst «zugänglich» zu gestalten, wurde von der EU-Kommission sodann Wert darauf gelegt, die Vorschriften klarer und einfacher verständlich zu gestalten, wobei der Erfolg dieser Bemühungen wohl im Auge des Betrachters liegt. Festzustellen bleibt jedenfalls, dass die Vertikal-Leitlinien über 100 Seiten umfassen und damit als Orientierungshilfe für Unternehmen überaus umfassend und komplex geraten sind.

2. Entwicklungen der Schweizer Praxis

Die Anpassungen des europäischen Rechts sollen allerdings nicht einfach unbesehen übernommen werden. Die WEKO betont in den Erwägungen vielmehr explizit, dass den Anpassungen im europäischen Recht «unter Berücksichtigung der in der Schweiz herrschenden rechtlichen und wirtschaftlichen Bedingungen» Rechnung getragen werden soll.⁹ Die Revision der VertBek soll überdies auch nicht bloss die Anpassungen des europäischen Rechts nachvollziehen, auch wenn der Zeitpunkt der Revision zweifellos durch das Inkrafttreten der Vertikal-GVO vorbestimmt war. Vielmehr will die WEKO mit der Revision vorderhand auch den Rechtsentwicklungen in der Schweiz seit dem Jahr 2010 entsprechen.

Tatsächlich hat die Schweizer Praxis seit Erlass der letzten VertBek verschiedene Entscheide hervorgebracht, die mal mehr, mal weniger deutlich von den Regeln des europäischen Rechts – und je nach Lesart teilweise auch von der damals geltenden VertBek – abgewichen sind. Prominente Beispiele sind etwa die Entscheide in Sachen Pfizer¹⁰ sowie Flammarion¹¹. Die so geschaffenen Abweichungen von den europäischen Regeln («Swiss Finish») wurde und wird in der Lehre in verschiedener Hinsicht kritisiert.¹²

2 Mitteilung der Kommission betreffend Leitlinien für vertikale Beschränkungen (ABl 2022 C 248/1).

3 WEKO, Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (VertBek) vom 12. Dezember 2022, Ziff. VII.

4 EU-Kommission, Pressemitteilung vom 10. Mai 2022, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_22_2844> (alle Links besucht am 3. April 2023).

5 A. WASER/V. ONDELLI, Ein «Swiss Finish» im Vertriebskartellrecht? SZK 2022 5, 7.

6 EU-Kommission, Pressemitteilung vom 10. Mai 2022, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_22_2844>.

7 EU-Kommission, Pressemitteilung vom 10. Mai 2022, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_22_2844>.

8 EU-Kommission, Pressemitteilung vom 10. Mai 2022, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_22_2844>.

9 WEKO, VertBek (Fn. 3), Ziff. VII.

10 BGE 147 II 72 ff.

11 BGE vom 3. März 2022, 2C_44/2020.

12 WASER/ONDELLI (Fn. 5), 1 ff.

III. Ausgewählte Neuerungen

1. Preisempfehlungen

Eine der wohl auffälligsten Anpassungen in der neuen VertBek bezieht sich auf die Regeln zu unverbindlichen Preisempfehlungen. Konkret wurde der vormalige Artikel 15 zu Preisempfehlungen im Rahmen der Revision vollumfänglich gestrichen und neu, wenn auch nicht vollständig, in die Erläuterungen aufgenommen. Ergänzt werden die nun in den Erläuterungen befindlichen Passagen neu durch Ausführungen im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichts in Sachen Pfizer.¹³

Der viel besprochene Entscheid in Sachen Pfizer bezog sich auf Preisempfehlungen für das Medikament Viagra. Der Hersteller hatte damals den Apotheken sowie den zur Abgabe von Viagra berechtigten Ärztinnen und Ärzten entsprechende Preisempfehlungen in Form eines automatisierten Scan-Ablaufs zukommen lassen. Wurde der EAN-Code auf einer Viagra-Packung eingescannt, erschien automatisch der von Pfizer empfohlene Endkundenpreis (im Zusammenhang mit Arzneimitteln als «Publikumspreis» bezeichnet) im Kassensystem, der immerhin ausdrücklich als unverbindlich deklariert wurde. Dieses Vorgehen wurde von Pfizer im Rahmen des Verfahrens primär mit einem Effizienz-Gedanken gerechtfertigt.¹⁴

– Das Bundesgericht erkannte im beschriebenen Verhalten eine vertikale Preisbindung im Rahmen einer abgestimmten Verhaltensweise nach Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG. Das Gericht begründete dies unter anderem damit, dass Pfizer davon ausgehen durfte, dass die Händler (Ärzte und Apotheker) die Preisempfehlungen kannten und keinen zusätzlichen Aufwand für die Anpassung der Preise betreiben wollten.¹⁵ Ins Gewicht fiel auch der hohe Befolgungsgrad. Konkret hatten mehr als 80% der Händler, welche die Empfehlung erhalten hatten, die Preisempfehlungen von Pfizer überwiegend eingehalten.¹⁶ Nach Ansicht des Bundesgerichtes wäre allerdings auch bereits ein Befolgungsgrad von 50% der empfangenden Händler für die Annahme einer abgestimmten Verhaltensweise ausreichend gewesen.¹⁷

– Das Bundesgericht bezog sich in seinen Erläuterungen zwar explizit auf das europäische Wettbewerbsrecht. Nichtsdestotrotz ist in der Rechtsprechung in Sachen Pfizer eine erhebliche Verschärfung gegenüber dem europäischen Recht zu erkennen. Während das europäische Recht Preisempfehlungen nur dann als unzulässig qualifiziert, wenn die Händler mit Druck oder Anreizen zum Einhalten der Preisempfehlungen «motiviert» werden, ist dies unter der Pfizer-Rechtsprechung ausdrücklich nicht mehr vorausgesetzt.¹⁸

Die Vertikal-GVO setzt das Ausüben von Druck oder das Setzen von Anreizen für die Unzulässigkeit von unverbindlichen Preisempfehlungen unverändert voraus. In der Revision der Vertikalbekanntmachung wurde dieses zwingende Kriterium nun entsprechend der Pfizer-Rechtsprechung aufgegeben. Immerhin wird das Ausüben von Druck und das Setzen von Anreizen in den Erläuterungen noch als eine der

Situationen erwähnt, in der sich Preisempfehlungen «tatsächlich wie Mindest- oder Festpreise auswirken» können.¹⁹

2. Informationsaustausch

Eine weitere wesentliche Anpassung betrifft die Regeln zum Informationsaustausch im Kontext des dualen Vertriebs, die ebenfalls entsprechend der Vertikal-GVO angepasst und ergänzt wurden.²⁰ Im Hinblick darauf, dass der duale Vertrieb in der Praxis die Regel und nicht die Ausnahme darstellt, ist jede Orientierungshilfe zu diesbezüglichen wettbewerbsrechtlichen Themen vorbehaltlos zu begrüssen. Gleichzeitig rückt die grosse Praxisrelevanz aber auch das Bedürfnis nach einfach verständlichen und klaren Regeln ins Zentrum.²¹

Konkret enthält Art. 10 Abs. 2 und 3 VertBek neu verhältnismässig komplexe und auch für Juristen nicht unmittelbar zugängliche Regeln mit Ausnahmen und Gegenansnahmen für bestimmte vertikale Wettbewerbsabreden zwischen Wettbewerberinnen – die je nach konkreten Umständen der Vertikalbekanntmachung mal nicht unterstellt, doch unterstellt oder doch nicht unterstellt sein können.

Von praktischer Bedeutung ist dabei insbesondere die «Ausnahme» (i.e. von der ausnahmsweisen Unterstellung unter die Vertikalbekanntmachung) des Informationsaustausches zwischen Anbieterinnen und Abnehmerinnen im Rahmen des dualen Vertriebs unter bestimmten Voraussetzungen. Art. 10 Abs. 3 VertBek hält konkret fest, dass der Informationsaustausch zwischen Anbieterinnen und Abnehmerinnen, welcher nicht direkt die Umsetzung einer vertikalen Wettbewerbsabrede betrifft oder nicht zur Verbesserung der Produktion oder des Vertriebs der Vertragswaren oder -dienstleistungen erforderlich ist von der Vertikalbekanntmachung nicht erfasst ist (weil die Ausnahmen von Art. 10 Abs. 2 lit. a und b VertBek in diesen beiden Fällen nicht gelten).²²

Leider wurde dem in der Vernehmlassung geäusserten Wunsch nach klaren Beispielen für die Anwendung besagter Regelungen nicht entsprochen.

3. Wettbewerbsverbote

Im Zusammenhang mit Wettbewerbsverboten ist eigentlich weniger von einer Neuerung als von einer verpassten

13 WEKO, Begleitnotiz: Übersicht der Änderungen gemäss Vernehmlassungsentwurf Vertikalbekanntmachung/VertBek-Erläuterungen; vgl. BGE 147 II 272 ff.

14 BGE 147 II 72 ff. E. 2 ff.

15 BGE 147 II 72 ff. E. 5.2.2.

16 BGE 147 II 72 ff. E. 5.3.6.1.

17 BGE 147 II 72 ff. E. 5.3.5, 5.3.7.

18 BGE 147 II 72 ff. E. 4.5.1.

19 WEKO, Erläuterungen der Wettbewerbskommission zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (VertBek-Erläuterungen) vom 12. Dezember 2022, Rz 8.

20 WEKO, Übersicht der Änderungen (Fn. 13).

21 Vgl. auch die Stellungnahme von Swiss Distribution vom 2. September 2022 zu den Vernehmlassungsentwürfen der Vertikalbekanntmachung und der VertBek-Erläuterungen, 6.

22 WEKO, VertBek (Fn. 3).

Chance zu sprechen. Dies ist umso mehr zu bedauern, als mit der Revision ausdrücklich auch das Ziel verfolgt wurde, den Unternehmen in der Ausgestaltung der Vertriebsverhältnisse eine grössere Flexibilität zu verschaffen, was in anderem Zusammenhang, wie etwa dem Dual-Pricing, auch durchaus geschehen ist²³.

Konkret sieht die Vertikalbekanntmachung in Art. 15 lit. g VertBek vor, dass «unmittelbare oder mittelbare Wettbewerbsverbote, die für eine unbestimmte Dauer oder für eine Dauer von mehr als fünf Jahren gelten» als qualitativ schwerwiegende Beschränkungen zu betrachten sind. Was in diesem Zusammenhang sowohl in der Vertikalbekanntmachung wie auch in den Erläuterungen fehlt, ist im Sinne der europäischen Rechtsgrundlagen ein expliziter Hinweis darauf, dass Verträge, die ein Wettbewerbsverbot enthalten und sich stillschweigend über einen Zeitraum von mehr als fünf Jahren verlängern, als qualitativ nicht schwerwiegend zu betrachten sind, sofern sie nach dem entsprechenden Zeitablauf gekündigt und neu verhandelt werden können.²⁴

Eine solche Klarstellung wäre auch für das Schweizer Recht wünschenswert gewesen, nachdem Vertriebssysteme auch in der Schweiz in der Praxis oftmals auf eine stillschweigende Verlängerung ausgelegt sind. Gleichzeitig wäre dann aber auch nicht mehr nachvollziehbar, weshalb zwar unbefristete, aber angemessen kündbare vertragliche Wettbewerbsverbote qualitativ schwerwiegend sein sollen.

4. Bezugsbeschränkung

Ebenfalls eine Abweichung von der Vertikal-GVO ist schliesslich mit Bezug auf die Regeln zu Bezugsbeschränkungen in Randziffer 12 der Erläuterungen zur VertBek festzustellen. Konkret verweisen diese Regeln darauf, dass auch vertragliche Bezugsbeschränkungen eine absolute Gebietschutzabrede darstellen können, wobei auf die Rechtsprechung in Sachen Nikon²⁵ sowie Bucher Landtechnik²⁶ verwiesen wird.²⁷ In den europäischen Regeln wiederum stellen exklusive Bezugspflichten in nicht-selektiven Vertriebssystemen explizit *keine* Kernbeschränkung dar.²⁸ In beiden zitierten Fällen betrafen die vertraglichen Verbote Export und Import, jedoch waren die Bezugsbeschränkungen in beiden Fällen nicht alleine ausschlaggebend.²⁹

IV. Zusammenspiel VertBek und Vertikal-GVO

In den einleitenden Erwägungen zur VertBek wird festgehalten, dass die Regeln der Vertikal-GVO analog für die Schweiz gelten sollen.³⁰ Auch in den Erläuterungen zur VertBek wird die enge Beziehung zwischen den Schweizer Regeln und den Regeln der Europäischen Union betont.³¹

Die Rechtsprechung verweist regelmässig auf die Bestimmungen der Vertikal-GVO sowie die zugehörige Praxis. So bemerkte das Bundesgericht auch in seinem Leitescheid in Sachen Gaba, dass in der Schweiz keine schärferen Regeln gelten dürfen, als dies in der EU der Fall sei.³²

Die Revision der Vertikalbekanntmachung macht nichtsdestotrotz deutlich, dass in verschiedenen Bereichen

gerne und deutlich von den europäischen Rechtsgrundlagen abgewichen wird und spezielle Regeln für «Schweizer» Vertikalabreden aufgestellt werden. Dies kann und muss kritisch hinterfragt werden.

Davon ausgehend, dass eine der wesentlichen Grundlagen der Revision der Vertikalbekanntmachung und deren Erläuterungen die Revision der Vertikal-GVO und deren Leitlinien war, und, dass das Bekenntnis zu «möglichst gleichen Regeln wie in der EU» unverändert stark ist, lassen sich «Swiss Finishes» gerade in grundlegenden Bereichen wie Preisempfehlungen kaum noch nachvollziehen. Dies betrifft allerdings zugegebenermassen weniger die Vertikalbekanntmachung als die den Abweichungen zugrunde liegenden Entscheide der Rechtsmittelinstanzen.

Zutreffend ist zumindest teilweise das Argument der unterschiedlichen Wirtschaftsstrukturen der Schweiz und der EU, was das Bundesgericht etwa im Rahmen des Gaba-Entscheides betont hatte. So wirken sich gemäss Bundesgericht vertikale Abreden über absoluten Gebietschutz in kleineren Ländern wie der Schweiz anders aus als in einem vereinheitlichten Binnenmarkt wie demjenigen der EU.³³ Auch wenn diese unterschiedliche Bewertung aufgrund des in Frage stehenden Wirtschaftsraumes für Gebietsabreden noch zutreffen mag, lassen sich unterschiedliche Massstäbe mit Bezug auf Preisabreden nach der hier vertretenen Auffassung damit nicht begründen.

Jedenfalls stellen die verschiedenen «Swiss Finishes» in aller Schärfe die Frage nach der Füllung etwaiger Regelungslücken, was sich am Beispiel der Wettbewerbsverbote gut illustrieren lässt. In diesem Zusammenhang wurde in der Vernehmlassung aus Gründen der Rechtssicherheit, gerade im Zusammenhang mit internationalen Vertriebsverhältnissen, verschiedentlich der Ruf nach einem expliziten Bekenntnis zu den Regeln der Vertikal-GVO laut für den Fall, dass die Vertikalbekanntmachung einen bestimmten Sachverhalt nicht adressieren sollte, der aufgrund der Vertikal-GVO aber klar als unbedenklich einzustufen wäre. Diesem Wunsch wurde leider nicht entsprochen.

V. Compliance Herausforderungen

Aus Sicht der Unternehmen ist schliesslich anzumerken, dass selbstredend auch die Compliance-Herausforderungen steigen, wenn zwischen den europäischen und schweizerischen Rechtsgrundlagen zu Vertikalabreden Unterschiede bestehen. Versucht man als international tätiges Unternehmen, sich an den entsprechenden europäischen Regeln zu

23 WEKO, Übersicht der Änderungen (Fn. 13), 3.

24 EU-Kommission, Vertikal-Leitlinien (Fn. 2), Rz. 248.

25 BVGer vom 16. September 2016 B-581/2012.

26 RPW 2019/4, 1165 Rz 69.

27 WEKO, VertBek-Erläuterungen (Fn. 19).

28 EU-Kommission, Vertikal-GVO (Fn. 1), Art. 4 lit. b Ziff. ii.

29 Vgl. BVGer vom 16. September 2016, B-581/2012.

30 WEKO, VertBek (Fn. 3), VIII.

31 WEKO, VertBek-Erläuterungen (Fn. 19), VI und VII.

32 BGE 143 II 297 ff. E 6.2.3; BGER vom 3. März 2022, 2C_44/2020, E 4.4.

33 BGE 143 II 297 ff. E 6.2.3.

orientieren, so läuft man Gefahr, dass die Schweizer Regeln und die bundesgerichtliche Rechtsprechung in gewissen Bereichen dann doch erheblich von diesen abweichen.

Dies bedeutet nicht nur eine grosse Rechtsunsicherheit für die Unternehmen, welche es gerade mit der Revision zu beseitigen galt.³⁴ Vielmehr erhöht sich dadurch auch der Aufwand, sich stetig über die neusten Rechtsprechungsentwicklungen in der Schweiz zu informieren, um das eigene Compliance-Programm im Bereich Kartellrecht aktuell zu halten und allfällige Kompatibilitätsfragen zu klären.³⁵

Abgesehen davon stellt sich auch die Frage, inwiefern die Abweichung vom europäischen Recht durch einzelne

Entscheide an sich eine sinnvolle und praktikable Lösung darstellt. So wurde gerade im Pfizer-Urteil vermehrt darauf hingewiesen, dass sich der vorliegende Fall durch die speziellen Eigenheiten der Märkte für verschreibungspflichtige Arzneimittel gar nicht zur Verallgemeinerung eignet.³⁶

Letztlich bedeuten die unterschiedlichen Regelungen der VertBek im Gegensatz zur Vertikal-GVO also einen zusätzlichen Aufwand hinsichtlich Compliance. International tätige Unternehmen mit Vertriebsstrukturen in der Schweiz und der EU müssen durch Compliance-Bemühungen sicherstellen, dass der «Swiss Finish» der VertBek in den Vertriebsstrukturen der Schweiz eingehalten wird.

Zusammenfassung

Grundsätzlich wollte die WEKO mit der neuen VertBek eine weitgehende Angleichung an die Vertikal-GVO der EU schaffen. Gleichzeitig musste aber der Schweizer Rechtsprechung und den hiesigen wirtschaftlichen Bedingungen Rechnung getragen werden. Aus diesem Grund ist die VertBek nicht einfach eine Kopie der Vertikal-GVO geworden, vielmehr enthält sie in verschiedenen, teils wesentlichen Aspekten einen «Swiss Finish».

Schweizer «Sonderregeln» für den Vertikalbereich zeichneten sich bereits im Vernehmlassungsentwurf deutlich ab. Es überrascht daher auch nicht, dass dieser «Swiss Finish» trotz aller Kritik in die definitive Fassung der neuen Vertikalbekanntmachung übernommen wurde. Damit möchte die WEKO der aus ihrer Sicht rechtlich und wirtschaftlich von der EU abweichenden Situation der Schweiz, und vor allem der Rechtsprechung des Bundesgerichtes, Rechnung tragen.

Inhaltlich ergeben sich in der neuen Vertikalbekanntmachung verschiedene Erleichterungen, v.a. in den Bereichen Allein- und Selektivvertrieb, beim dualen Vertrieb sowie im Bereich des Onlinevertriebs. Strengere Regeln ergeben sich für der Schweiz demgegenüber insbesondere mit Bezug auf Preisempfehlungen, Exportverbote und die Einschränkung von Passivverkäufen.

Damit besteht zwischen der Vertikalbekanntmachung und der Vertikal-GVO zwar weitgehende Kongruenz, allerdings sieht die Vertikalbekanntmachung bei zentralen Fragen bewusst strengere Regelungen als in der Vertikal-GVO vor. Für Unternehmen mit Vertriebsstrukturen in der Schweiz und der EU gelten damit erhöhte Compliance Anforderungen. Vertriebsserträge mit Auswirkungen auf die Schweiz sind daher im Rahmen einer kartellrechtlichen Compliance weiterhin auf die Einhaltung des «Swiss Finish» zu prüfen.

Résumé

Sur le principe, la COMCO souhaitait ajuster en grande partie la nouvelle CommVert sur le Règlement d'exemption par catégorie verticale de l'UE (RECV). Mais elle devait également tenir compte de la jurisprudence suisse et des conditions économiques suisses. C'est pourquoi la CommVert n'est pas une simple copie du Règlement d'exemption par catégorie verticale, mais plutôt une version dotée d'un «Swiss Finish» sur différents aspects, parfois substantiels.

Des «règles spéciales» suisses pour le domaine des accords verticaux se dessinaient déjà clairement dans le projet mis en consultation. Il n'est donc pas surprenant que ce «Swiss Finish» ait été repris dans la version définitive de la nouvelle communication sur les accords verticaux, nonobstant certaines voix critiques. La COMCO souhaite ainsi tenir compte de ce qu'elle considère comme une situation juridique et économique distincte en Suisse de celle de l'UE, particulièrement en ce qui concerne la jurisprudence du Tribunal fédéral.

Sur le plan du contenu, la nouvelle communication sur les accords verticaux prévoit différents assouplissements, notamment dans les domaines de la distribution exclusive et sélective, de la distribution duale et de la distribution en ligne. En revanche, les règles suisses présentent des exigences plus élevées notamment dans les domaines des recommandations sur les prix, des interdictions d'exportation et de la limitation des ventes passives.

Il existe donc une congruence considérable entre la communication sur les accords verticaux et le Règlement d'exemption par catégorie verticale. Toutefois la communication sur les accords verticaux prévoit délibérément des règles plus exigeantes que le Règlement d'exemption par catégorie sur certaines questions centrales. Les entreprises ayant des structures de distribution en Suisse et dans l'UE sont donc soumises à des exigences de conformité plus élevées. Les accords de distribution dont les effets se font sentir en Suisse doivent par conséquent continuer à être contrôlés quant à leur respect du «Swiss Finish» dans le cadre du contrôle de conformité au droit de la concurrence.

34 Vgl. WEKO, VertBek (Fn. 3), Ziff. I sowie VII im Zusammenhang mit der Geltung der Regelungen der EU.

35 WASER/ONDELLI (Fn. 5), 9.

36 Vgl. auch die Stellungnahme von Lenz & Staehelin vom 2. September 2022 zu den Vernehmlassungsentwürfen der Vertikalbekanntmachung und der VertBek-Erläuterungen, 3; P. ESTERMANN, BVGer B-846/2015: Zulässigkeit von unverbindlichen Preisempfehlungen für Potenzmittel, AJP 2018, 525.