

Aktuelle Entwicklungen im Bereich der vertikalen Abreden

Dr. Monique Sturny

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Partnerin

Walder Wyss

Zürich, 7. März 2024

Kartellrecht 2024

Übersicht

- Aktuelle Entwicklungen
 - Preisbindungen zweiter Hand und Preisempfehlungen
 - Gebietsschutzabreden
 - Online-Handel
- Fazit und Ausblick

Vertikalabreden – Kurzüberblick

Art. 4 Begriffe

¹ Als **Wettbewerbsabreden** gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare **Ver- einbarungen** sowie **aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen** von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwe- cken oder bewirken.

Art. 5 Unzulässige Wettbewerbsabreden

¹ Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leis- tungen **erheblich beeinträchtigen** und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effi- zienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur **Beseitigung** wirksamen Wettbe- werbs führen, sind unzulässig.

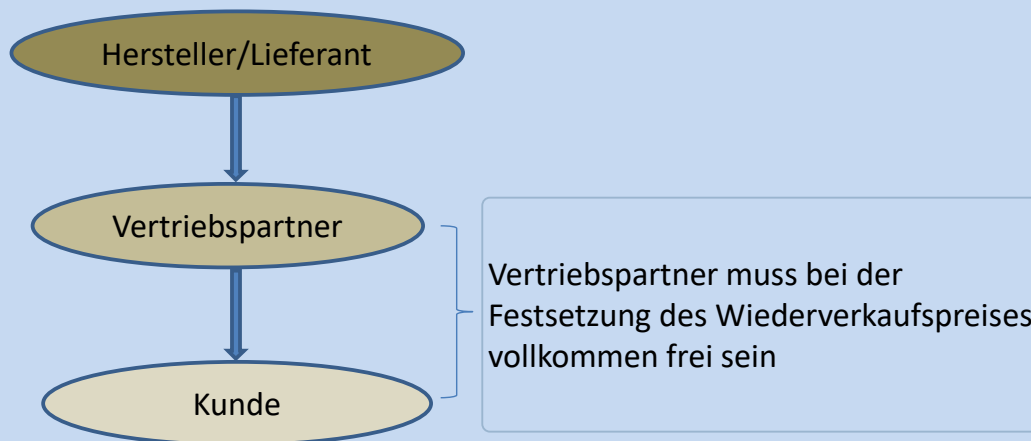
⁴ Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird auch vermutet bei **Abreden zwischen** **Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise** sowie bei Ab- reden in Vertriebsverträgen über die **Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in** **diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen** werden.¹¹

Bussenrisiko

Preisbindungen zweiter Hand und Preisempfehlungen



Kurzer Theorieüberblick (I) – Preisbindung zweiter Hand



Kurzer Theorieüberblick (II) – Preisbindung zweiter Hand

- **Unzulässig sind Mindest- oder Festpreisvorgaben des Herstellers/Lieferanten (KG 5 IV)**
- Daraus folgt auch:
 - Keine Genehmigung von Rabatten und Aktionen
 - **Keine indirekte Preissetzung**, wie z.B. (vgl. Rz 6 VertBek-Erläuterungen)
 - Wiederverkaufsmarge, Höchststrabatt
 - Rabatte/Vergütungen abhängig vom Verkaufspreisniveau
 - MAP (minimum advertised prices)
 - Binden an Wiederverkaufspreise von Wettbewerbern
 - Drohungen, Einschüchterungen, Aussetzen von Lieferungen bei Nichteinhaltung eines Preisniveaus

Bussenrisiko

Kurzer Theorieüberblick (III) – Preisempfehlungen

- **Unverbindliche Preisempfehlung (UVP) grundsätzlich zulässig, aber!**
- Folgende **Umstände** können aber dazu führen, dass WEKO UVP **aufgreift** (Rz 9 VertBek-Erläuterungen):
 - **Druck / Anreize** zur Befolgung
 - **Befolgung** der UVP durch einen bedeutenden Teil der Händler
 - UVP für Endkunden **nicht allgemein zugänglich**
 - UVP in Katalogen / auf Produkten etc. **nicht ausdrücklich als unverbindlich gekennzeichnet**
 - Preisniveau **deutlich höher als im benachbarten Ausland**



Risiko bei tagesaktueller Einpflegung in Kassensystem und hohem **Befolgungsgrad** durch Händler, selbst wenn als unverbindlich bezeichnet (*Pfizer, BGE 147 II 72, Rz 8 VertBek-Erläuterungen*)



Datenplattform in der Sportindustrie (RPW 2023/1, 113 ff.) (I)



Ausgangslage:

- **Beratungsanfrage** an das Sekretariat WEKO betr. **Lancierung Datenplattform**
- **Geplante Elemente der Datenplattform** (Rz. 46):
 - Lieferanten stellen Händlern UVP über Datenplattform zur Verfügung
 - UVP über Datenplattform **direkt in Kassensysteme der Händler übermittelt**
 - Nur wenn vom Händler spezifisch abgerufen; kein Automatismus
 - Händler muss bei jeder Preisabfrage mit «Check-Box» bestätigen:
 - ✓ Unverbindlichkeit der Preisempfehlungen zur Kenntnis genommen
 - ✓ Verantwortung für die Berechnung des Wiederverkaufspreis beim Händler
- **Argument: Übermittlung UVP sei unverzichtbar** (Rz. 46)
 - Händler erwarten eine UVP aufgrund grosser Anzahl verkaufter Produkte
 - Datenplattform würde sich ohne UVP am Markt nicht durchsetzen

Datenplattform in der Sportindustrie (RPW 2023/1, 113 ff.) (II)

Beurteilung durch das Sekretariat der WEKO (Rz. 49):

- **Wiederholt und direkt in das Kassensystem der Händler elektronisch übermittelte UVP** können zu einer Abstimmung des Verhaltens führen (Verweis auf VertBek-Erläuterungen, Rz 8 Punkt 2 und Pfizer)
- «Die Erfordernisse eines aktiven Abrufens der Preisempfehlung durch die Händlerin sowie der Beachtung einer digitalen Check-Box mit Hinweisen auf die Unverbindlichkeit der Preisempfehlungen und einer Ermahnung zur eigenständigen Festlegung der Wiederverkaufspreise **reichen für sich allein genommen voraussichtlich nicht aus, um eine Abstimmung zu verhindern.**»

Datenplattform in der Sportindustrie (RPW 2023/1, 113 ff.) (III)

Empfehlung des Sekretariats (Rz. 50):

- Anstatt Einspeisen von UVPs «**Übermittlung von tatsächlichen individuellen Einstandspreisen**» (auch wiederholt, elektronisch, direkt in Kassensysteme der Händler)
- Sofern sichergestellt, dass es den **Händlern** «*obliegt, ihren Verkaufspreis selbst festzulegen*»
- **Eigenständige Preissetzung durch Händler** in dessen Kassensystem, z.B.: Händler wird beim Erscheinen des Einstandspreises aufgefordert, einen «*eigenen Preis festzulegen, unabhängig davon, ob dies direkt oder indirekt mittels Definition einer Marge oder eines Faktors in Bezug auf den Einstandspreis geschieht.*»

Datenplattform in der Sportindustrie (RPW 2023/1, 113 ff.) (IV)

Rechtliche Einordnung:

- Sekretariat: Qualifikation als **Preisabrede nach KG 5 IV** offen gelassen
 - Da einzelfallabhängig im Rahmen einer allfälligen Umsetzung
 - **Aber:** Hinweis, dass sich Preisempfehlung **aufgrund des Befolungsgrads als Preisbindung auswirken könne** (s. VertBek-Erläuterungen, Rz 8 Punkt 3; dort mit Verweis auf *Pfizer*)
- Vgl. demgegenüber jüngst **Entscheidung der Autorité de la concurrence, France i.S. Rolex**: (Décision n° 23-D-13 vom 19.12.2023 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de montres de luxe*):
Befolungsgrad (s. Décision, Rz. 109 ff.) und genaue Kenntnis des Herstellers über Preissetzungsverhalten der Händler (s. Décision, Rz. 123) allein (ohne Nachweis von Druck oder Anreizen) genügten hier nicht. Keine Preisbindung zweiter Hand.

Weitere Praxisbeispiele aus dem Ausland

Niederlande: Zwei Entscheide der **Authority for Consumers and Markets (ACM) bzw. des Rotterdam District Court**

- Beide betreffen Vertrieb von **Fernsehern**: Vertrieb von Samsung-Produkten (2021/2023, Busse fast EUR 40 Mio.) und LG Produkten (2023, Busse fast EUR 8 Mio.)
- In beiden Fällen **UVP** verbunden mit intensiver **Preisüberwachung und Einflussnahme durch den Hersteller**:
 - Beobachtung der Preise der Einzelhändler, Analyse von Preisschwankungen (auf Preisvergleichs-Websites und Online-Shops der Einzelhändler)
 - Sammlung der Preisdaten mit Spider-Software
 - Kontaktaufnahme durch Hersteller bei «tiefen» Preisen; Aufforderung, Einzelhandelspreise anzupassen
 - Mitteilung an Händler, dass derselbe Preis auch den konkurrierenden Händlern mitgeteilt wurde, oft mit der unterschweligen Botschaft, dass auch diese ihre Preise erhöhen würden (\cong *Hub-and-spoke*-Komponente)



Schlussbericht Vorabklärung *Yamaha* vom 10. Mai 2023 (RPW 2023/3, 563 ff.)



Ausgangslage:

- Vertrieb durch hostettler ag sursee (Generalimporteurin von Yamaha-Produkten, **HAG**) an Yamaha-Vertriebs- und Servicepartner
- Vorabklärungen aufgrund von Hinweisen aus dem Markt

Preisempfehlungen (Rz. 109 ff.):

- Preislisten mit **empfohlenen Verkaufspreisen**, aber keine ausdrückliche Bezeichnung als «unverbindlich»
- Vertragliche Verpflichtung der Yamaha-Partner, die Fahrzeuge mit den **empfohlenen Verkaufspreisen zu beschriften** (nur oder auch?)
- Rund 93% der verkauften Fahrzeuge wurden mit dem empfohlenen Verkaufspreis beschriftet
- Durchschnittlich knapp 40% der Fahrzeuge zum empfohlenen Preis verkauft
- Hinweise auf **Druck und Anreize**
- **Fazit:** Anhaltspunkte, dass Preisanschriftsklausel zu einer vertikalen, indirekten Preisabrede führte

Unzulässige Gebietsschutzabreden



Kurzer Theorieüberblick – Unzulässige Gebietsschutzabreden

- **Aktivverkäufe** dürfen nur unterbunden werden in Gebiete, die exklusiv zugewiesen sind (oder die der Hersteller/Lieferant exklusiv für sich vorbehalten hat).
- **Passivverkäufe** dürfen nicht unterbunden werden.*
- **Bussenrisiko Schweiz:** im Bereich der vertikalen Marktabschottungen sind nur **absolute Gebietsschutzabreden (Passivverkaufsverbote)** direkt sanktionsbedroht.

* Ausnahme: Im Selektivvertrieb dürfen Aktiv- und Passivverkäufe an nicht zu gelassene Händler unterbunden werden.

Schlussbericht Vorabklärung *Yamaha* vom 10. Mai 2023 (RPW 2023/3, 563 ff.)

- **Alleinbezugsverpflichtung:**
 - Yamaha-Partner waren verpflichtet, die Produkte *nur* bei HAG (Generalimporteurin) zu beziehen
 - Haben sich damit «*indirekt verpflichtet, Parallelimporte sowie den Bezug von Yamaha-Produkten im Ausland zu unterlassen*»
- **Beschränkung der Herstellergarantie:** Garantiewerben der Yamaha-Partner an Yamaha-Fahrzeugen wurden von HAG nur vergütet,
 - wenn das Yamaha-Fahrzeug durch die HAG in die Schweiz importiert wurde
=> **Herstellergarantie verweigert auf direkt- und parallelimportierten Yamaha-Fahrzeugen**
 - Wenn die Yamaha-Partner für diese Reparaturen Yamaha-Originalersatzteile verwendet haben, die sie bei HAG bezogen haben
=> **Herstellergarantie verweigert bei Verwendung importierter Yamaha-Originalersatzteile**
- **Unzulässige, direkt sanktionierte indirekte absolute Gebietsschutzabrede (KG 5 IV)**
- **Zulässig dagegen: «Swiss Garantie» der HAG => Eigens finanzierte erweiterte Garantie der HAG, welche an die Bedingung geknüpft ist, dass das Produkt bei HAG bezogen wurde**



Online-Handel



Online-Handel (I)

- **Behinderung von Online-Verkäufen:**
 - Grundsätzlich **Kundengruppen**-Beschränkung (KG 5 I)
 - Aber:
 - Internetverkäufe sind grundsätzlich **Passivverkäufe** (Aktivverkauf liegt nur in bestimmten Fällen vor)
 - Bei Beschränkung von Käufen **gebietsfremder Kunden** (z.B. wenn Händler angehalten wird, Kaufvorgänge gebietsfremder Kunden umzuleiten oder abzubrechen): Qualifikation als absoluter Gebietsschutz (KG 5 IV)
- **Jüngste Praxis im Ausland:**
 - **FR:** Rolex gebüsst für Unterbindung des Online-Handels (Entscheid i.S. *Rolex*, Autorité de la concurrence, France, Décision n° 23-D-13)
 - **UK:** «horizontal market-sharing» im Falle von Online-Verkaufsverbot im dualen Vertrieb (CMA, *Supply of Leicester City FC-branded clothing*, Case 51068)

Online-Handel (II)

- Legitimes praktisches Bedürfnis: **Schutz des stationären Handels vor Trittbrettfahrern («free-riding»)**
- **Zulässige Massnahmen** (jedenfalls bei Marktanteil des Herstellers/Lieferanten und Händlers von je unter 30%; falls höher: Einzelfallbeurteilung):
 - ✓ **Standortklauseln:** Erfordernis, mindestens einen «Brick-and-mortar»-Verkaufsladen zu führen
 - ✓ **Qualitätsanforderungen an Online-Shop**
 - ✓ **Dual Pricing**
 - Unterschiedliche Einstandspreise für Offline-Verkäufe vs. Online-Verkäufen
 - Aber: in der Praxis oft nicht umsetzbar
 - ✓ **Verbot Drittplattformverbote**
 - Aber: Nutzung von Preisvergleichsplattformen nicht einschränken

Fazit und Ausblick



Fazit

Stolpersteine im Bereich der direkt sanktionierten Vertikalabreden (KG 5 IV):

- **Gefahr der Preisbindung zweiter Hand**
 - **Keine Einflussnahme auf Preissetzung**
 - **Vorsicht im Umgang mit UVP**
 - Herausforderungen durch Digitalisierung (Papierkataloge wurden längst durch Software abgelöst)
 - Befolgungsgrad ist relevant (...und sollte doch nicht überwacht werden => paradoxe Anforderung)
- **Indirekte absolute Gebietschutzabreden erkennen:**
 - Bei Alleinbezugspflichten in der Schweiz
 - Bei Beschränkung der Herstellergarantie auf Produkte, welche durch den Generalimporteur importiert wurden



Ausblick

- Fragen zum **dualen Vertrieb** akzentuieren sich
 - Hersteller werden auf Händlerstufe tätig (eigene Online-Shops, Kauf von Händlernetzen)
 - Horizontale Komponenten könnten dadurch an Bedeutung gewinnen
- Zunehmende Nutzung von **Plattformen und Algorithmen**
 - Vertikale Elemente (wie Einspeisung von UVP)
 - Vermehrt auch horizontale Elemente betreffend Informationsaustausch direkt (auf Herstellerstufe, auf Händlerstufe) oder indirekt (Hub-and-spoke-Konstellationen)



Danke für Ihre Aufmerksamkeit

Kontakt
Dr. Monique Sturny
Dr. iur. LL.M., Rechtsanwältin, Partnerin
Walder Wyss
Seefeldstrasse 123
8034 Zürich
monique.sturny@walderwyss.com

