

Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort
Abteilung III/5 Wettbewerbspolitik und -recht
Stubenring 1
1010 Wien
per E-Mail: wettbewerbspolitik@bmdw.gv.at

Abteilung für Rechtspolitik
Wiedner Hauptstraße 63 | 1045 Wien
T 05 90 900DW | F 05 90 900114294
E rp@wko.at
W wko.at/rp

European Commission
Directorate-General for Competition - Unit A1
Antitrust Registry
1049 Bruxelles /Brussel
Ref. Nr. HT.5454
per E-Mail: COMP-HBERs-REVIEW@ec.europa.eu

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom
2022-0.162.645, 3.3.2022
HT.5454, 1.3.2022

Unser Zeichen, Sachbearbeiter
Rp 1295/22/TT/CG
Dr. Theodor Taurer

Durchwahl
4418

Datum
20.4.2022

Reform der horizontalen Gruppenfreistellungsverordnungen und der horizontalen Leitlinien Public consultation on the draft revised Horizontal Block Exemption Regulations and Horizontal Guidelines; Stellungnahme

Sehr geehrte Damen und Herren,

die Wirtschaftskammer Österreich dankt für die Übermittlung des EK-Entwurfs betreffend die Reform der horizontalen Gruppenfreistellungsverordnungen und der horizontalen Leitlinien. Wir nehmen zu diesem, wie folgt Stellung:

I. Allgemeines

Die Wirtschaftskammer Österreich begrüßt das gegenständliche Reformprojekt grundsätzlich, wodurch der bestehende Rechtsrahmen für mehr Rechtssicherheit im Bereich der horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen nach 12 Jahren Geltung überarbeitet und den neuen wirtschaftlichen Bedingungen angepasst werden. Alle Maßnahmen, welche es den Normunterworfenen und ihren Rechtsberatern erleichtern, wettbewerbsrechtlich konform tätig werden zu können, sind hilfreich. Ebenso ist es sinnvoll die Regelungen daraufhin zu überarbeiten, dass der Wettbewerbsvollzug entlastet wird, um sich mit schweren Störungen der europäischen Märkte beschäftigen können.

Die vorgeschlagenen Regeln enthalten in ihren neuen Abschnitten aber auch weniger hilfreiche Elemente, welche die Vorteile einer Safe-Harbour-Regelung wieder relativieren; auf diese wird im nächsten Abschnitt Bezug genommen.

II. Im Detail

Zu Art. 4 des Entwurfes der GVO Forschung und Entwicklung

Hier wäre eine Klarstellung wünschenswert: In diesem Zusammenhang ist unklar, was mit „FuE-Vereinbarungen, die die gemeinsame Verwertung der Ergebnisse von gemeinsamer Forschung und Entwicklung oder Auftragsforschung und -entwicklung ausschließen“ gemeint ist. Wird darunter - wie bisher - verstanden, dass die FuE Vereinbarung nur die gemeinsame Forschung und Entwicklung vorsieht und regelt, während die Verwertung nicht geregelt wird? Oder soll das für die Fälle gelten, in denen die gemeinsame Verwertung tatsächlich explizit ausgeschlossen wird?

Zu Art. 6 Abs. 3 des Entwurfes der GVO Forschung und Entwicklung

Kritisch erscheint diese Regelung bezüglich des Innovationswettbewerbs, die besagt, dass wenn zwei oder mehr Parteien Wettbewerber in Bezug auf die Innovation sind, die Freistellung nur dann für die Dauer der Forschung und Entwicklung gilt, wenn zum Zeitpunkt des Abschlusses der FuE Vereinbarung zusätzlich zu den FuE Anstrengungen der Parteien der FuE Vereinbarung drei oder mehr vergleichbare konkurrierende FuE Anstrengungen vorhanden sind.

Noch deutlicher führt dazu RN 17 des Entwurfs der GVO aus, dass eine Forschungs- und Entwicklungsvereinbarung von der Gruppenfreistellung ausgenommen werden **muss**, wenn neben den FuE Anstrengungen der Parteien der Vereinbarung **weniger als drei vergleichbare konkurrierende FuE Anstrengungen verbleiben**.

Diese Regelung weist mehrere Probleme auf:

1. Es besteht die Gefahr, dass **viele Kooperationen** (vor allem in den Bereichen, in denen es weniger als vier Wettbewerber gibt) nicht mehr **durchgeführt** werden. Auch bei einer geringen Anzahl von Wettbewerbern können neue Technologien (vor allem vor dem Hintergrund des Umwelt- oder Klimaschutzes) für ein einzelnes Unternehmen unerschwinglich sein bzw. Investitionen erforderlich machen, die es alleine nicht tragen kann. Selbst bei einer geringen Anzahl an Wettbewerbern in einem Markt, ist es für den Verbraucher letztendlich vorteilhafter, wenn Wettbewerber (z.B. zwei von drei Wettbewerbern) eine Kooperation eingehen und eine neue Technologie entwickeln, die dann den Verbrauchern zugutekommt, als wenn die Unternehmen vor dem Hintergrund der mangelnden alleinigen technischen bzw. wirtschaftlichen Machbarkeit von der Forschung und Entwicklung überhaupt absehen. Die vorgeschlagene Regelung verlangt im Endeffekt, dass es zumindest fünf Wettbewerber am betreffenden Markt gibt - dies wird in einigen Bereichen nicht der Fall sein. Somit wären sinnvolle und wettbewerbsfördernde Forschungs- und Entwicklungskooperationen in diesen Märkten vollkommen ausgeschlossen. Zwar besteht immer die Möglichkeit jenseits der Leitlinien eine Einzelfreistellung auf Basis von Art. 101 Abs. 3 AEUV zu argumentieren; jedoch stellt die vorgeschlagene Regelung jedenfalls einen Disincentive für betroffene Unternehmen dar.
2. Daraus folgt, dass Unternehmen von wettbewerbsfördernden Kooperationen aus Angst gegen diesen neuen Artikel zu verstoßen absehen werden. Damit würde der **europäische Markt seine innovativen Anreize verlieren** und es besteht die Gefahr, dass er von anderen weniger restriktiven Märkten überholt wird.

3. Der Vorschlag stellt die Unternehmen zudem vor ein **unüberbrückbares Hindernis**, nämlich herauszufinden, welche seiner Wettbewerber (unabhängige) FuE Anstrengungen in vergleichbaren Bereichen vornehmen oder dazu in der Lage seien und wahrscheinlich unabhängig unternehmen würden.
 - a. Hier stellt sich schon allein die Frage, **wie dies auf Basis der Beschränkungen des geltenden Wettbewerbsrechts herauszufinden ist.**
 - b. Durch die Wortfolge „oder dazu in der Lage seien und wahrscheinlich unabhängig unternehmen würden“ würde ein Wettbewerber internes, geheimes Wissen über die Strategie und zukünftige Ausrichtung seines Wettbewerbers benötigen; weiters würde ihm dann auch noch aufgebürdet werden, eine Wahrscheinlichkeitseinschätzung abzugeben.

Im Übrigen stehen dem auch Geheimhaltungsinteressen und Geheimhaltungspflichten (aus Geheimhaltungsvereinbarungen) gegenüber, sodass es aus praktischer Sicht schwer sein dürfte, herauszufinden, ob und welche Wettbewerber an gleichartigen Entwicklungen arbeiten. **Rechtlich anerkannte Geheimhaltungsinteressen bestehen auch vor dem Hintergrund des Patentschutzes (Neuheitsschädlichkeit!).**

Art. 7 Abs 2 des Entwurfes der GVO besagt, dass bei der Anwendung des Schwellenwerts des Art. 6 Abs 3 des Entwurfes - hierbei kann es sich nur um den Schwellenwert von zumindest drei vergleichbaren konkurrierenden FuE Anstrengungen handeln - für dessen Beurteilung zuverlässige Informationen heranzuziehen sind und führt Folgendes an:

- Umfang, Stand und Zeitplan der FuE Anstrengung,
- Finanziellen Ressourcen, Personalressourcen, Rechte des geistigen Eigentums, Know-How oder andere spezialisierte Vermögenswerte und die bisherigen FuE Anstrengungen Dritter (bzw. ihren Zugang dazu) sowie
- Kapazitäten Dritter zur unmittelbaren und mittelbaren Verwertung etwaiger Ergebnisse ihrer FuE Anstrengung auf dem Binnenmarkt oder die Wahrscheinlichkeit ihrer Verwertung.

Hierbei handelt es sich **fast ausschließliche um strategisch wichtige, geheime Informationen, die den Wettbewerbsvorsprung ausmachen und daher nicht öffentlich bekannt sind.** Ein direkter Austausch derartiger Informationen würde auch gegen geltendes europäisches und nationales Wettbewerbsrecht verstoßen.

4. Selbst wenn es einem Unternehmen möglich wäre, ohne Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht die nötige Information zu erhalten, um die gegenständliche FuE Kooperation ohne Verstoß gegen die vorgeschlagene Regelung durchführen zu können, gälte die Freistellung nach Art. 2 nur für die Dauer der Forschung und Entwicklung und nicht - wie bisher bei Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern üblich - auch für einen längeren Zeitraum, abhängig von den Marktanteilen. Den kooperierenden Unternehmen sollte jedoch wie bisher die Möglichkeit gegeben werden, ihre Forschungsergebnisse gemeinsam zu verwerten.
5. Zuletzt stellt sich auch die Frage, was unter vergleichbaren konkurrierenden Anstrengungen zu verstehen ist? Der Gebrauch dieses nicht weiter erläuterten Begriffs erhöht die Rechtsunsicherheit beträchtlich. Die Formulierungen „wahrscheinlich austauschbare Produkte und/oder Technologie“ tragen ebenso nicht zur Rechtssicherheit bei. In der Praxis wird es nur schwer möglich sein zu evaluieren, ob allfällige Forschungen eines Wettbewerbers wahrscheinlich austauschbar sind oder im Sinne des Art. 1 Abs 1 Ziffer 18 lit b: im Wesentlichen dieselben Ziele verfolgen.

Aus den oben angeführten Gründen wird daher angeregt, die Bestimmung des Art. 6 Abs 3 des Entwurfes der GVO und die damit verknüpften Bestimmungen (auch im Entwurf der Horizontalen Leitlinien) ersatzlos zu streichen.

Zu Kapitel 6 des Entwurfes der horizontalen Leitlinien (Informationsaustausch)

Aus der Sicht des Fahrzeugsektors wird gerade dort eine Vielzahl an Daten - stets unter Einhaltung der bestehenden datenschutzrechtlichen Bestimmungen - gesammelt. Diese werden nicht nur für Reparaturen benötigt, sondern lassen sich aus den Daten diverse Informationen für die verschiedenen Marktteilnehmer ableiten, wobei nachfolgend nur einige wenige Beispiele genannt werden:

- Anzahl und Ursache für Gewährleistungs-/Garantiefälle (Hersteller)
- Verwendung von Original- und Nachbauteilen (Aftersales Markt)
- Zustand des Fahrzeuges, Häufigkeit von Schäden (Versicherungen)

Der Datenaustausch zwischen Hersteller und selektivem Vertriebspartner ist wettbewerbsrechtlich gedeckt, wenn auch nicht konfliktfrei. Wettbewerbsrechtlich problematisch könnte in Zukunft jedoch die Kumulierung der durch Telematik in den Fahrzeugen generierten Daten (motorbezogene Daten, Daten über das Fahrverhalten, Bewegungsdaten etc.) durch einen Dritten und auf einem von diesem gewarteten Server sein (Stichwort „Datapooling“ von dritter Seite, was im Punkt 6.1, RZ 497 im Entwurf 1295 zur horizontalen Richtlinie thematisiert wird). Dies sollte seitens der Kommission ausführlicher gewürdigt werden.

Zu Punkt 9.1/Rz 543 des Entwurfes der horizontalen Leitlinien

Hier wäre es wichtig, dass öffentlicher Verkehr/public transport als Beispiel für nachhaltige Entwicklungen genannt wird. Damit würde auch die wichtige Rolle des öffentlichen Verkehrs beim Erreichen der Ziele des Green Deal unterstrichen.

Wir ersuchen um Berücksichtigung unserer Anmerkungen.

Freundliche Grüße

Dr. Rosemarie Schön
Abteilungsleiterin