
SWISS REVIEW OF INTERNATIONAL AND EUROPEAN LAW

Schweizerische Zeitschrift
für internationales und europäisches Recht
Revue suisse de droit international et européen

SWISS REVIEW OF INTERNATIONAL AND EUROPEAN LAW

Schweizerische Zeitschrift
für internationales und europäisches Recht
Revue suisse de droit international et européen

www.sri-el.ch

The Review is published quarterly by the Swiss Society of International Law (Schweizerische Vereinigung für internationales Recht/Société suisse de droit international – www.svir-ssdi.ch) and supported by the Swiss Academy of Humanities and Social Sciences. The Review is available online on www.swisslex.ch and www.heinonline.org.

BOARD OF EDITORS

Prof. Dr. Andreas Furrer, University of Lucerne (Chair; Private International Law); Prof. Dr. Daniel Girsberger, University of Lucerne (Private International Law); Prof. Dr. Christine Kaddous, University of Geneva (European Law); Prof. Dr. Robert Kolb, University of Geneva (Public International Law); Prof. Dr. Christa Tobler, University of Basel (European Law); Prof. Dr. Ursula Cassani, University of Geneva (Criminal Law); Prof. Dr. Oliver Diggelmann, University of Zurich (Public International Law)

EDITORIAL OFFICE

Dr. Lorenz Langer, Managing Editor, Kirchweg 41, 8966 Oberwil-Lieli, Switzerland,
Lorenz.Langer@sri-el.ch

RECENT DEVELOPMENTS REPORTS

Dr. Jürg Borer, Prof. Dr. Andreas Bucher, Prof. Dr. Lucius Cafilisch, Prof. Dr. Ursula Cassani, Dr. Xavier Favre-Bulle, Prof. Dr. Michael Hahn et al., Prof. Dr. Michel Hottelier, Prof. Dr. Christine Kaddous, Prof. Dr. Robert Kolb, Prof. Dr. Vincent Martenet, Dr. Thomas Mayer, Prof. Dr. Ivo Schwander, Prof. Dr. Christa Tobler

SUBMISSIONS

Please submit manuscripts electronically to the address above. Authors are requested to follow the Review's style-sheet available at www.sri-el.ch. French submissions are proofread by Dr. Maria Ludwiczak

PUBLISHER

Schulthess Juristische Medien AG, Zwingliplatz 2, Postfach, 8022 Zurich, Switzerland, Phone: +41 44 209 2919, Fax: +41 44 200 2908, zs.verlag@schulthess.com, <http://www.schulthess.com>

SUBSCRIPTIONS

Annual subscription: CHF 250 (CHF 225 for SVIR-members); single issue: CHF 71
PrintPlus: The PrintPlus subscription includes both the printed issues of the Review and digital access to its content. Annual Print Plus subscription: CHF 286 (CHF 258 for SVIR-members); for details, see www.schulthess.com.

ADVERTISEMENTS

Zürichsee Werbe AG, Pietro Stuck, Seestrasse 86, 8712 Stäfa, pietro.stuck@zs-werbeag.ch, +41 44 928 5617

TABLE OF CONTENTS

ANNUAL MEETING OF THE SWISS SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW

Editorial (Rolf H. Weber).....	193
Elements of a Legal Framework for Cyberspace (Rolf H. Weber).....	195
Multistakeholder Participation in Cyberspace (Christine Kaufmann)	217
Freedom of Expression in the Internet (Maya Hertig Randall)	235
Gouvernance d'Internet : Protection de la vie privée et des données personnelles (Bertil Cottier)	255
Jurisdiction in the Cyberspace (Edouard Treppoz)	273
Alternative Dispute Resolution in Cyberspace: The Need to Adopt Global ADR Mechanisms for Addressing the Challenges of Massive Online Micro-Justice (Jacques de Werra).....	289
State Responsibility in Digital Space (Jovan Kurbalija).....	307

RECENT PRACTICE

The Jurisprudence of the World Trade Organization in 2015 (Michael Hahn et al.)	327
Spruchpraxis zum EU-Wettbewerbsrecht (2015/2016) (Jürg Borer)	359

DOCTORAL & POST-DOCTORAL THESES

Trademarks and Brands in Merger Control: An Analysis of the European and Swiss Legal Orders (Damiano Canapa).....	373
La responsabilité civile pour les atteintes transfrontalières à l'environnement (Aurelie Planas)	376

Trademarks and Brands in Merger Control:
An Analysis of the European and Swiss Legal Orders

Damiano Canapa*

In dieser Dissertation biete ich eine Analyse der Rolle der Marken- und anderen Kennzeichenrechten auf die europäische und schweizerische kartellrechtliche Beurteilung von Fusionen. Dieses Werk ordnet sich im Bereich der Bestimmung des Verhältnisses zwischen Kartell- und Immaterialgüterrecht ein. Dieses Verhältnis wurde im Rahmen der zwei ersten Säulen des Kartellrechts – Regeln gegen unzulässige Vereinbarungen zwischen Unternehmen und Regeln gegen die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung – bereits gründlich analysiert. Trotz des hohen Stellenwerts von Immaterialgüterrechten bei Fusionen und der Tatsache, dass die Akkumulierung von solchen Rechten von Kartellbehörden seit langem als mögliches Problem erkannt wurde, wurde über den Einfluss von Immaterialgüterrechten im Rahmen der kartellrechtlichen Zusammenschlusskontrolle wenig geforscht. Die wenigen Arbeiten, welche dazu bereits erschienen sind, haben sich dabei auf die Rolle von Patenten bei der Zusammenschlusskontrolle konzentriert.

Aus kartellrechtlicher Sicht werden Zusammenschlüsse – d.h. die Fusion von zwei bisher unabhängigen Unternehmen oder der Erwerb der Kontrolle über die Gesamtheit oder über Teile von einem oder mehreren Unternehmen – von einer Behörde überprüft, wenn die beteiligten Unternehmen oder Teile davon gewisse Umsatzschwellen erreichen. Diese Überprüfung dient der Vermeidung einer dauerhaften Schädigung des Wettbewerbs.

Teil 1 der Arbeit untersucht die Rolle der Marken- und anderen Kennzeichenrechten auf die kartellrechtliche Beurteilung von Fusionen unter Europäischem Recht. Im ersten Kapitel werden die rechtlichen und ökonomischen Grundlagen des Markenschutzes und der Fusionskontrolle dargestellt. Diese Ausführungen dienen als Basis für die nachfolgende Untersuchung. Insbesondere wird anhand von Konzepten aus den Wirtschafts- und Marketingwissenschaften erläutert, warum der Besitz einer Marke Marktmacht verschaffen kann. Die Marktmacht hängt unter anderem von der Markentreue ab: eine starke Marke führt zu mehr Marktmacht. Marken können deswegen als Marktzutrittsschranken operieren; diese Bezeichnung muss aber von vornherein nicht pejorativ gedeutet werden. Zusätzliche Sonderfragen wie Markenportfolios oder must-have-Marken werden besprochen.

Das zweite Kapitel analysiert, ob und unter welchen Umständen die alleinige Übertragung einer Marke oder der alleinige Erwerb einer de facto ausschliesslichen

* Dr. iur. des., LL.M. (Bruges), LL.M. (Yale), Oberassistent Universität Zürich.

Markenlizenz als Zusammenschluss im Sinne der Europäischen Fusionskontrollverordnung zu qualifizieren ist. Ein erworbener Vermögenswert gilt als Kontrollgegenstand im Sinne von Artikel 3(1)(b) der Europäischen Fusionskontrollverordnung, wenn er als «Teil eines Unternehmens» qualifiziert werden kann, dessen Übertragung eine dauerhafte Veränderung der Kontrolle an den beteiligten Unternehmen und damit an der Marktstruktur verursacht. Dies ist u.a. der Fall, wenn dem erworbenen Vermögenswert ein Geschäftsbereich mit einem bereits existierenden Marktumsatz zugeordnet werden kann.

Obwohl das Kriterium des Geschäftsbereichs mit Marktumsatz zur Qualifizierung eines «Teils eines Unternehmens» im vorliegenden Werk ebenfalls grundsätzlich bejaht wird, schlägt der Autor zwei Ausnahmen vor. Diese Ausnahmen haben einen Bezug zur potentiellen Marktmacht von Marken, die aus dem Markenwert (brand equity) stammt. Einerseits soll ein Zusammenschluss vorliegen, wenn eine Marke übertragen wird, die aufgrund ihrer Verwendung auf einem benachbarten Markt bereits einen gewissen Markenwert hat. Andererseits soll ein Zusammenschluss gegeben sein, wenn eine Marke in der Vergangenheit auf einem Markt benutzt wurde und obwohl diese in der Zwischenzeit zurückgezogen wurde, noch ein Teil des früher geschaffenen Markenwerts besteht. In diesem Fall wird für das Vorliegen einer Meldepflicht plädiert, wenn die relevanten Umsatzschwellen in den drei Jahren nach der Fusion voraussichtlich erreicht werden. Diese Lösung hat zur Folge, dass die Kontrolllücke geschlossen wird, die aus der ungenügenden kartellrechtlichen Betrachtung der wirtschaftlichen Bedeutung von Marken mit grossem Marktpotential resultiert.

Im dritten Kapitel wird erklärt, wie der Erwerb von Markenrechten die materiellrechtliche Beurteilung von Zusammenschlüssen beeinflussen kann. Zunächst wird der Einfluss von Markenrechten auf die Definition der relevanten Märkte erläutert. Die allgemeinen Grundsätze der Marktabgrenzung werden dabei angewendet; unter Umständen können sogar die Produkte einer einzigen Marke den relevanten Produktmarkt bilden, wenn dies die Marktgegenseite so wahrnimmt. Danach wird die Rolle der Marken bei verschiedenen Bewertungskriterien besprochen: aktueller Wettbewerb, potenzieller Wettbewerb und gegenseitige Marktmacht. Zusammenfassend stellen Marken eines von verschiedenen Elementen dar, die im Rahmen einer multifaktoriellen holistischen Vorgehensweise unter Umständen bei der Beurteilung eine entscheidende Rolle spielen können. Dies ist darauf zurückzuführen, weil der Besitz wertvoller Marken starke Marktmacht verschaffen kann. Zum Beispiel hatte der Marke «Sanex» beim Zusammenschluss zwischen Unilever und Sara Lee einen massgebenden Einfluss auf den Ausgang der Untersuchung der Europäischen Kommission.

Die verschiedenen erwähnten Elemente werden anschliessend auf jede Zusammenschlusskonstellation angewendet. Der Einfluss von Marken auf horizontale, vertikale und konglomerate Zusammenschlüsse (Einzelmarktbeherrschung) sowie auf

die Beurteilung einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung und von nicht koordinierten Effekten wird jeweils separat untersucht. Einzelne Fragen wie zum Beispiel die Sanierungsfusion (*failing firm defence*), die Effizienzgewinne oder dem Verhältnis der Fusionskontrolle zur missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung werden ebenfalls berücksichtigt.

Schliesslich bespricht das vierte Kapitel die Rolle von Marken bei Abhilfemassnahmen. Abhilfemassnahmen dienen dazu einen Zusammenschluss, der zu einer dauerhaften Schädigung des Wettbewerbs führen würde, dennoch nicht zu untersagen. Zunächst wird die Rolle der Markenrechte in den verschiedenen Abhilfemassnahmen analysiert: zum einen ihre Rolle in strukturbezogenen Abhilfemassnahmen (Veräusserungszusagen, Zerschlagung von Bindungen zu Mitbewerbern und quasi-strukturbezogene Abhilfemassnahmen – wie zum Beispiel ein Markenwechsel) und zum anderen bei Verhaltenszusagen. Nachfolgend wird eine Untersuchung jeder Zusammenschlusskonstellation vorgenommen. Markenrechte können kartellrechtliche Probleme lösen, indem sie Überschneidungen zwischen den beteiligten Unternehmen beseitigen, das Entstehen eines lebens- und wettbewerbsfähigen Wettbewerbers bewirken und den Zugang zu den Märkten öffnen. Zum Beispiel kann eine starke Marke ein wichtiger Bestandteil einer Veräusserung bilden.

Die Schlussfolgerung des ersten Teils, die auf der Auswertung von zahlreichen Behörden- und Gerichtsentscheiden basiert, ist, dass die Europäischen Kartellbehörden die Bedeutung der Markenrechte allgemein angemessen berücksichtigen, auch wenn einige Aspekte verbessert werden könnten.

Die Frage der Rolle der Markenrechte auf die kartellrechtliche Beurteilung von Fusionen im Schweizerischen Recht wird im zweiten Teil der Arbeit untersucht. Die drei Hauptkapitel dieses Teils beinhalten (i) die Voraussetzungen, unter welchen die Übertragung oder Lizenzierung einer Marke als Zusammenschluss zu qualifizieren ist, (ii) in welchem Masse der Erwerb von Markenrechten einen Einfluss auf die materiell-rechtliche Beurteilung von Zusammenschlüssen haben kann und (iii) die Rolle von Marken bei Abhilfemassnahmen. Zahlreiche Verweise werden auf den ersten Teil der Arbeit gemacht, jedoch werden die Einzelheiten des Schweizerischen Rechts besonders berücksichtigt. Insbesondere steht die Praxis der Schweizerischen Wettbewerbskommission im Zentrum der Analyse. Die meisten Erkenntnisse des Europäischen Rechts sind *mutatis mutandis* auf das Schweizerische Recht anwendbar. Allerdings würde die Praxis der Schweizerischen Wettbewerbskommission durch eine eingehendere Berücksichtigung der Markenrechte sicherlich an Klarheit und Genauigkeit gewinnen.

Doctoral Thesis, University of Zurich (Issekutz Preis 2015, Fakultätspreis der Rechtswissenschaftlichen Fakultät 2016); International Competition Law Series Volume 67, Wolters Kluwer 2016, xxviii + 352 p. ISBN 978 90 411 6717 0.