

Recht und Politik des Wettbewerbs	RPW
Droit et politique de la concurrence	DPC
Diritto e politica della concorrenza	DPC

2017/2

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:
BBL
Vertrieb Bundespublikationen
CH-3003 Bern

www.bundespublikationen.admin.ch

Preis Einzelnummer:
CHF 30.-
Preis Jahresabonnement:
CHF 120.- Schweiz
CHF 120.- Ausland (portofrei)
(Form: 727.000.17/2)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la
concurrence
CH-3003 Berne
(Editeur)

Diffusion:
OFCL
Diffusion publications
CH-3003 Berne

www.publicationsfederales.admin.ch

Prix au numéro:
CHF 30.-
Prix de l'abonnement annuel:
CHF 120.- Suisse
CHF 120.- étranger (franco de port)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della
concorrenza
CH-3003 Berna
(Editore)

Distribuzione:
UFCL
Distribuzione pubblicazioni
CH-3003 Berna

www.pubblicazionifederali.admin.ch

Prezzo per esemplare:
CHF 30.-
Prezzo dell'abbonamento:
CHF 120.- Svizzera
CHF 120.- estero (porto franco)

Recht und Politik des Wettbewerbs	RPW
Droit et politique de la concurrence	DPC
Diritto e politica della concorrenza	DPC

2017/2

Publikationsorgan der schweizerischen Wettbewerbsbehörden. Sammlung von Entscheidungen und Verlautbarungen zur Praxis des Wettbewerbsrechts und zur Wettbewerbspolitik.

Organe de publication des autorités suisses de concurrence. Recueil des décisions et communications sur le droit et la politique de la concurrence.

Organo di pubblicazione delle autorità svizzere in materia di concorrenza. Raccolta di decisioni e comunicazioni relative al diritto e alla politica della concorrenza.

Juli/juillet/luglio 2017

Systematik	A Tätigkeitsberichte A 1 Wettbewerbskommission A 2 Preisüberwacher B Verwaltungsrechtliche Praxis B 1 Sekretariat der Wettbewerbskommission 1 Vorabklärungen 2 Empfehlungen 3 Stellungnahmen 4 Beratungen 5 BGBM B 2 Wettbewerbskommission 1 Vorsorgliche Massnahmen 2 Untersuchungen 3 Unternehmenszusammenschlüsse 4 Sanktionen gemäss Artikel 50 ff. KG 5 Andere Entscheide 6 Empfehlungen 7 Stellungnahmen 8 BGBM 9 Diverses B 3 Bundesverwaltungsgericht B 4 Bundesgericht B 5 Bundesrat B 6 Preisüberwacher B 7 Kantonale Gerichte B 8 Bundesstrafgericht C Zivilrechtliche Praxis C 1 Kantonale Gerichte C 2 Bundesgericht D Entwicklungen D 1 Erlasse, Bekanntmachungen D 2 Bibliografie E Diverses
-------------------	---

Systématique	A Rapports d'activité A 1 Commission de la concurrence A 2 Surveillance des prix B Pratique administrative B 1 Secrétariat de la Commission de la concurrence 1 Enquêtes préalables 2 Recommandations 3 Préavis 4 Conseils 5 LMI B 2 Commission de la concurrence 1 Mesures provisionnelles 2 Enquêtes 3 Concentrations d'entreprises 4 Sanctions selon l'article 50 ss LCart 5 Autres décisions 6 Recommandations 7 Préavis 8 LMI 9 Divers B 3 Tribunal administratif fédéral B 4 Tribunal fédéral B 5 Conseil fédéral B 6 Surveillant des prix B 7 Tribunaux cantonaux B 8 Tribunal pénal fédéral C Pratique des tribunaux civils C 1 Tribunaux cantonaux C 2 Tribunal fédéral D Développements D 1 Actes législatifs, communications D 2 Bibliographie E Divers
---------------------	--

Sistematica	A Rapporti d'attività A 1 Commissione della concorrenza A 2 Sorveglianza dei prezzi B Prassi amministrativa B 1 Segreteria della Commissione della concorrenza 1 Inchieste preliminari 2 Raccomandazioni 3 Preavvisi 4 Consulenze 5 LMI B 2 Commissione della concorrenza 1 Misure cautelari 2 Inchieste 3 Concentrazioni di imprese 4 Sanzioni giusta l'articolo 50 segg. LCart 5 Altre decisioni 6 Raccomandazioni 7 Preavvisi 8 LMI 9 Diversi B 3 Tribunale amministrativo federale B 4 Tribunale federale B 5 Consiglio federale B 6 Sorvegliante dei prezzi B 7 Tribunali cantonali B 8 Tribunale penale federale C Prassi dei tribunali civili C 1 Tribunali cantonali C 2 Tribunale federale D Sviluppi D 1 Atti legislativi, comunicazioni D 2 Bibliografia E Diversi
--------------------	---

Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice

2017/2

B	Verwaltungsrechtliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa	
B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
4.	Beratungen Conseils Consulenze	
	1. Beratung: Neue Statuten eines Branchenverbands	272
	2. Beratung Eishockey im Pay-TV	275
	3. Beratungsanfrage zur Meldepflicht eines französischen Gemeinschaftsunternehmens	277
B 2	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
2.	Untersuchungen Enquêtes Inchieste	
	1. VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013	279
	2. Husqvarna	284
3.	Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese	
	1. EDF/CDC/RTE (résumé)	298
	2. Post/SBB/SwissSign	299
	3. Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG	310
	4. Erwerb der gemeinsamen Kontrolle durch Cinven Capital Management (V) General Partner Limited und The Canada Pension Plan Investment Board über Travel Holdings Partner Corporation	321
	5. La Bâloise Vie SA/Pax SA de Placements	327
B 3	Bundesverwaltungsgericht Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale	
	1. Arrêt du 25 avril 2017 – Cartels – publication de la décision relative au marché du livre en français	330
	2. Urteil vom 13. April 2016 – Verfügung des Vizepräsidenten der Wettbewerbskommission vom 8. August 2014	338
B 4	Bundesgericht Tribunal fédéral Tribunale federale	
	1. Urteil vom 28. Juni 2016 Colgate-Palmolive Europe Sàrl (ehemals Gaba International AG) gegen Wettbewerbskommission – Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2013	344
	2. Urteil vom 4. April 2017 Gebro Pharma GmbH gegen Wettbewerbskommission – Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2013	365
D	Entwicklungen Développements Sviluppi	
D 1	Erlasse, Bekanntmachungen Actes législatifs, communications Atti legislativi, comunicazioni	
	1. Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek) – Beschluss der Wettbewerbskommission vom 28. Juni 2010 (Stand am 22. Mai 2017)	369
	2. Communication concernant l'appréciation des accords verticaux (Communication sur les accords verticaux, CommVert) – Décision de la Commission de la concurrence du 28 juin 2010 (état au 22 mai 2017)	376
	3. Comunicazione sulla valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza (Comunicazione sugli accordi verticali, ComVert) – Decisione della Commissione della concorrenza del 28 giugno 2010 (Stato 22 maggio 2017)	382
	4. Erläuterungen der Wettbewerbskommission zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (VertBek-Erläuterungen) vom 12. Juni 2017	388
	5. Note explicative de la Commission de la concurrence sur la Communication concernant l'appréciation des accords verticaux (Note explicative CommVert) du 12 juin 2017	393

6. Opuscolo esplicativo della Commissione della concorrenza relativo alla Comunicazione sulla valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza (Opuscolo esplicativo (ComVert) del 12 giugno 2017	398
Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	403
Index (deutsch, français e italiano)	405

B **Verwaltungsrechtliche Praxis** **Pratique administrative** **Prassi amministrativa**

B 1 **Sekretariat der Wettbewerbskommission** **Secrétariat de la Commission de la concurrence** **Segretaria della Commissione della concorrenza**

B 1	4. Beratungen Conseils Consulenze
B 1.4	1. Beratung: Neue Statuten eines Branchenverbands

I. Sachverhalt und Fragestellung

1. Die Vereinigung [Name], welche ein Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB sei, wolle an der Generalversammlung vom [...] die als Entwurf eingereichten Statuten (nachfolgend: Entwurf Statuten) zu ihren neuen Statuten machen. Der Entwurf lautet wie folgt:

I. Name und Sitz

Art. 1

Name 1 Unter dem Namen [...], nachstehend [Vereinigung] genannt, besteht ein Verein im Sinne der Art. 60 ff ZGB.

Sitz 2 Die [Vereinigung] hat ihren Sitz am Domizil der Geschäftsstelle.

II. Zweck

Art. 2

Zweck Die [Vereinigung] bezweckt die Wahrung und Förderung der Interessen ihrer Mitglieder und [des Wirtschaftszweigs] im allgemeinen, insbesondere auf technischem Gebiet und in der Öffentlichkeitsarbeit, durch Vertretung der Interessen [der Unternehmen des Wirtschaftszweigs] bei den Behörden, in der Öffentlichkeit und bei den Wirtschaftsverbänden des In- und Auslandes.

III. Organisation

Art. 3

Organe Die Organe der [Vereinigung] sind:

1. Die Generalversammlung
2. Der Vorstand
3. Die Fachausschüsse
4. Die Kontrollstelle

Art. 4

Die Generalversammlung

[...]

Art. 5

Der Vorstand

[...]

Art. 6

Die Fachausschüsse

Grundsatz

1 Die Generalversammlung ernennt Fachausschüsse für verschiedene im Interesse der Vereinigung liegende Aufgabenbereiche, die mit der Auftragserteilung umschrieben werden. Die Fachausschüsse können permanent oder für Einzelaufgaben eingesetzt werden. Sie unterstehen dem Vorstand, der auch die nicht permanenten Fachausschüsse nominiert.

Art. 7

Fachausschüsse

1 In die Fachausschüsse kann jede Mitgliedfirma einen geeigneten Vertreter abordnen. Die Fachausschüsse konstituieren sich selber.

2 Ihre Aufgaben werden ihr von der Generalversammlung und vom Vorstand übertragen.

[...]

IV. Mitgliedschaft

Art. 9

Kreis der Mitglieder

1 Der [Vereinigung] können Firmen angehören, die [in dem bestimmtem Wirtschaftszweig tätig sind] und die die vorliegenden Statuten sowie allfällige aufgrund derselben erlassenen Reglemente oder Verbandsbeschlüsse als verbindlich anerkennen.

Zudem können als Patronatsmitglieder Einzelpersonen, Firmen und Organisationen aufgenommen werden, die mit [dem bestimmten Wirtschaftszweig] verbunden sind.

Beitritte 2 Beitrittsgesuche sind dem Vorstand schriftlich einzureichen. Über die definitive Aufnahme entscheidet die Generalversammlung, wobei auch Zirkulationsbeschlüsse möglich sind.

Patronatsmitglieder werden durch den Vorstand aufgenommen.

[...]

Art. 12

Ordentlicher Jahresbeitrag

1 Der ordentliche Jahresbeitrag wird zur Finanzierung des von der Generalversammlung alljährlich beschlossenen Budgets nach Massgabe der [Anlagengrösse der Mitgliedsfirmen] ermittelt. Dabei werden 4 Beitragskategorien gebildet:

[unterschiedliche Anlagengrössenkategorien]

[...].

Art. 14

Beiträge der Patronatsmitglieder

1 Die Jahresbeiträge der Patronatsmitglieder werden vom Vorstand – nach Kategorien – als Pauschalbeitrag bestimmt.

[...]

2. [Die Vereinigung möchte wissen, ob dieser Statutenentwurf mit dem Kartellgesetz vereinbar ist].

II. Beurteilung

3. Das KG gilt gemäss Art. 2 Abs. 1 KG nur für „Unternehmen“. Nach Art. 2 Abs. 1^{bis} KG gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess als Unternehmen. Ein Verein wie die [Vereinigung] kann dementsprechend nicht ohne Weiteres als Unternehmen qualifiziert werden, denn Vereine sind oftmals nicht als selbständige Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess tätig.¹ Ob vorliegend die [Vereinigung] als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG anzusehen ist, kann wegen mangelnder Angaben in der Beratungsanfrage betreffend die konkrete Tätigkeit der [Vereinigung] nicht beurteilt werden.

4. Zu beachten ist jedoch Folgendes: Ausweislich des eingereichten Statutenentwurfs soll die [Vereinigung] insbesondere von Firmen, welche [bestimmte Waren und Dienstleistungen] anbieten, getragen werden (siehe Art. 9 Abs. 1 Entwurf Statuten). Darüber hinaus erlaubt Art. 9 Entwurf Statuten die Aufnahme von Firmen, welche „mit [dem bestimmten Wirtschaftszweig] verbunden sind“ („Patronatsmitglieder“). Sowohl die [Vereinigungsmitglieds]-firmen als auch die Patronatsmitglieder können für diese Beratungsanfrage als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG angesehen werden. Denn sie bieten [bestimmte Waren und Dienstleistungen] oder damit verbundene Aufgaben wie z. B. die Lieferung von Grundstoffen, welche für die Erbringung von [bestimmten Waren und Dienstleistungen] benötigt werden, im Wirtschaftsprozess an.² Im Folgenden kann damit immerhin geprüft werden, ob die [Vereinigungs]-Mitgliedsfirmen durch die Annahme des Entwurfs der [Vereinigungs]-Statuten gegen das Kartellrecht verstossen könnten.

5. Als unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen verbietet das KG unzulässige Wettbewerbsabreden (Art. 5 KG) sowie den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 7 KG). Vor diesem Hintergrund erscheint der vorgelegte Entwurf der Statuten aufgrund seines Wortlauts grundsätzlich als kartellrechtskonform. Allerdings sind die folgenden drei Aspekte zu betonen:

6. Gemäss Art. 12 Entwurf Statuten sind für die Höhe der jeweiligen Mitgliedsbeiträge derjenigen [Vereinigungs]-Mitglieder, welche [in einem bestimmten Wirtschaftsbe- reich] tätig sind, [ein bestimmter Aspekt der Anlagengrösse] massgeblich. Damit führt Art. 12 Entwurf Statuten zu einem Austausch von solchen Informationen, welcher für die Beurteilung der Produktionsfähigkeit und Kapazitäten von konkurrierenden Unternehmen eine Rolle spielen kann. Der Austausch von Informationen betreffend die Produktionsfähigkeit und Kapazitäten zwischen Konkurrenten ist – allgemein gesprochen – vor allem mit Blick auf Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG nicht unproblematisch, da hinter einem solchen Austausch auch eine unzulässige Wettbewerbsabrede betreffend Produktions- und Liefermengen stehen könnte. Vorliegend ist der Austausch betreffend [ein bestimmter Aspekt der Anlagengrösse] jedoch nicht zu beanstanden, da sich aus dem Entwurf der Statuten eine solche Zwecksetzung nicht ergibt und [der massgebliche Aspekt der Anlagengrösse] ohnehin öffentlich bekannt ist.³

7. Der Umstand, dass die [Vereinigung] gemäss Art. 9 Entwurf Statuten sogenannte „Patronatsmitglieder“ aus dem Zulieferer- und Kundenbereich der [Unternehmen] haben kann, ist für sich genommen nicht kartellrechtswidrig. Die [Vereinigungs]-Mitgliedsunternehmen sollten bei der Entscheidung über die Aufnahme oder die Ablehnung von Patronatsmitgliedern gemäss Art. 9 Abs. 2 Entwurf Statuten jedoch stets diskriminierungsfrei handeln, und zwar sowohl im Hinblick auf die Aufnahme oder Ablehnung an sich sowie bezüglich der Höhe des zu entrichtenden Mitgliedsbeitrags. Zudem sollten die [Mitgliedsunternehmen] den Wettbewerb nicht dadurch beschränken, dass sie Geschäfte mit Zuliefer- oder Abnehmerunternehmen, welche nicht Patronatsmitglieder sind, mit der Begründung ablehnen, dass es an der Patronatsmitgliedschaft fehle. Massgeblich für die geschäftliche, unternehmensindividuelle Entscheidung der [Mitgliedsunternehmen] muss stets die Attraktivität des Angebots bzw. der Nachfrage sein.

8. Die Wettbewerbsbehörden haben wiederholt festgestellt, dass bei einer Zusammenarbeit im Rahmen von Verbänden das Risiko besteht, dass die beteiligten Unternehmen unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen begehen.⁴ Denn im Rahmen von Verbänden kommen unter Umständen alle wichtigen Konkurrenten eines Wirtschaftsbereichs zusammen, was die Bildung von Kartellen begünstigen kann. Ein solches Zusammenkommen

¹ Vgl. RPW 2012/4, 823, Rz 45, *Vertrieb von Musik*; RPW 2000/2, 172 Rz 26 f., *Association fribourgeoise des écoles de circulation*; siehe dazu auch VINCENT MARTENET/PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2013, Art. 2 N 24.

² Vgl. [die Internetpräsenz der Vereinigung].

³ Vgl. die Internetpräsenzen der Unternehmen.

⁴ Siehe Nachweise in Fn 1 sowie z. B. auch RPW 2008/1, 85 ff., *Strassenbeläge Tessin*.

ermöglicht auch der vorliegende Statutenentwurf, wonach sich die Mitgliedsunternehmen bei Generalversammlungen (Art. 4 Entwurf Statuten), Vorstandssitzungen (Art. 5 Entwurf Statuten) sowie Fachausschusssitzungen (Art. 6 Entwurf Statuten) treffen können. Das Kartellrecht erfordert, dass diese Sitzungen nicht als „Plattformen“ genutzt werden, auf denen die [Vereinigungs]-Mitgliedsunternehmen unter dem Deckmantel der Vereinstätigkeit über unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen (wie z. B. Wettbewerbsabreden über die Preissetzung oder Gebietszuteilungen) beraten und entscheiden sowie wettbewerbsrelevante Informationen (z.B. unternehmensindividuelle Preisinformationen) austauschen. Dies gilt insbesondere, da aus Art. 9 Abs. 1 Entwurf Statuten ausdrücklich hervorgeht, dass Beschlüsse der Organe für alle Mitglieder „verbindlich“ sind.

III. Fazit

9. Zusammenfassend gilt Folgendes: Gemäss Art. 2 Abs. 1 KG gilt das KG nur für „Unternehmen“. Mit Blick auf die von Ihnen geschilderten Umstände lässt sich nicht beurteilen, ob die [Vereinigung] als Unternehmen im Sinne des KG zu qualifizieren ist. Daher wurde mit dieser Beratungsanfrage einzig geprüft, ob die Mitgliedsunternehmen der [Vereinigung] durch die Annahme der Statuten gegen das KG verstossen könnten.

10. Die Annahme des vorgelegten Entwurfs der Statuten stellt keinen Kartellrechtsverstoss dar. Zu betonen ist aber, dass die [Vereinigungs]-Mitgliedsunternehmen die Statuten kartellrechtskonform anzuwenden haben. Dies

beinhaltet vorliegend insbesondere, dass sie sich in Bezug auf Patronatsmitglieder nicht kartellrechtswidrig verhalten und die Gremien der [Vereinigung], wie etwa die Fachausschüsse nach Art. 6 f. Entwurf Statuten, nicht als „Plattformen“ für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen missbrauchen dürfen.

IV. Vorbehalte und Kosten

11. Die vorliegende Beurteilung beruht einzig auf den von Ihnen gemachten Angaben; zusätzliche oder abweichende tatsächliche Gegebenheiten können zu einer anderen Beurteilung führen. Wir weisen Sie zudem darauf hin, dass das vorliegende Schreiben die Einschätzung des Sekretariats wiedergibt und die Wettbewerbskommission dadurch nicht gebunden wird.

12. Wie wir Ihnen in unserer Eingangsbestätigung bereits mitgeteilt haben, sind Beratungen durch das Sekretariat kostenpflichtige Dienstleistungen (Art. 53a Abs. 1 Bst. c KG und Art. 1 Abs. 1 Bst. d und Art. 2 Abs. 1 der Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz [Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2]). Gemäss Artikel 4 GebV-KG bemisst sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand, wobei ein Stundenansatz von 100 bis 400 Franken gilt. Im vorliegenden Fall beträgt der Stundenansatz 200 Franken. Der Zeitaufwand betrug total [...] Stunden. Daraus resultiert ein Rechnungsbetrag von [...] Franken.

[...]

B 1.4

2. Beratung Eishockey im Pay-TV**I. Sachverhalt**

1. Der Beratungsanfrage wird folgender Sachverhalt zugrunde gelegt:

2. Gemäss öffentlich verfügbaren Informationen hat die UPC Schweiz GmbH (nachfolgend: UPC) 2016 von der Swiss Ice Hockey Federation (nachfolgend: SIHF) für 5 Jahre die alleinigen Schweizer Eishockeyübertragungsrechte für Ligaspiele ab der Saison 2017/18 erworben. UPC ist entsprechend alleinige Lizenz-Vertragspartnerin der SIHF. Die von UPC erworbenen Schweizer Eishockeyübertragungsrechte sind exklusiv und beinhalten sowohl die Free-TV als auch die Pay-TV Rechte. Die Schweizer Eishockeyübertragungsrechte sollen mittels des UPC Sportsenders MySports verwertet und vermarktet werden. Der Sportsender soll ab Sommer 2017 ausgestrahlt werden. Im Rahmen von MySports sollen zunächst mindestens 5 Kanäle bestehend aus einem Basic-Kanal und Premium-Kanälen angeboten werden. Der Basic-Kanal soll im TV-Grundangebot enthalten sein. Daneben soll die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft in einem ähnlichen Rahmen wie bisher im Free TV über das Schweizer Eishockey berichten. Die umfassende Eishockeyliga-Live-Berichterstattung erfolgt ausschliesslich im Pay-TV. Hierzu werden MySports Premium-Kanäle angeboten. Für diese müssen von den Fernsehzuschauern Zusatzabonnemente gelöst werden.

3. MySports soll schweizweit durch UPC und die im Branchenverband Suissedigital zusammengeschlossenen Kabelnetzbetreiber als Distributionspartner verbreitet werden. Bereits im Juli 2016 schloss UPC nach eigenen Medienmitteilungen mit 14 Mitgliedern des Verbands Suissedigital Verbreitungsverträge für MySports ab. Die Suissedigital-Partner sollen zusammen auch einen entsprechenden Anteil der Kosten tragen [...]. Darüber hinaus verfügen die Suissedigital-Partner gemäss eigenen Angaben über Mitspracherechte. Ob und in welchem genauen Umfang die Kabelnetzbetreiber über die gemeinsame Verbreitung von MySports hinaus in der Content-Akquisition und der Programmgestaltung zusammenarbeiten, ist nicht öffentlich bekannt. Vor dem Hintergrund, dass MySports im Sommer 2017 auf Sendung gehen soll, wurde bereits heute mit der Vermarktung von MySports und dessen Content begonnen. So führt UPC etwa ein Gewinnspiel durch, bei welchem die Teilnehmer nach Registrierung ein Jahresabonnement für das MySports Premium Angebot gewinnen können.

4. [...]

5. [...]

6. [...]

7. [...]

II. Fragestellung

8. Vor dem Hintergrund des vorangehend geschilderten Sachverhalts werden folgende Fragen zur Beurteilung unterbreitet:

- i. Kann das Sekretariat bestätigen, dass UPC nach Massgabe der jüngsten, insbesondere in der Verfügung Sport im Pay-TV entwickelten Praxis der Wettbewerbsbehörden durch die exklusiv erworbenen Übertragungsrechte für Schweizer Eishockey ab der Saison 2017/18 auf dem Bereitstellungs-markt für Schweizer Pay-TV Eishockeyübertragungen marktbeherrschend ist?
- ii. Kann das Sekretariat bestätigen, dass UPC deshalb verpflichtet ist, nicht nur den Mitgliedern von Suissedigital, sondern auch [...] allen anderen TV-Plattformen bzw. deren Betreibern unverzüglich und zu nicht-diskriminierenden Bedingungen eine Offerte für den gleichwertigen Zugang zu MySports bzw. den Schweizer Eishockeyübertragungen zu unterbreiten?

III. Beurteilung

9. Die WEKO hat sich im Rahmen der Untersuchung Sport im Pay-TV¹ eingehend mit der vorliegend relevanten Thematik auseinandergesetzt. Sie ist dabei zum Schluss gekommen, dass im Rahmen der Wertschöpfungskette der Übertragung von TV-Inhalten Bereitstellungsmärkte abzugrenzen sind, auf welchen sich TV-Programmveranstalter und TV-Plattformanbieter gegenüberstehen.² Die WEKO hat in der Folge geprüft, ob dieser Markt aus Sicht der Nachfrager, d.h. der TV-Plattformanbieter, weiter unterteilt oder breiter gefasst werden muss. Dazu wurden mögliche Substitutionsbeziehungen mit verschiedenen anderen TV-Inhalten (Spielfilme, Fernsehserien, verschiedene Sportarten und Sportanlässe etc.) sowie mögliche Substitutionsbeziehungen zwischen unterschiedlichen Formen der Verbreitung (PPV und PPC sowie Free-TV und Pay-TV) untersucht.³

10. Die WEKO hat aufgrund der erhobenen Informationen festgestellt, dass Sportinhalte nicht durch andere TV-Inhalte (Spielfilme, Serien etc.) substituierbar sind.⁴ Innerhalb der Sportarten liegen zumindest für Fussball und Eishockey getrennte Märkte vor, die nicht durch andere Sportarten substituierbar sind.⁵ Es ist zudem danach zu

¹ Vgl. RPW 2016/4, 920 ff., *Sport im Pay-TV*.

² Vgl. RPW 2016/4, 970 f. Rz 402, *Sport im Pay-TV*.

³ Vgl. RPW 2016/4, 970 f. Rz 402, *Sport im Pay-TV*.

⁴ Vgl. RPW 2016/4, 971 f. Rz 406 ff., *Sport im Pay-TV*.

⁵ Vgl. RPW 2016/4, 973 f. Rz 424 ff. und 976 f. Rz 449 ff., *Sport im Pay-TV*.

unterscheiden, ob ein Einzelereignis oder ein Ligaprodukt, d.h. mehrere Einzelereignisse zu einer Meisterschaft über eine ganze Saison zusammengefasst, übertragen wird.⁶ Schliesslich ergab sich auch eine Abgrenzung zwischen Schweizer und ausländischen Ligen sowie zwischen Pay-TV und Free-TV.⁷ Im vorliegend relevanten Zusammenhang hat die WEKO entsprechend einen nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV abgegrenzt.⁸

11. Es ist nicht davon auszugehen, dass sich das Nachfrageverhalten und damit die Substituierbarkeit in der Zwischenzeit massgeblich verändert haben – zumindest liegen dem Sekretariat keine entsprechenden Hinweise vor. Es ist daher für die Beantwortung der Beratungsanfrage von der von der WEKO im Verfahren Sport im Pay-TV vorgenommenen Marktabgrenzung auszugehen.

12. Entsprechend der Sachverhaltsdarstellung in der Beratungsanfrage ist davon auszugehen, dass UPC für 5 Jahre die alleinigen Schweizer Eishockeyübertragungsrechte für Ligaspiele ab der Saison 2017/18 erworben hat. Zwar wurden die Rechte für die Übertragung der Schweizer Eishockey- und Fussballmeisterschaften ab Saison 2017/18 an zwei unterschiedliche Erwerber vergeben – dies im Gegensatz zur von der WEKO beurteilten Situation. Allerdings bestehen keinerlei Hinweise, dass dieser Umstand zu einer massgeblichen Disziplinierung führen würde, insbesondere da von getrennten Bereitstellungsmärkten für Fussball und Eishockey auszugehen ist. Somit ist UPC im nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV bereits heute für die Spiele der Saison 2017/18 bis 2021/22 als marktbeherrschend zu qualifizieren. Die erste Frage des Beratungersuchens ist damit zu bejahen.

13. Infolge Marktbeherrschung ist die Wirtschafts- bzw. Vertragsfreiheit von UPC durch Art. 7 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) eingeschränkt. Marktbeherrschende Unternehmen dürfen insbesondere, vorbehaltlich eines Rechtfertigungsgrundes, Geschäftsbeziehungen nicht verweigern (Art. 7 Abs. 2 Bst a KG) und Handelspartner nicht diskriminieren (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG).

14. Aufgrund ihrer Marktbeherrschung ist UPC daher grundsätzlich verpflichtet, auf Anfrage auf dem Bereitstellungsmarkt allen anderen TV-Plattformen bzw. deren Betreibern zu nicht-diskriminierenden Bedingungen eine Offerte für den gleichwertigen Zugang zu den Schweizer Eishockeyübertragungen zu unterbreiten.⁹ Vorbehaltlich eines Rechtfertigungsgrundes ist die Verweigerung einer Offerte gegenüber anderen TV-Plattformen damit als Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst a KG) zu qualifizieren.

15. Wie die WEKO bereits im Rahmen der Untersuchung Sport im Pay-TV festgestellt hat, dürften dabei auch vorliegend insbesondere keine technischen Gründe zur Rechtfertigung einer Verweigerung oder Diskriminierung bestehen.¹⁰

16. Es ist davon auszugehen, dass auch eine bewusste zeitliche Verzögerung der Angebotsunterbreitung einen

Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung im Sinne einer Diskriminierung (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG) darstellen würde. Es dürfte sich eine massgeblicher Wettbewerbs-effekt ergeben, wenn gewisse TV-Plattformen die Übertragung von Schweizer Eishockey erst später, beispielsweise erst kurz vor Saisonstart, vermarkten könnten. Bis dahin könnte sich bereits ein für den Plattformmarkt wettbewerbsrelevanter Teil der Endkunden für einen Plattformwechsel entschieden haben. Die Angebotsunterbreitung (unter Voraussetzung einer tatsächlich erfolgten Anfrage) hat daher unverzüglich zu erfolgen.

17. [...]

IV. Fazit

18. Aufgrund des in der Beratungsanfrage dargelegten Sachverhalts ist davon auszugehen, dass UPC ab der Saison 2017/18 auf dem nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV marktbeherrschend sein wird bzw. für die fragliche Rechteperiode bereits heute marktbeherrschend ist.

19. Als Marktbeherrscherin verhält sich UPC unzulässig im Sinne von Art. 7 KG, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt, sei dies durch Verweigerung von Geschäftsbeziehungen oder durch Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen. UPC ist daher grundsätzlich verpflichtet, nicht nur den Mitgliedern von Suissedigital, sondern auch [...] allen anderen TV-Plattformen bzw. deren Betreibern auf Anfrage unverzüglich und zu nicht-diskriminierenden Bedingungen eine Offerte für den gleichwertigen Zugang zu MySports bzw. den Schweizer Eishockeyübertragungen zu unterbreiten.

⁶ Vgl. RPW 2016/4, 972 f. Rz 417 ff., *Sport im Pay-TV*.

⁷ Vgl. RPW 2016/4, 974 f. Rz 430 ff. und 975 f. Rz 439 ff., *Sport im Pay-TV*.

⁸ Vgl. RPW 2016/4, 983 Rz 496, *Sport im Pay-TV*.

⁹ Vgl. RPW 2016/4, 998 ff. Rz 615 ff. und 1011 ff. Rz 721 ff., *Sport im Pay-TV*.

¹⁰ Vgl. RPW 2016/4, 1006 ff. Rz 679 ff. und 1013 ff. Rz 751 ff., *Sport im Pay-TV*.

B 1.4	3. Beratungsanfrage zur Meldepflicht eines französischen Gemeinschaftsunternehmens
-------	---

I. Sachverhalt

1. Gemäss Ihrer Beratungsanfrage beabsichtigen die Gesuchsteller aus der Finanzbranche, in Frankreich ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen (nachfolgend: GU) in Form einer Aktiengesellschaft nach französischem Recht zu gründen und hierfür gemeinsam eine einmalige Investition über [...] EUR zu tätigen. Über diese Investition hinaus beabsichtigen die Gesuchsteller weder Geschäftsbetriebe, noch Produktionsanlagen, Know-how oder Personal in das GU einfließen zu lassen.¹

2. Das Ziel des GU sei es, kleinen und mittelständischen Unternehmungen (nachfolgend: KMUs) „eine post-trade Blockchain-Infrastruktur für börsennotierte und nicht börsennotierte Wertpapiere in den Euronext-Märkten (Frankreich, Portugal, die Niederlande und Belgien) sowie allfälligen weiteren europäischen Märkten zur Verfügung stellen.“² Dadurch sollen einerseits KMUs durch die Senkung der Transaktionskosten einen einfacheren Zugang zu finanziellen Mitteln auf den Kapitalmärkten erhalten, andererseits post-trade Operationen ausgebaut und rationalisiert werden, indem die Registrierung von Wertpapieren vereinfacht und eine Transaktionsabwicklung in Echtzeit ermöglicht werde.³

II. Ihre Anfrage

3. Die Gesuchsteller ersuchen das Sekretariat zu bestätigen, dass die geplante Transaktion die gesetzlichen Voraussetzungen aus Art. 4 Abs. 3 KG und Art. 2 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) nicht erfüllt.

III. Beurteilung

4. In Bezug auf die räumliche Anwendbarkeit des Kartellgesetzes besagt das in Art. 2 Abs. 2 KG formulierte Auswirkungsprinzip, dass das Kartellgesetz auf Sachverhalte anwendbar ist, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden.⁴ Im Zusammenhang mit GU vertreten die Wettbewerbsbehörden die Auffassung, „dass die Meldepflicht mangels Auswirkungen auf die Schweiz (Art. 2 KG) ausnahmsweise dann nicht besteht, wenn das GU einerseits weder Aktivitäten noch Umsätze in der Schweiz aufweist (d.h. insbesondere keine Lieferungen in die Schweiz tätigt) und andererseits solche Aktivitäten oder Umsätze in der Schweiz auch zukünftig weder geplant noch zu erwarten sind.“⁵ Gemäss Ihrer Anfrage planen die Gesuchsteller, ein GU in Form einer Aktiengesellschaft in Frankreich nach französischem Recht zu gründen. Auf der Basis der Beratungsanfrage kann nicht beurteilt werden, ob das GU künftig Aktivitäten oder Umsätze in der Schweiz aufweisen wird. Dennoch kann festgehalten werden, dass der Zusammenschluss unter den genannten Voraussetzungen keiner Meldepflicht untersteht. Für den Fall, dass die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes dennoch gegeben wäre, soll geprüft werden, ob die Transaktion materiell einen

Zusammenschluss i.S. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 VKU darstellt.

5. Als Unternehmenszusammenschluss gilt jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG). Gründen zwei oder mehr Unternehmen ein Unternehmen, das sie gemeinsam kontrollieren wollen, so liegt ein Unternehmenszusammenschluss vor, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (Art. 2 Abs. 2 VKU).

6. Besteht der in Frage stehende Zusammenschluss aus einer Transaktion, in welcher ein GU i.S. Art. 2 Abs. 2 VKU neu gegründet wird, stellt dies grundsätzlich nur dann einen Zusammenschluss i.S. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar, wenn in dieses neue GU Geschäftstätigkeiten mindestens eines der Gründerunternehmen einfließen.⁶ Besteht die Leistung der Parteien jedoch alleine daraus, dass sie Kapital in das GU einbringen, war nach bisheriger Lehre der Tatbestand des Zusammenschlusses i.S. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG nicht erfüllt.⁷ Eine Ausnahme hiervon hat die WEKO für die Gründung eines GU im Finanzdienstleistungssektor formuliert. Selbst wenn sich die Leistungen der Parteien auf die Einbringung von Kapital beschränken, kann dennoch ein Zusammenschluss vorliegen, wenn es sich um ein Unternehmen in der Finanzdienstleistungsbranche handelt und das Kapital als Mittel für die Geschäftstätigkeit verwendet wird.⁸ In der Lehre wird zu Recht darauf hingewiesen, dass es eine „sehr weitreichende Auslegung darstellen würde, den Begriff Einfließen von Geschäftstätigkeiten in Art. 2 Abs. 2 VKU auch noch auf blosses Finanzpotenzial zu beziehen. Die Abgrenzung in Art. 2 Abs. 2 VKU wäre nahezu bedeutungslos, weil die Voraussetzung in jedem Fall erfüllt wäre.“⁹ Es ist daher entscheidend, dass das Einbringen

¹ Ihre Beratungsanfrage, 1.

² Ihre Beratungsanfrage, Rz 1.

³ Ihre Beratungsanfrage, Rz 1.

⁴ JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 N 41 ff.

⁵ Mitteilung des Sekretariats der Wettbewerbskommission, Praxis zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen vom 25.3.2009, Rz 4.

⁶ MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 N 366.

⁷ RPW 2006/4, 678 f. Rz 18 f., GE/CSFBPE/GIMP.

⁸ RPW 2008/1, 124 Rz 17, Joint Venture: General Electric Company/Credit Suisse Private Equity, Inc./Mubadala Development Company PJSC; RPW 2006/4, 679 Rz 19, GE/CSFBPE/GIMP; RPW 2005/2, 360 Rz 22 ff., Cashgate/Zürcher Kantonalbank, Graubündner Kantonalbank, Thurgauer Kantonalbank, Schwyzer Kantonalbank und Valiant Holding.

⁹ JÜRGEN BORER, Wettbewerbsrecht I, Kommentar Schweizerisches Kartellgesetz (KG) mit den Ausführungserlassen sowie einschlägigen Bekanntmachungen und Meldeformularen der WEKO, 3. Aufl. 2011, Art. 4 N 46, 65.

von Kapital nur dann ausnahmsweise genügt, wenn die oben erwähnten Voraussetzungen erfüllt sind: (1) Finanzbranche und (2) als Mittel für die Geschäftstätigkeit. Sie schreiben, „[d]ie Transaktion besteht in der Gründung eines GU, dessen Fokus es sein wird, die benötigte Blockchain-Technologie im Sinne einer Greenfield-Operation von Grund auf zu entwickeln. Keiner der Gesuchsteller beabsichtigt, Geschäftsbetriebe, Know-how oder Personal auf das GU zu übertragen. Der Beitrag der Gesuchsteller am GU wird sich strikt auf eine einmalige, gemeinsame Bareinlage von [...] EUR beschränken.“¹⁰ Dieses Kapital sei kein Mittel für die relevante Geschäftstätigkeit des GU, sondern ermögliche eine unabhängige wirtschaftliche Einheit zu errichten und eine Informatiklösung im Dienste der KMUs aufzubauen.¹¹

7. Da vorliegend die Gesuchsteller nur Kapital in das GU einbringen, das nicht als Mittel für die Geschäftstätigkeit sondern für den Aufbau einer unabhängigen wirtschaftlichen Einheit und einer Informatiklösung für die KMUs verwendet wird, sieht das Sekretariat die Voraussetzungen an das Einfließen von Geschäftstätigkeiten durch Einbringen von Kapital nicht als erfüllt an.

IV. Fazit

8. Das Sekretariat ist der Auffassung, dass es sich im vorliegenden Fall nicht um einen Zusammenschluss i.S. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 VKU handelt. Dies aus dem Grund, da sich die Gesuchsteller ausschliesslich mit Kapital an dem zu gründenden GU beteiligen werden, ohne Finanzdienstleister im Sinne der Ausnahme zu sein, und darüber hinaus keine Geschäftstätigkeiten der Gesuchsteller in das GU einfließen werden.

¹⁰ Ihre Beratungsanfrage, Rz 15.

¹¹ Ihre Beratungsanfrage, Rz 21.

B 2

Wettbewerbskommission

Commission de la concurrence

Commissione della concorrenza

B 2

2. Untersuchungen

Enquêtes

Inchieste

B 2.2

1. VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013

Verfügung vom 6. Juni 2016 in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251) betreffend VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013 wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Abs. a KG gegen AMAG Automobil- und Motoren AG, Zürich (AMAG), Utoquai 49 8003 Zürich, vertreten durch [...]

Es wird auf die Akten verwiesen und

in Erwägung,

- dass die AMAG beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) am 3. April 2013 eine Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG¹ eingereicht und diese am 4. April 2013, am 18. April 2013 und am 25. April 2013 mit ausführlichen Aussagen und Beweismitteln ergänzt hat,
- dass die AMAG in ihrer mehrfach ergänzten Selbstanzeige ausführte,
 - 1) dass sich die AMAG, die ASAG Auto-Service AG, Basel (nachfolgend: ASAG), die Autoweibel AG, Aarberg (nachfolgend: Autoweibel), die City-Garage AG, St. Gallen (nachfolgend: City-Garage) und die Garage Gautschi Holding AG, Thunstetten (nachfolgend: Garage Gautschi) über eine gemeinsame Rabattpolitik abgesprochen haben, insbesondere um Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen für Neufahrzeuge festzulegen,
 - 2) dass die oben erwähnten Unternehmen Mitglieder des Verbandes der Partner des Volkswagenkonzerns (VPVW) sind,
 - 3) dass eine Konditionenliste für Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen zur Abgabe von Erstofferten für Neufahrzeuge von Marken des Volkswagen Konzerns (nachfolgend: VW-Konzern) zwischen den Vertretern (Geschäftsführern) der oben erwähnten Unternehmen, welche gleichzeitig Vorstandsmitglieder des VPVW sind (oder im relevanten Zeitpunkt waren), namentlich den Herren [...] ([...] der AMAG RETAIL), [...] ([...] der Garage Gautschi), [...] ([...] der City-Garage), [...] ([...] der Autoweibel)

und [...] ([...] der ASAG), zwischen Februar und März 2013 vereinbart wurde,

- 4) dass vom 18. März 2013 bis am 27. März 2013 verschiedene regionale Stammtische des VPVW stattgefunden haben, die jeweils durch die oben erwähnten Herren (Punkt 3) geleitet wurden,
- 5) dass an diesen Stammtischen eine PowerPoint-Präsentation gehalten wurde, in welcher unter dem Stichwort „Projekt Repo 2013“ die Ziele in Bezug auf die angestrebte Rabattpolitik, die Gewährung von Preisnachlässen und die Verrechnung von Ablieferungspauschalen der oben erwähnten Unternehmen vorgestellt wurden,
- 6) dass Kopien der vereinbarten Konditionenliste anlässlich dieser Stammtische teilweise während der Präsentation an die Stammtischteilnehmer verteilt oder nachträglich verschickt wurden,
- 7) dass Herr [...] (Präsident des VPVW) am 26. März 2013 per E-Mail die Vorstandsmitglieder des VPVW aufforderte, „im Rahmen der Stammtische hinsichtlich der Rabatte keine Absprachen zu tätigen und keinen diesbezüglichen Druck aufzubauen“,
- 8) dass die Geschäftsleitung der AMAG, namentlich die Herren [...] ([...] der AMAG), [...] ([...] AMAG IMPORT) und [...] ([...] der AMAG RETAIL), am 2. April 2013 den Beschluss fasste, sich von den in der erwähnten Präsentation enthaltenen Aussagen zu distanzieren und das „Projekt Repo 2013“ unverzüglich zu stoppen,

¹ Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).

- 9) dass die AMAG und der Präsident des VPVW mit ihren Schreiben vom 2. und 3. April 2013 alle autorisierten Händler des VW-Konzerns und die Teilnehmer der VPVW-Stammtische dazu aufgefordert haben, sich unter keinen Umständen an die in der Präsentation enthaltenen Vorgaben zu halten und das „Projekt Repo 2013“ in keiner Weise umzusetzen,
- dass das Sekretariat am 22. Mai 2013 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG gegen die AMAG, die ASAG, die Autoweibel, die City-Garage und die Garage Gautschi eröffnet hat,
 - dass die Publikation der Untersuchungseröffnung am 4. Juni 2013 im Bundesblatt² und am 5. Juni 2013 im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB)³ erfolgte,
 - dass am 11. Juni 2013 eine Einvernahme der AMAG in der Form einer mündlichen Ergänzung zur Selbstanzeige stattgefunden hat,
 - dass zwischen 12. Juni 2013 und 2. Juli 2013 die ASAG, die Autoweibel, die City-Garage und die Garage Gautschi durch das Sekretariat einvernommen wurden,
 - dass das Sekretariat im Anschluss an die Einvernahmen die AMAG und die übrigen Parteien gefragt hat, ob Interesse am Abschluss einer einvernehmlichen Regelung (nachfolgend: EVR) bestehe und diese gebeten hat, zu einem ersten Entwurf einer solchen Stellung zu nehmen,
 - dass die AMAG am 24. Juni 2013 Interesse an einer EVR gemäss Art. 29 KG bekundete,
 - dass die Autoweibel und die Garage Gautschi gegenüber dem Sekretariat geäussert haben, dass sie noch nicht bereit seien, eine EVR abzuschliessen,
 - dass sich die ASAG und die City-Garage zu diesem Zeitpunkt des Verfahrens nicht äusserten,
 - dass das Sekretariat zwischen Juli und September 2013 weitere Auskunftsbeglehen an Dritte gerichtet hat,
 - dass das Sekretariat den Verfahrensparteien mit Schreiben vom 8. Oktober 2013 Akteneinsicht gewährte und den Verfahrensparteien gleichzeitig den bisherigen Untersuchungsstand durch ein vorläufiges Beweisergebnis vorlegte sowie ihnen einen Vorschlag für eine EVR i.S.v. Art. 29 Abs. 1 KG zur Stellungnahme unterbreitete,
 - dass die AMAG angesichts des vorläufigen Beweisergebnisses ihre Bereitschaft zum Abschluss einer EVR mit Schreiben vom 30. Oktober 2013 wiederholte,
 - dass sich die anderen Verfahrensparteien darauf beschränkten, den mit Schreiben vom 8. Oktober 2013 vorgelegten Vorschlag für eine EVR abzulehnen, ohne konkrete und konstruktive Anträge zum Abschluss einer EVR einzureichen,
 - dass das Sekretariat der AMAG mit Schreiben vom 10. März 2014 einen Entwurf einer EVR zustellte,
 - dass das Sekretariat, nach erfolgten Verhandlungen mit der AMAG, dieser am 7. April 2014 die definitive Version der einvernehmlichen Regelung (vgl. Anhang) im Doppel zur Unterschrift zustellte,
 - dass die AMAG dem Sekretariat am 15. April 2014 die zwei unterschriebenen Exemplare der einvernehmlichen Regelung einreichte,
 - dass die EVR anschliessend gegengezeichnet und daraufhin am 17. April 2014 ein Exemplar der AMAG zugestellt wurde,
 - dass die EVR mit Verfügung vom 8. August 2014 des ehemaligen Vizepräsidenten der Wettbewerbskommission (nachfolgenden: WEKO), Herrn Prof. Dr. Stefan Bühler, aufgrund einer Ermächtigung gemäss Art. 19 Abs. 1 KG, genehmigt wurde,
 - dass gegen diese Verfügung die ASAG, die Autoweibel, die City-Garage und die Garage Gautschi beim Bundesverwaltungsgericht (nachfolgend: BVGer) Beschwerde erhoben,
 - dass das BVGer die Verfügung vom 8. August 2014 mit Urteil vom 13. April 2016 aufgrund fehlender Zuständigkeit für nichtig erklärte,⁴
 - dass über die Genehmigung der EVR zwischen dem Sekretariat und der AMAG mit Verfügung neu zu entscheiden ist,
 - dass die Vereinbarung einer gemeinsamen Konditionenliste für maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen zur Abgabe von Erstofferten für Neufahrzeuge und die Verbreitung dieser Konditionen durch die Plattform der VPVW-Stammtische an weitere autorisierte Schweizer Händler des VW-Konzerns von der WEKO mit Verfügung vom 19. Oktober 2015 als unzulässige Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG qualifiziert worden ist,⁵
 - dass die Teilnahme der AMAG an dieser unzulässigen Wettbewerbsabrede in der Verfügung der WEKO vom 19. Oktober 2015 festgestellt wurde,⁶
 - dass Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die vorliegende EVR nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden können,

² Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 4. Juni 2013, BBl 2013 3469.

³ Schweizerisches Handelsamtsblatt (SHAB) vom 5.6.2013, Nr. 7213902.

⁴ Urteilen des BVGer in den Beschwerdeverfahren B-5290/2014, B-5293/2014, B-5294/2014 und B-5332/2014 vom 13.4.2016.

⁵ Verfügung der WEKO vom 19. Oktober 2015, S. 86 Rz 350 f. und S. 96 Rz 407, *VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013* [Entscheid noch nicht rechtskräftig und nicht publiziert].

⁶ Verfügung der WEKO vom 19. Oktober 2015, S. 61 f. Rz 237 f. und S. 96 Rz 407, *VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013* [Entscheid noch nicht rechtskräftig und nicht publiziert].

- dass sich diese Sanktionierbarkeit ohne Weiteres aus dem Gesetz selber ergibt, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsdrohung im Dispositiv verzichtet werden kann,⁷
- dass gemäss Art. 49a Abs. 1 KG ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 KG beteiligt ist, mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet wird,
- dass nach Art. 49 Abs. 2 KG gegenüber einem Unternehmen, das an der Aufdeckung und Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt, auf eine Sanktion ganz oder teilweise verzichtet werden kann,
- dass gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG⁸ die WEKO einem Unternehmen die Sanktion vollständig erlässt, wenn es seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG anzeigt und als Erstes entweder
 - Informationen liefert, die es der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, eine Untersuchung zu eröffnen (Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG, Eröffnungskooperation) oder
 - Beweismittel vorlegt, welche der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 festzustellen (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG, Feststellungskooperation);
- dass ein Erlass der Sanktion in beiden vorgenannten Fällen allerdings voraussetzt, dass die Wettbewerbsbehörde nicht ohnehin bereits über ausreichende Beweismittel verfügt, um den Wettbewerbsverstoss zu beweisen (Art. 8 Abs. 3 und 4 Bst. b SVKG),
- dass gemäss Art. 8 Abs. 2 SVKG von einem Unternehmen kumulativ weiter verlangt wird, dass
 - seine Zusammenarbeit mit der Wettbewerbsbehörde eine ununterbrochene und uneingeschränkte ist;
 - es sämtliche Informationen und Beweismittel unaufgefordert vorlegt;
 - es weder eine anstiftende oder führende Rolle am Wettbewerbsverstoss gespielt noch andere Unternehmen zur Teilnahme an diesem gezwungen hat; und
 - es seine Beteiligung am Wettbewerbsverstoss spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige oder auf erste Anordnung der Wettbewerbsbehörde einstellt;
- dass die AMAG als erstes Unternehmen eine Selbstanzeige am 3. April 2013 um 7.33 Uhr per Fax beim Sekretariat eingereicht hat,
- dass, wie oben schon erwähnt, diese Selbstanzeige am 4. April 2013, am 18. April 2013, am 25. April 2013 und am 11. Juni 2013 mit ausführlichen Aussagen und Beweismitteln ergänzt wurde,
- dass die gelieferten Informationen und Beweismittel die Eröffnung einer Untersuchung ermöglicht haben,
- dass weder Hinweise auf eine anstiftende noch auf eine führende Rolle der AMAG bei dem vorliegend untersuchten Wettbewerbsverstoss gegeben sind und dass AMAG ausserdem ihre Beteiligung an der von ihr angezeigten Absprache spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige eingestellt hat,
- dass AMAG aus diesen Gründen die Bedingungen des vollständigen Erlasses von Art. 8 Abs. 3 und 4 Bst. b SVKG erfüllt, so dass auf eine Sanktion verzichtet werden kann,
- dass nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG⁹ gebührenpflichtig ist, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat,
- dass im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG eine Gebührenpflicht besteht, wenn der nach Beweiswürdigung erstellte Sachverhalt als unzulässige Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren ist oder wenn sich die Parteien unterziehen (Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG *e contrario*),
- dass als Unterziehung auch gilt, wenn ein oder mehrere Unternehmen einem Vorschlag des Sekretariats zur einvernehmlichen Beseitigung einer Wettbewerbsbeschränkung zustimmen und als Folge davon ihr Verhalten massgeblich ändern müssen,¹⁰
- dass gemäss der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden grundsätzlich alle an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen gemeinsam und in gleichem Masse als Verursacher eines Verfahrens gelten und dass sie daher die Kosten zu gleichen Teilen tragen,¹¹
- dass von diesem Grundsatz dann abgewichen wird, wenn er zu stossenden Ergebnissen führen sollte,¹²
- dass sich im vorliegenden Fall keine Abweichung von diesem Grundsatz gegenüber der AMAG rechtfertigt,
- dass die AMAG an den angezeigten Wettbewerbsverstössen teilgenommen hat und dass sie somit als eine Verursacherin des vorliegenden Verfahrens zu qualifizieren ist,

⁷ Vgl. Entscheidung der REKOM/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*; Urteil des BVGer vom 3.10.2007, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, *Flughafen Zürich AG, Unique*.

⁸ Verordnung vom 12.3.2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).

⁹ Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

¹⁰ Vgl. BGE 128 II 247, 257, E. 6.1 (= RPW 2002/3, 546 f. E. 6.1), *BKW FMB Energie AG*; Urteil des BGer 2A.415/2003 vom 19.12.2003, RPW 2004/2, 656 f. E. 2.2, *EVD/Sellita Watch Co SA, Weko, Reko und ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*.

¹¹ RPW 2009/3, 221 Rz. 174, *Elektroinstallationbetriebe Bern*; RPW 2011/4, 643 Rz 820, *Ascopa*.

¹² RPW 2009/3, 221 Rz 174, *Elektroinstallationbetriebe Bern*; RPW 2011/4, 643 Rz 820, *Ascopa*.

- dass die Gebühren bis zum Zeitpunkt des Abschlusses der einvernehmlichen Regelung im Sinne des Verursacherprinzips zu einem Fünftel der AMAG auferlegt werden und dass ab diesem Zeitpunkt bis zum Abschluss des Verfahrens gegenüber der AMAG diejenigen Kosten der AMAG auferlegt werden, welche direkt mit Bezug auf die AMAG anfallen,
 - dass nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG ein Stundenansatz von CHF 100.– bis 400.– gilt und sich dieser namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals richtet,
 - dass Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten in den Gebühren eingeschlossen sind (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG),
 - dass sich gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeitenden ein Stundenansatz von CHF 120.– bis 290.– rechtfertigt,
 - dass die aufgewendete Zeit bis zum Zeitpunkt des Abschlusses der einvernehmlichen Regelung 1'142 Stunden beträgt und dass sich die Verfahrenskosten für die Untersuchung bis zu diesem Zeitpunkt gesamthaft auf CHF 190'602.– belaufen, was einen auf die AMAG auffallenden Betrag von CHF 38'120.– ausmacht,
 - dass der Zeitaufwand ab dem Zeitpunkt des Abschlusses der einvernehmlichen Regelung bis zum Abschluss des Verfahrens gegenüber der AMAG auf 101 Stunden beträgt, was zu einem Betrag von CHF 18'380.– führt, und dass dieser Aufwand von der AMAG verursacht wurde und ihr in Rechnung zu stellen ist,
 - dass die Gebühr für die AMAG demnach CHF 56'500.– beträgt,
- über künftige Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen für den Verkauf von Neufahrzeugen auszutauschen; und
- 3) keine anderen preisrelevanten Informationen mit ihren Konkurrenten im Rahmen der VPVW oder ausserhalb der VPVW zum Zweck der Koordination des Wettbewerbsverhaltens auszutauschen.
 2. Auf eine Sanktion wird verzichtet (Art. 49a Abs. 2 und Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 und 3 KG).
 3. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 56'500.– werden der AMAG Automobil- und Motoren AG auferlegt.
 4. Die Verfügung ist zu eröffnen:
 - AMAG Automobil- und Motoren AG, in Zürich, vertreten durch [...].
 5. Eine Kopie dieser Verfügung ist zuzustellen:
 - ASAG Auto-Service AG, in Basel, vertreten durch [...].
 - Autoweibel AG, in Aarberg, vertreten durch [...].
 - City-Garage AG, St. Gallen, Garage 'Lerchenfeld', in St. Gallen, vertreten durch [...].
 - Garage Gautschi Holding AG, in Thunstetten, vertreten durch [...].

[Rechtsmittelbelehrung]

verfügt die WEKO:

1. Die WEKO genehmigt die nachfolgende, von AMAG Automobil- und Motoren AG mit dem Sekretariat der WEKO vereinbarte EVR vom 16. April 2014 mit nachfolgendem Wortlaut (vgl. für den gesamten Text inkl. Vorbemerkungen den Anhang):

Die AMAG verpflichtet sich:

- 1) die Vereinbarungen des „Projekt Repo 2013“ über die Festsetzung von Preisnachlässen und Ablieferungspauschalen für den Verkauf von Neufahrzeugen, insbesondere die gemeinsamen Konditionenlisten vom 6. und 24. Februar 2013, nicht anzuwenden und keine „Stammtische“ im Rahmen der Vereinigung von autorisierten Händlern für Neufahrzeuge der Marken des Volkswagenkonzerns (VPVW) oder ausserhalb dieser durchzuführen, mit dem Ziel gemeinsame Konditionenlisten zu erläutern und deren Einhaltung durch Mitglieder und Nicht-Mitglieder des VPVW sicherzustellen;
- 2) mit ihren Konkurrenten im Rahmen der VPVW oder ausserhalb der VPVW keine Informationen

ANHANG

Inhalt der einvernehmlichen Regelung

4) Vorbemerkungen:

- a) Die vorliegende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren 22-0439 zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (WEKO) – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen.
- b) Zur Erreichung der Zielsetzung gemäss Bst. a wird auf eine ausführliche Begründung des Entscheides verzichtet, indem die Begründungsdichte und -tiefe der Verfügung gegenüber einer Verfügung ohne einvernehmliche Regelung reduziert wird.
- c) Die AMAG hat eine Selbstanzeige im Sinne des Art. 49a Abs. 2 KG eingereicht. Aus diesem Grund beantragt das Sekretariat bei der WEKO, keine Sanktion zu verhängen.
- d) Sollte die vorliegende einvernehmliche Regelung von der WEKO nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt. Ungeachtet davon wird die AMAG den Wettbewerbsbehörden im weiteren Verlaufe des Verfahrens 22-0439 allfällig benötigte Informationen und/oder Dokumente zukommen lassen.
- e) Die Kosten des Verfahrens 22-0439 werden bis zum Zeitpunkt des Abschlusses dieser einvernehmlichen Regelung anteilmässig der AMAG auferlegt. Ab diesem Zeitpunkt bis zum Abschluss des Verfahrens gegenüber der AMAG durch die WEKO werden die Kosten, welche direkt mit Bezug auf die AMAG anfallen, der AMAG auferlegt.

5) Vereinbarungen:

Die AMAG verpflichtet sich:

- 1) die Vereinbarungen des «Projekt Repo 2013» über die Festsetzung von Preisnachlässen und Ablieferungspauschalen für den Verkauf von Neufahrzeugen, insbesondere die gemeinsamen Konditionenlisten vom 6. und 24. Februar 2013, nicht anzuwenden und keine «Stammtische» im Rahmen der Vereinigung von autorisierten Händlern für Neufahrzeuge der Marken des Volkswagenkonzerns (VPVW) oder ausserhalb dieser durchzuführen, mit dem Ziel gemeinsame Konditionenlisten zu erläutern und deren Einhaltung durch Mitglieder und Nicht-Mitglieder des VPVW sicherzustellen;
 - 2) mit ihren Konkurrenten im Rahmen der VPVW oder ausserhalb der VPVW keine Informationen über künftige Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen für den Verkauf von Neufahrzeugen auszutauschen; und
 - 3) keine anderen preisrelevanten Informationen mit ihren Konkurrenten im Rahmen der VPVW oder ausserhalb der VPVW zum Zweck der Koordination des Wettbewerbsverhaltens auszutauschen.
-

B 2.2

2. Husqvarna

Verfügung vom 22. Mai 2017 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Husqvarna wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 4 KG gegen 1. Husqvarna Schweiz AG, in Mägenwil, 2. Husqvarna AB (publ), in Stockholm beide vertreten durch [...]

A. Verfahren

A.1. Gegenstand der Untersuchung

Fokus der Untersuchung

1. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eröffnete am 16. Dezember 2015 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) aufgrund einer Anzeige eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG¹ gegen die Husqvarna Schweiz AG mit Sitz in Mägenwil (nachfolgend: Husqvarna CH) und mit ihr konzernmässig verbundenen Gesellschaften (nachfolgend zusammen: Husqvarna) wegen einem möglichen Verstoss gegen Art. 5 Abs. 4 KG. Im Zentrum standen mögliche unzulässige vertikale Preisabreden durch die Einflussnahme von Husqvarna CH auf die Wiederverkaufspreise ihrer Händler beim Vertrieb von Rasenmährobotern der Marke Husqvarna Automower (nachfolgend: Automower). Daneben bestanden Anhaltspunkte für eine Behinderung oder Verhinderung von Parallel- und/oder Direktimporten² von Automowern in die Schweiz. In der Untersuchung wurde geprüft, ob Husqvarna CH und mit ihr konzernmässig verbundene Gesellschaften tatsächlich unzulässige vertikale Preisabreden und/oder absolute Gebietsschutzabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG getroffen haben.

2. Der Fokus lag während der gesamten Untersuchung auf möglichen unzulässigen vertikalen Preisabreden beim Vertrieb von Automowern. Es gab zwar einzelne Hinweise auf eine zumindest versuchte Verhinderung von Passivverkäufen von Automowern in die Schweiz in den Jahren 2009, 2011 und 2015 (vgl. hierzu unten, Rz 8), indem Husqvarna CH u.a. Kontakt mit anderen Ländergesellschaften aufgenommen hat, damit diese die Exporte ihrer Händler in die Schweiz stoppten. Da es sich jedoch nur um punktuelle Hinweise handelt, die weitere Abklärungen erforderlich gemacht hätten, und der Grossteil der ermittelten Informationen mögliche unzulässige vertikale Preisabreden beim Vertrieb von Automowern betrafen, verzichtete das Sekretariat angesichts des Abschlusses einer einvernehmlichen Regelung, welche auch das zukünftige Verhalten von Husqvarna hinsichtlich des Umgangs mit Parallel- und Direktimporten bezüglich Automowern umfasst (vgl. unten, Rz 79), auf weitere diesbezügliche Ermittlungen.

3. Sodann fanden sich im Laufe der Ermittlungen einzelne E-Mails, die aufzeigen, dass Husqvarna CH auch bei anderen Produkten als Automowern mit Händlern deren Verkaufspreise besprach. Zudem ergaben sich einzelne Hinweise darauf, dass Husqvarna CH zumindest versuchte, Parallel- und Direktimporte von anderen Produkten als Automower zu verhindern, indem sie u.a. Kontakt

mit anderen Ländergesellschaften aufnahm, damit diese die Exporte ihrer Händler in die Schweiz (zu Dumpingpreisen) stoppten. Auch diese punktuellen Hinweise hätten weiterer Abklärungen bedurft. Angesichts des Abschlusses einer einvernehmlichen Regelung, welche auch das zukünftige Verhalten der Husqvarna CH hinsichtlich der Preissetzungsfreiheit der Schweizer Husqvarna Fachhändler und von Husqvarna hinsichtlich des Umgangs mit Parallel- und Direktimporten bezüglich anderer Husqvarna Vertragsprodukte als Automowern umfasst (vgl. unten, Rz 79), verzichtete das Sekretariat auf weitere diesbezügliche Ermittlungen.

Vertrieb von Automowern

4. Husqvarna CH ist eine Tochtergesellschaft der Husqvarna AB mit Sitz in Stockholm, Schweden. Husqvarna AB stellt Motorgeräte für die Forstwirtschaft sowie die Garten- und Landschaftspflege her, darunter Motorsägen, Rasenmäher, Schneidegeräte etc. Seit ca. Mitte der 1990er Jahre wird der sog. Automower produziert. Dabei handelt es sich um einen akkubetriebenen Rasenmähroboter, der in der Lage ist, eine definierte Rasenfläche selbständig zu mähen und sich automatisch wieder zur Akku-Ladestation zu begeben. Nebst den Automowern vertreibt Husqvarna CH auch preiswertere Rasenmähroboter unter der Marke Gardena.³ Diese werden in der Regel ohne Installationsleistungen über Grossverteiler abgesetzt.

5. Der Automower wird in der Schweiz über den Fachhandel, d.h. über unabhängige Einzelhändler, vertrieben. Mit dem Verkauf führen die Fachhändler in der Regel – in schätzungsweise bis zu [...] % der Fälle – auch Installationsleistungen durch. Zum Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung unterhielt Husqvarna CH Lieferbeziehungen mit über [...] Fachhändlern. Im Frühjahr 2015 führte Husqvarna CH in der Schweiz einen Selektivvertrieb auf Basis des sog. [...] Händlervetrags ein. Dabei handelt es sich um einen Rahmen-Liefervertrag, der die Grundlage eines länderübergreifenden, einheitlichen selektiven Vertriebssystems bildet. Per Ende 2015 hatten [...] der über [...] Fachhändler den [...] Händlervetrags unterzeichnet. Vorher wurden die Lieferbeziehungen auf der Grundlage von Einzelbestellungen unter Einbezug der allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie den Händlerkonditionen von Husqvarna CH abgewickelt.

6. Das selektive Vertriebssystem von Husqvarna ist nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

¹ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

² Von Parallelimporten wird gesprochen, wenn Händler Produkte im Ausland erwerben und ausserhalb der vom Hersteller vorgesehenen Vertriebskanäle in die Schweiz einführen. Von Direktimport wird gesprochen, wenn Endabnehmer Produkte im Ausland einkaufen und in die Schweiz einführen.

³ Vgl. <<https://www.husqvarnaschweiz.ch/de/index.php?menu=home>> (6.12.2016).

Inhalt Anzeige

7. Gemäss Angaben der Anzeigerin habe eine wichtige Voraussetzung, um ab dem Jahr 2014 von Husqvarna CH beliefert zu werden, darin bestanden, dass sie sich mündlich dazu bereit erklärt habe, sich beim Verkauf von Automower an die Verkaufspreise der damals zweiten offiziellen Internethändlerin brack.ch zu halten. Habe sie die Rasenmäroboter daraufhin dennoch günstiger angeboten, sei sie von Husqvarna CH kontaktiert worden, damit die Preise wieder angepasst wurden. Hierfür liegen Belege in Form mehrerer E-Mails vor. Den E-Mails ist zu entnehmen, dass Husqvarna CH von (stationären) Händlern auf die günstigere Preispolitik der Anzeigerin aufmerksam gemacht worden ist und die Anzeigerin damit konfrontiert hat. Husqvarna CH hat die Anzeigerin im Jahr 2015 mit Verweis auf entsprechende Händlerreklamationen an die ursprüngliche Abmachung erinnert, Automower nicht zu Tiefpreisen zu verkaufen, und die Anzeigerin aufgefordert, die Angebote auf deren Internetseite auf das Niveau zu korrigieren, welches einmal besprochen worden sei.

8. Weiter reichte die Anzeigerin beim Sekretariat E-Mail-Korrespondenz aus dem Jahr 2015 ein, welche Hinweise gab, dass eine Querlieferung zwischen einem ausländischen Händler an die – zum Vertrieb zugelassene – Anzeigerin durch die zuständige ausländische Husqvarna-Ländergesellschaft verhindert wurde, indem diese Ländergesellschaft dem ausländischen Händler wegen des Verdachts, dass dieser Händler die Automower in andere Länder exportieren würde, die bestellten Mengen nicht zur Verfügung stellte.

9. Sodann machte die Anzeigerin geltend, dass einem Endkunden Garantiewerke an einem parallel importierten Automower von einem Schweizer Händler in Rechnung gestellt worden seien. Die Ermittlungen des Sekretariats ergaben indes keine Hinweise, dass die Fachhändler von Husqvarna Garantieleistungen auf direkt oder parallel importierten Rasenmärobotern auf Anweisung von Husqvarna CH oder infolge mangelnder Vergütung von Garantieleistungen durch Husqvarna CH verweigert hätten.

10. Husqvarna CH hat die Vertriebsvereinbarung mit der Anzeigerin Ende Oktober 2015 gekündigt.

Inhalt Selbstanzeige

11. Im Nachgang zur Untersuchungseröffnung reichte Husqvarna CH eine Selbstanzeige und eine diesbezügliche Ergänzung mit folgendem Inhalt ein: [...]

A.2. Prozessgeschichte

12. Am 27. Oktober 2015 leitete die österreichische Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) dem Sekretariat eine Anzeige weiter, welche Anhaltspunkte enthielt, dass Husqvarna CH beim Vertrieb von Automowern Einfluss auf die Wiederverkaufspreise ihrer Händler an Kunden in der Schweiz genommen hat.

13. Zwischen dem 29. Oktober 2015 und 25. November 2015 übermittelte die Anzeigerin dem Sekretariat Zusatzinformationen zur Anzeige, welche nebst der Einflussnahme auf die Preise der Wiederverkäufer auch gewisse Hinweise auf eine Behinderung oder Verhinderung von Parallel- und/oder Direktimporten von Automowern in die Schweiz enthielten.

14. Am 16. Dezember 2015 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit dem Präsidenten der WEKO eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG gegen Husqvarna CH und mit ihr konzernmässig verbundenen Gesellschaften. Gleichentags wurde bei Husqvarna CH eine Hausdurchsuchung durchgeführt und ein Vertreter von Husqvarna CH einvernommen.

15. Mit Schreiben vom 13. Januar 2016 teilte die Anzeigerin dem Sekretariat mit Bezugnahme auf die SHAB-Publikation der Untersuchungseröffnung vom 29. Dezember 2015 mit, dass sie sich als Dritte im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG mit Parteistellung am Verfahren beteiligen möchte. Mit Schreiben vom 18. März 2016 antwortete das Sekretariat, dass die Voraussetzungen für die Einräumung der Parteistellung in casu nicht erfüllt seien, liess die Anzeigerin aber als Dritte ohne Parteistellung zu und gewährte ihr die Möglichkeit, sich zum Untersuchungsgegenstand zu äussern. Dieselbe Stellung und Möglichkeit räumte das Sekretariat einem weiteren Unternehmen ein.

16. Am 26. Januar 2016 reichte Husqvarna CH beim Sekretariat eine Selbstanzeige i.S.v. Art. 49a Abs. 2 KG ein und am 17. Februar 2016 eine diesbezügliche Ergänzung. Am 8. Juni 2016 beantwortete Husqvarna CH die Rückfragen des Sekretariats vom 9. Mai 2016 zur Selbstanzeige.

17. Am 15. März 2016 reichte die Anzeigerin ein Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme gegen Husqvarna CH ein. Am 6. und 14. April 2016 ergänzte die Anzeigerin ihr Gesuch. Das Gesuch enthielt die folgenden beiden materiellen Anträge: Erstens sei Husqvarna CH für die Dauer der gegen sie laufenden Untersuchung der WEKO zu untersagen, der Anzeigerin den Abschluss eines Selektivvertrags als Voraussetzung für die Belieferung mit Mährobotern aufzuerlegen. Zweitens sei Husqvarna CH für die Dauer der gegen sie laufenden Untersuchung der WEKO anzuweisen, die Anzeigerin ohne Diskriminierung mit ihren Produkten zu beliefern. Unter Berücksichtigung einer entsprechenden Stellungnahme von Husqvarna CH teilte das Sekretariat der Anzeigerin am 14. Juli 2016 mit, dass die materiellen Voraussetzungen für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen nicht erfüllt seien. Ebenso sah das Sekretariat keinen Anlass, die Untersuchung auf die Prüfung weiterer Kartellrechtsverstösse auszuweiten.

18. Am 13. Juli 2016 teilte das Sekretariat Husqvarna CH im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums mit, dass es die Voraussetzungen nach Art. 8 Abs. 1 SVKG⁴ für den Erlass der Sanktion hinsichtlich der im Rahmen der Selbstanzeige und deren Ergänzung gemeldeten Sachverhalte als gegeben erachtete (Art. 9 Abs. 3 Bst. a SVKG). Gleichzeitig wies das Sekretariat darauf hin, dass sich die Bestätigung nicht auf die in Art. 8 Abs. 2 SVKG genannten Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion bezog.

19. Am 2. November 2016 präsentierte das Sekretariat Husqvarna CH das vorläufige Beweisergebnis.

⁴ Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).

20. Am 15. November 2016 begannen die Verhandlungen zwischen Husqvarna CH und dem Sekretariat über eine einvernehmliche Regelung gemäss Art. 29 KG. Am 2. März 2017 bzw. 3. März 2017 unterzeichneten das Sekretariat bzw. Husqvarna CH und Husqvarna AB die einvernehmliche Regelung (vgl. unten, Rz 79).

21. Am 16. März 2017 stellte das Sekretariat seinen Antrag Husqvarna CH und Husqvarna AB zwecks Stellungnahme zu (Art. 30 Abs. 2 KG).

22. Am 24. April 2017 nahm Husqvarna CH zum Antrag Stellung und beantragte bei der WEKO, die einvernehmliche Regelung zu genehmigen und die Ausführungen der Stellungnahme in den Erwägungen der Verfügung zu berücksichtigen.

23. Am 22. Mai 2017 genehmigte die WEKO die einvernehmliche Regelung und entschied unter Berücksichtigung der Stellungnahme von Husqvarna CH über das vorliegende Verfahren.

B. Erwägungen

B.1. Geltungsbereich

24. Das Kartellgesetz gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten wie auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Husqvarna CH ist Teil der Husqvarna-Gruppe, welche einen Konzern darstellt und als Ganze den Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG erfüllt.

25. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- und anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG). Ob Husqvarna Abreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG getroffen hat und ob diese unzulässige vertikale Preisabreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG darstellen, ist Gegenstand der nachfolgenden Prüfung.

B.2. Parteien/Verfügungsadressaten

26. Gemäss Art. 6 VwVG⁵ (i.V.m. Art. 39 KG) gelten als Parteien Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll. Vorliegend sind Husqvarna CH und ihre Muttergesellschaft Husqvarna AB Verfügungsadressatinnen.

27. Die Untersuchung wird nicht auf die Händler von Husqvarna CH ausgedehnt (vgl. hierzu auch unten, Rz 109). Dies entspricht der bisherigen Praxis der WEKO bei Vorliegen von vertikalen Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG, wenn die Händlerseite aus zahlreichen Händlern besteht.⁶

B.3. Vorbehaltene Vorschriften

28. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG)⁷. Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen

Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

29. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.4. Unzulässige Wettbewerbsabrede

30. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG).

B.4.1. Wettbewerbsabrede

31. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG, vgl. auch Ziff. 1 VertBek⁸).

32. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung.⁹

B.4.1.1. Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

33. Die in Art. 4 Abs. 1 KG aufgeführten Formen von Wettbewerbsabreden zeichnen sich alle dadurch aus, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren.¹⁰ Am einfachsten gelingt der Nachweis eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens, wenn die Wettbewerbsabrede in der Form einer ausdrücklichen Vereinbarung vorliegt.¹¹

34. Eine mündliche Vereinbarung liegt in casu zumindest zwischen der Anzeigerin und Husqvarna CH vor. Es ist aktenkundig, dass das Einhalten eines bestimmten Preisniveaus Voraussetzung für die Zusammenarbeit mit der Anzeigerin war, eine der [...] Kunden von Husqvarna CH in den Jahren 2014 und 2015.

⁵ Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

⁶ Vgl. RPW 2016/3, 736 Rz 95 ff., *Saiteninstrumente*; RPW 2016/2, 482 ff. Rz 345 ff., *Nikon*; RPW 2016/2, 398 f. Rz 127, *Altium SA* (nicht rechtskräftig); RPW 2012/3, 551 ff. Rz 107 ff., *BMW* (nicht rechtskräftig).

⁷ Vgl. dazu ausführlich Urteil des BGer vom 28.1.2015, RPW 2015/1, 131, *Sanktionsverfügung: Hors-Liste Medikamente (Publikumspreisempfehlung betreffend Cialis, Levitra und Viagra)*.

⁸ Bekanntmachung der WEKO vom 28. Juni 2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek).

⁹ So etwa auch das Urteil des BVGer vom 23.9.2014, RPW 2014/3, 627, E. 6.3, *Paul Koch AG/WEKO*.

¹⁰ THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), *Basler Kommentar, Kartellgesetz*, 2010, Art. 4 Abs. 1 N 81.

¹¹ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 10), Art. 4 Abs. 1 N 82.

35. Bei den übrigen Händlern von Husqvarna CH ergibt sich der Nachweis eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens aus folgenden Beweismitteln:

36. Die beschlagnahmten Dokumente zeigen zunächst auf, dass Husqvarna CH eine bestimmte Preispolitik für ihre Händler vorsah. Entsprechend liegen allgemeine Aussagen von Husqvarna CH vor, die darlegen, dass Husqvarna CH den Händlern ihre Erwartung bezüglich der Preispolitik mitteilte.

37. Husqvarna CH gibt den Fachhändlern jährlich eine Preisliste mit unverbindlich empfohlenen Verkaufspreisen ab. Husqvarna CH erhielt wiederholt Beschwerden von Händlern über Angebote von anderen, entweder räumlich benachbarten Händlern oder im Internet tätigen Anbietern. Die Beschwerden betrafen die von anderen Händlern angebotenen Preise, Rabatte oder Zusatzleistungen, wie z.B. eine im Verkaufspreis inbegriffene Installation. Solche Beschwerden seien [...] ab einem Rabatt von mehr als [...] % ausgelöst worden, wobei den Händlern zu keinem Zeitpunkt eine maximale Rabatt-Obergrenze oder etwas Vergleichbares kommuniziert worden sei.

38. Husqvarna CH hat zumindest teilweise auf diese Händlerbeschwerden reagiert und mit den Tiefpreisanbietern Kontakt aufgenommen. Sodann hat Husqvarna CH auch unabhängig von Händlerbeschwerden Einfluss auf die Preise und Rabatte der Händler genommen.

39. E-Mail-Korrespondenzen – hauptsächlich aus der Zeitperiode 2009 bis 2015 – zeigen sodann auf, dass gewisse Händler die Preise nicht selbstständig festgesetzt haben bzw. selbstständig festlegen wollten, dass Husqvarna CH zumindest versuchte, Einfluss auf die Preise ihrer Händler zu nehmen, dass Wiederverkaufspreise mit den Händlern besprochen worden sind, dass Husqvarna CH gewissen Händlern Preisnachlässe verboten hat, dass Husqvarna CH Druck auf einen Händler in Form von Löschen aus dem Händlerverzeichnis ausgeübt hat, dass zumindest intern ein Lieferstopp infolge der Preispolitik gewisser Händler diskutiert wurde, dass Husqvarna CH mit einem Händler vereinbarte, keine Tiefpreismailings mehr zu tätigen, dass ein Händler den Verkauf von Automower einstellte, weil er wegen seiner Preispolitik eine entsprechende Aufforderung von Husqvarna CH erhalten hatte und dass Husqvarna CH Kontakt aufnahm mit einem – nicht von Husqvarna CH belieferten – Händler, der auf dessen Homepage Automower zu Preisen anbot, die nicht der offiziellen Preisliste von Husqvarna CH entsprachen.

40. In einem Fall wurde die Kostenrückerstattung bei Werbeanzeigen von den beworbenen Preisen abhängig gemacht, in einem weiteren Fall hat ein Händler das Feedback von Husqvarna CH zur Preisgestaltung in seiner Werbung eingeholt und auch bekommen.

41. Husqvarna CH hat somit aktiv Einfluss genommen auf die Preispolitik von Händlern, welche ihre Preise und Konditionen ausserhalb des Rahmens von [...] % Rabatt auf die Preisempfehlungen setzten. Zwischen Husqvarna CH und ihren Händlern lagen somit Vereinbarungen oder zumindest eine abgestimmte Verhaltensweise vor.

B.4.1.2. Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

42. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede „eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken“ (vgl. oben, Rz 32). Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredebeteiligten „die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben“.¹² Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Ansicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich.¹³

43. Die Einflussnahme auf die Preispolitik von Händlern, welche ihre Preise und Konditionen ausserhalb des Rahmens von [...] % Rabatt auf die Preisempfehlungen setzten, ist objektiv geeignet, den Wettbewerbsparameter Preis auszuschalten und eine Wettbewerbsbeschränkung zu verursachen. Händler, welche ihre Preise nicht in diesem Rahmen setzten, mussten mit einer Kontaktaufnahme durch Husqvarna CH rechnen.

B.4.1.3. Vertikale Wettbewerbsabreden

44. Zwischen Husqvarna CH und ihren Händlern bestanden somit vertikale Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG über die Höhe der Wiederverkaufspreise der Händler.

45. Die festgestellten Wettbewerbsabreden bestanden zwischen Husqvarna CH und all ihren Händlern von Automowern. Zwar liegen nicht für jeden einzelnen Vertragshändler von Husqvarna CH Belege für eine Wettbewerbsabrede mit Husqvarna CH vor. Der Nachweis einer vollständigen Umsetzung der Abrede ist laut rechtskräftiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts indes nicht nötig.¹⁴ Die vorliegenden Belege zeigen auf, dass Husqvarna CH bei verschiedenen Händlern Einfluss auf deren Preispolitik genommen hat, auch unabhängig von Händlerbeschwerden (vgl. oben, Rz 35 ff.). Bei den zahlreichen Händlerbeschwerden ist davon auszugehen, dass sich die betreffenden Händler an die Preisvorstellungen von Husqvarna CH gehalten haben in der Erwartung, dass dies alle anderen auch tun sollen. Bei Händlern, die sich an die Vereinbarung gehalten haben, blieb auch eine entsprechende Reaktion von Husqvarna CH aus.¹⁵

¹² Urteil des BVGer vom 23.9.2014, RPW 2014/3, 632 E. 6.3.2.9, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer vom 23.9.2014, RPW 2014/3, 571 E. 5.3.2.6, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 10), Art. 4 Abs. 1 KG N 69.

¹³ Urteil des BVGer vom 23.9.2014, RPW 2014/3, 632 E. 6.3.2.9, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer vom 23.9.2014, RPW 2014/3, 571 E. 5.3.2.6, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 10), Art. 4 Abs. 1 KG N 71. Urteil des BVGer vom 19.12.2013, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer vom 19.12.2013, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.

¹⁴ Urteil des BVGer vom 16.9.2016, RPW 2016/3, 849 f. E. 7.2.2, *Nikon/WEKO*.

¹⁵ Zur fehlenden Disziplinierung von Abredepartnern, die sich an die Vereinbarung halten, siehe das Urteil des BVGer vom 16.9.2016, RPW 2016/3, 851 E. 7.2.4, *Nikon/WEKO*.

B.4.1.4. Abrededauer

46. Es liegen Belege vor, wonach Husqvarna CH im Zeitraum 2006 bis 2015 bei verschiedenen Händlern intervenierte, falls deren Preispolitik nicht den Vorstellungen von Husqvarna CH entsprach. Die meisten Belege finden sich in der Zeitperiode 2009 bis 2015, [...]. Somit hatten die festgestellten Wettbewerbsabreden zwischen Husqvarna CH und ihren Händlern während mindestens sechs Jahren (2009 bis 2015) Bestand.

B.4.2. Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

47. Gemäss Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs u.a. vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise.

B.4.2.1. Vorliegen von vertikalen Abreden über Mindestpreise

48. Indem Husqvarna CH und ihre Händler übereinkamen, auf den unverbindlichen Preisempfehlungen maximal [...] % Rabatt zu gewähren, haben sie einen Mindestpreis im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG festgesetzt.¹⁶

B.4.2.2. Widerlegung der gesetzlich vermuteten Wettbewerbsbeseitigung

49. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer Wettbewerb bestehen bleibt. Für die Widerlegung der Vermutung ist eine Gesamtbetrachtung des Marktes unter Berücksichtigung des Intra- und des Interbrand-Wettbewerbs massgebend. Ausschlaggebend ist, ob genügend Intra- oder Interbrand-Wettbewerb auf dem relevanten Markt besteht oder die Kombination der beiden zu genügend wirksamem Wettbewerb führt (Ziff. 11 Vert-Bek). Diese Gesamtbetrachtung erfordert vorab eine Abgrenzung der sachlich und räumlich relevanten Märkte.

B.4.2.2.1. Relevante Märkte

Sachlich relevanter Markt

50. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU¹⁷ analog).¹⁸ Die Definition des sachlich relevanten Marktes erfolgt demnach aus Sicht der Marktgegenseite und fokussiert somit auf den strittigen Einzelfall: Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.¹⁹ Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung.²⁰

51. Vorliegender Untersuchungsgegenstand ist die Abrede zwischen Husqvarna CH und ihren Händlern über Mindestpreise nach Art. 5 Abs. 4 KG beim Vertrieb von Rasenmährobotern der Marke Automower. Marktgegenseite sind Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten, die Automower nachfragen oder einen Kauf zumindest in Betracht ziehen. Es stellt sich somit zunächst die Frage, ob Rasenmähroboter anderer Marken für die Marktgegenseite Substitute zu Automowern darstellen.

52. Folgende Überlegungen legen nahe, dass dem so ist: Zwar ist der Automower deutlich teurer als andere Modelle. Der Automower kostete gemäss den unverbindlichen Verkaufspreisempfehlungen im Jahr 2016 zwischen CHF 1'390 und CHF 4'300 (je nach Modell), während Husqvarna CH die Marke Gardena mit entsprechenden Verkaufspreisempfehlungen zwischen CHF 1'199 und CHF 1'899 wesentlich günstiger vertreibt.²¹ [...] Dies spricht dafür, dass die günstigeren Marken den Preissetzungsspielraum bei Automower begrenzen und der Markt nicht zu segmentieren ist.

53. Sodann stellt sich die Frage, ob Rasenmähroboter aus Sicht der Marktgegenseite substituierbar sind mit herkömmlichen Rasenmähern. Soweit ersichtlich, kann in dieser Frage weder auf schweizerische noch auf europäische Praxis zurückgegriffen werden. Trotz des gleichen Verwendungszwecks – nämlich dem Mähen von Rasen – sprechen die besonderen Eigenschaften des selbständigen Mähens und die höhere Preislage²² von Rasenmährobotern dafür, dass Rasenmähroboter einen eigenständigen Produktmarkt bilden.

54. Aufgrund des Abschlusses der einvernehmlichen Regelung (vgl. unten, Rz 79) hat das Sekretariat keine Marktbefragung zur Marktabgrenzung durchgeführt. Ohne den Markt abschliessend zu definieren, wird vorliegend basierend auf den verfügbaren Informationen von einem eigenständigen Produktmarkt für Rasenmähroboter ausgegangen, der nicht weiter segmentiert wird.

Räumlich relevanter Markt

55. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU analog). Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten fragen Rasenmähroboter primär in der Schweiz nach.

56. Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten haben indes auch die Möglichkeit, Rasenmähroboter (online) im Ausland zu beziehen. Nach Wahrnehmung von Husqvarna CH fänden Direktimporte in erheblichem Umfang statt. Laut Auskunft [...] befänden sich pro Jahr insgesamt ca. [...] Automower im Service, wovon ca. [...] ursprünglich aus dem Ausland stammen würden, wobei die Tendenz steigend sei. Allerdings lasse sich nicht feststellen, ob diese Automower durch Direkt- oder Parallelimporte in

¹⁶ Vgl. RPW 2016/3, 737 Rz 102, *Saiteninstrumente*; RPW 2016/2, 400 Rz 141, *Altium SA* (nicht rechtskräftig).

¹⁷ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

¹⁸ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publi-groupe SA et al./WEKO*.

¹⁹ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publi-groupe SA et al./WEKO*; Urteil des BGer 2C.75/2014 vom 28.1.2015, E. 3.2 (= RPW 2015/1, 134 E. 3.2), *Hors-Liste Médikamente/Pfizer*.

²⁰ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publi-groupe SA et al./WEKO*.

²¹ Vgl. <<http://www.husqvarna.com/ch/de/products/robotic-mowers/husqvarna-robotic-mowers-for-homeowners/>> und <<http://www.gardena.com/ch/de/support/gardena-catalogues/>> (6.12.2016).

²² Bei herkömmlichen Rasenmäher lagen die unverbindlichen Preisempfehlungen von Husqvarna CH im Jahr 2016 zwischen CHF 480 und CHF 1'250, vgl. <<http://www.husqvarna.com/ch/de/products/lawn-mowers/husqvarna-lawn-mowers-for-homeowners/>> (6.12.2016). Diese

liegen bedeutend tiefer als die unverbindlichen Preisempfehlungen von Husqvarna CH für Rasenmäroboter (vgl. Rz 52).

die Schweiz gekommen seien. Gemäss Daten des Marktforschungsinstituts GfK habe der Umfang an parallel importierten Automowern in den jeweils ersten Quartalen 2014 und 2015 [...] Einheiten im Wert von CHF [...] und [...] Einheiten im Wert von CHF [...] betragen.

57. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die folgende regulatorische Bestimmung den Direkt- und Parallelimport von Automowern in der Vergangenheit einschränkte: Das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) verfügte am 14. Juli 2009, dass Automower ohne Einbau eines sog. Tiefpassfilters in der Schweiz nicht verkauft werden durften. Grund waren die Bedenken des BAKOM, dass diese Geräte zu Störungen des Langwellen-Radioempfangs führen könnten. Die diesbezügliche Beschwerde von Husqvarna CH wurde letztlich vom Bundesgericht abgewiesen.²³ Somit mussten bei Automowern der zweiten Generation – produziert bis zur Gartensaison 2014 – bei einem Import in die Schweiz technische Anpassungen vorgenommen werden. Ein Umbau auf die Schweizer Version war vom Importeur zu tragen und kostete je nach Modell ca. CHF [...]. Bei den Automowern der dritten Generation – produziert ab 2013 – bestand das vom BAKOM beanstandete Problem nicht mehr.

58. Weiter besteht die folgende gesetzliche Beschränkung beim Direkt- und Parallelimport von Automowern: Gemäss der Verordnung über Niederspannungserzeugnisse NEV²⁴ dürfen elektrische Niederspannungserzeugnisse in der Schweiz nur in Verkehr gebracht werden, wenn bestimmte technische Normen eingehalten werden. Automower, die für den Betrieb im Ausland hergestellt werden, erfüllen diese Voraussetzung aufgrund der verwendeten Stecker im Regelfall nicht. Dies hat zur Folge, dass Geräte wie der Automower nur importiert werden dürfen, wenn dem Gerät mindestens ein sog. Fix-Adapter beiliegt. Dabei handelt es sich um einen speziellen Adapter, der nach dem erstmaligen Einstecken nicht mehr entfernt werden kann. Gemäss der genannten Norm sind Importeure, die Automower aus dem Ausland parallel importieren, verpflichtet, dem Gerät mindestens einen Fix-Adapter beizulegen. In jedem Fall besteht laut Angaben von Husqvarna CH für den Endverbraucher die Möglichkeit, bei einem Husqvarna Fachhändler einen kompletten Kabelsatz zu kaufen und das Gerät so normgemäss zu betreiben.

59. Ohne den Markt abschliessend zu definieren, wird in casu basierend auf den verfügbaren Informationen davon ausgegangen, dass der sachlich relevante Markt für Rasenmäroboter eine mindestens schweizweite Dimension aufweist.

B.4.2.2.2. Intrabrand-Wettbewerb

60. Der Intrabrand-Preiswettbewerb unter den Husqvarna Vertragshändlern war infolge der Preisabreden zwischen Husqvarna CH und ihren Händlern eingeschränkt. [...].

61. Eine gewisse disziplinierende Wirkung auf den Intrabrand-Preiswettbewerb dürfte von Direkt- und Parallelimporten ausgegangen sein (vgl. oben, Rz 56). [...].

62. Auch inoffizielle (Internet-)Händler in der Schweiz, welche Automower über den Parallelimportkanal beschafft haben, dürften einen gewissen Wettbewerbsdruck ausgeübt haben. [...].

63. Schliesslich dürfte zwischen den Vertragshändlern ein gewisser Beratungs- und Dienstleistungswettbewerb bestehen. Laut Husqvarna CH werden in der Schweiz bei bis zu [...] % der Verkäufe von Automowern zusätzlich Installationsleistungen erbracht.

64. Somit besteht ein gewisser Intrabrand-Wettbewerb. Dieser allein reicht indes nicht aus, um die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu widerlegen.

B.4.2.2.3. Interbrand-Wettbewerb

65. Automower sind im Markt für Rasenmäroboter im oberen Preissegment angesiedelt. Daneben vertreibt Husqvarna CH die günstigere Marke Gardena (vgl. oben, Rz 52). Der umsatzbasierte Marktanteil von Husqvarna CH auf dem schweizweiten Markt für Rasenmäroboter betrug im Jahr 2016 laut Schätzung von Husqvarna CH rund [...] %. Husqvarna bezeichnet sich im Bereich der Rasenmäroboter selbst als globale Marktführerin.²⁵ Husqvarna CH scheint zumindest in der Schweiz auch Preisführerin zu sein. Aus einem internen Protokoll ist zu entnehmen, dass die Wettbewerber preislich nachziehen würden, wenn Husqvarna CH die Preise für Automower senken würde.

66. Die drei wichtigsten Konkurrenten in der Schweiz in den Jahren 2015 und 2016 waren laut Angaben von Husqvarna CH [...] mit einem geschätzten Marktanteil von [...] %, [...] mit einem geschätzten Marktanteil von ca. [...] % und [...] mit einem geschätzten Marktanteil von ca. [...] %. Weitere Wettbewerber sind u.a. [...]. Der zunehmende Wettbewerb zeigt sich auch an der Marktanteilsentwicklung von Husqvarna CH: Im Jahr 2013 betrug der Marktanteil gemäss Schätzung von Husqvarna CH noch ca. [...] % und nahm dann kontinuierlich ab.

67. Somit besteht ein gewisser Interbrand-Wettbewerb. Vorliegend wird mangels Einfluss auf das Ergebnis der Untersuchung (vgl. unten, Rz 68, 125) offen gelassen, ob dieser für sich alleine ausreichend ist, um die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu widerlegen.

B.4.2.2.4. Zwischenergebnis

68. Die gemeinsame Betrachtung des vorhandenen Intra- und Interbrandwettbewerbs führt zum Ergebnis, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 4 KG durch die Kombination von Intra- und Interbrand-Wettbewerb widerlegt werden kann.

²³ Urteil des BGer 2C.754/2010 vom 1.2.2011.

²⁴ Verordnung vom 9. April 1997 über elektrische Niederspannungserzeugnisse (NEV; SR 734.26).

²⁵ Vgl. <<http://www.husqvarnagroup.com/en/our-business/husqvarna>> (6.12.2016).

B.4.3. Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

69. Das Bundesgericht hat im Urteil Gaba festgehalten, dass das Kriterium der Erheblichkeit eine Bagatellklausel ist.²⁶ Die in Art. 5 Abs. 4 KG aufgeführten besonders schädlichen Abreden, d.h. vertikale Preisabreden und absolute Gebietsschutzabreden, erfüllen grundsätzlich das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG.²⁷ Vorliegend sind keine Elemente ersichtlich, welche auf eine Ausnahme von der grundsätzlichen Erheblichkeit der vertikalen Preisabreden hinweisen würden. Somit stellen die vertikalen Preisabreden zwischen Husqvarna CH und ihren Händlern erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG dar.

B.4.4. Rechtfertigung aus Effizienzgründen

70. Wettbewerbsabreden sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:

- a. notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und
- b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beeinträchtigen.

71. Bei Preisabreden nach Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG gilt es im Einzelfall zu prüfen, ob ein Rechtfertigungsgrund vorliegt (Ziff. 16 Abs. 3 VertBek).

72. Laut Angaben von Husqvarna CH erfolgt der Verkauf von Automowern in der Schweiz bei schätzungsweise bis zu [...] % der Fälle inklusive Installationsleistungen. Vor diesem Hintergrund könnte auf den ersten Blick ein Trittbrettfahren unter den Händlern bezüglich Beratungs-, Installations- und Wartungsleistungen eine gewisse Rolle spielen. Allerdings handelt es sich bei Installation, Reparatur und Wartung um Leistungen, die separat verrechnet werden können. Die EU-Vertikalleitlinien²⁸ halten diesbezüglich Folgendes fest (Rz 107 lit. a):

„Trittbrettfahren unter Abnehmern ist lediglich bei der Kundenberatung vor dem Verkauf und bei verkaufsfördernden Massnahmen möglich, nicht jedoch beim Kundendienst nach dem Verkauf, den der Händler seinen Kunden einzeln in Rechnung stellen kann.“²⁹

73. Eine Trittbrettfahrer-Problematik wird von Husqvarna CH zur Rechtfertigung der vertikalen Preisabreden denn auch nicht vorgebracht. Husqvarna CH macht aber – insbesondere auch in Zusammenhang mit der Sanktionsberechnung (vgl. hierzu unten, Rz 103) – geltend, dass der Rechtfertigungsgrund in Form eines zeitlich begrenzten Schutzes von Investitionen für die Erschliessung neuer räumlicher Märkte oder neuer Produktmärkte (Ziff. 16 Abs. 4 Bst. a VertBek) vor allem in der Vergangenheit nicht kategorisch ausgeschlossen werden könne. Als Husqvarna Mitte der 1990er Jahre mit dem Automower als erster Hersteller einen Rasenmähroboter auf den Markt gebracht habe, habe Husqvarna CH vor der Situation gestanden, dass das gesamte bestehende Husqvarna Fachhändlernetz nur auf den Vertrieb von Garten-

motorgeräten ausgerichtet gewesen sei. Das erforderliche Knowhow für die Beratung, Installation, Wartung und Reparatur von Gartenelektrogeräten (wie dem Automower) sei bei den Händlern nicht vorhanden gewesen und habe erst aufgebaut werden müssen. Für die Händler sei die Aufnahme des Automowers in ihr Sortiment nur dann wirtschaftlich sinnvoll gewesen, wenn mit dem Vertrieb eine Marge erwirtschaftet werden konnte, welche die individuellen Investitionen in den Aufbau von Knowhow abgedeckt habe.

74. Der temporäre Schutz von Investitionen zur Erschliessung neuer Märkte betrifft einen Sonderfall des Trittbrettfahrerverhaltens von Vertriebshändlern.³⁰ Vertikale Preisabreden können für einen Hersteller, der ein neues Produkt auf den Markt bringen will, hilfreich sein, um in der Einführungsphase, in der die Nachfrage sich entwickelt, die Händler dafür zu gewinnen, ihm zu helfen, das betreffende Produkt gezielt anzubieten und ihre Verkaufsbemühungen zu intensivieren.³¹ Es besteht keine Praxis der WEKO zur Dauer, während der eine vertikale Preisabrede möglicherweise mit dem Argument eines temporären Schutzes von Investitionen zur Erschliessung neuer Märkte gerechtfertigt werden kann. Auch die Vertikalleitlinien enthalten hierzu keine Angaben. Bei Vorliegen von absoluten Gebietsschutzabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG beträgt die diesbezüglich akzeptierte Dauer in der Regel zwei Jahre.³²

75. Die vorliegenden vertikalen Preisabreden wurden zumindest im Zeitraum 2009 bis 2015 getroffen (vgl. oben, Rz 46). Diese Zeitperiode liegt eindeutig ausserhalb einer Einführungsphase, für die sich eine vertikale Preisabrede mit einem zeitlich begrenzten Schutz von Investitionen bei der Erschliessung neuer Märkte möglicherweise rechtfertigen liesse.

76. Weitere mögliche Effizienzgründe sind nicht ersichtlich und wurden von Husqvarna CH auch nicht geltend gemacht.

B.4.5. Ergebnis

77. Die WEKO kommt gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

- Zwischen Husqvarna CH und ihren Händlern bestanden zumindest im Zeitraum 2009 bis 2015 vertikale Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG über die Höhe der Wiederverkaufspreise der Händler (vgl. oben, Rz 44 ff.).

²⁶ Urteil des BGer vom 28. Juni 2016 i.S. *Gaba* (2C_180/2014; zur amtlichen Publikation vorgesehen), E. 5.1.6.

²⁷ Urteil des BGer vom 28. Juni 2016 i.S. *Gaba* (2C_180/2014; zur amtlichen Publikation vorgesehen), E. 5.2.5, 5.6.

²⁸ Leitlinien für vertikale Beschränkungen, Mitteilung der Europäischen Kommission, ABl. C 130 vom 19.5.2010 S. 1 (nachfolgend: EU-Vertikalleitlinien).

²⁹ EU-Vertikalleitlinien (Fn 28), Rz 107 lit. a.

³⁰ RPW 2016/2, 515 Rz 521, *Nikon*; RPW 2010/1, 105 Rz 319, *Gaba*; MASSIMO MOTTA, *Competition Policy – Theory and Practice*, Cambridge University Press, New York 2004, 313 ff.; LESTER G. TELSER, *Why Should Manufacturers Want Fair Trade?*, *Journal of Law and Economics*, 1960, Vol. 3, 86-105; BENJAMIN KLEIN/KEVIN M. MURPHY, *Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanisms*, *Journal of Law and Economics*, 1988, Vol. 31(2), 265-297.

³¹ Vgl. Vertikalleitlinien (Fn 28), Rz 225.

³² Vgl. Vertikalleitlinien (Fn 28), Rz 61; RPW 2016/2, 515 Rz 523, *Nikon*.

- Diese Wettbewerbsabreden stellen vertikale Preisabreden in Form von festgesetzten Mindestpreisen nach Art. 5 Abs. 4 KG dar (vgl. oben, Rz 48).
 - Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann durch die Kombination von Intra- und Interbrand-Wettbewerb widerlegt werden (vgl. oben, Rz 68).
 - Die vertikalen Preisabreden zwischen Husqvarna CH und ihren Händlern stellen erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG dar (vgl. oben, Rz 69).
 - Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG sind nicht ersichtlich (vgl. oben, Rz 72 ff.).
 - Es handelte sich somit um unzulässige vertikale Preisabreden in Form von festgesetzten Mindestpreisen im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG.
 - Da lediglich einzelne Hinweise in Bezug auf die mögliche Beschränkung von Parallel- und Direktimporten in die Schweiz bestanden, verzichtete das Sekretariat angesichts des Abschlusses einer einvernehmlichen Regelung auf weitere diesbezügliche Ermittlungen (vgl. oben, Rz 2 f.). Die Untersuchung wird diesbezüglich eingestellt.
- d) Der Wille und die Bereitschaft von Husqvarna zum Abschluss der nachfolgenden einvernehmlichen Regelung werden vom Sekretariat als kooperatives Verhalten gewürdigt und im Rahmen des Antrages als sanktionsmindernder Umstand berücksichtigt. Aufgrund der aktuellen Ausgangslage beabsichtigt das Sekretariat, der WEKO eine Sanktion in der Grössenordnung von CHF [...] bis CHF [...] zu beantragen. Die definitive Festlegung der Höhe der Sanktion liegt jedoch im Ermessen der WEKO und erfolgt in der Verfügung, die das Verfahren zum Abschluss bringt.
- e) Sollte diese einvernehmliche Regelung von der WEKO nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt. Husqvarna ist in diesem Fall nicht an die einvernehmliche Regelung gebunden.
- f) Selbst wenn der Abschluss der vorliegenden einvernehmlichen Regelung seitens von Husqvarna keine Anerkennung der Sachverhaltsdarstellung und rechtlichen Würdigung der Wettbewerbsbehörden darstellt, hält Husqvarna fest, dass sich im Falle einer Genehmigung dieser EVR durch die WEKO und bei Nichtüberschreiten des beantragten Sanktionsrahmens gemäss lit. d) sowie bei Beachtung von lit. c) im Sinne von lit. a) die Ergreifung von Rechtsmitteln erübrigt.
- g) Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Verfahrenskosten zu Lasten von Husqvarna Schweiz AG.

B.5. Massnahmen

78. Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Massnahmen in diesem Sinn sind sowohl Anordnungen zur Beseitigung von möglichen Wettbewerbsbeschränkungen als auch monetäre Sanktionen.

B.5.1. Einvernehmliche Regelung

79. Im vorliegenden Fall hat das Sekretariat am 3. März 2017 mit der Husqvarna CH und der Husqvarna AB (publ) eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen (vgl. oben, Rz 20). Diese lautet wie folgt:

Vorbemerkungen

- a) Die nachfolgende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren 22-0466 zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (WEKO) – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen.
- b) Zur Erreichung der Zielsetzung gemäss lit. a) werden die Sachverhaltsermittlungen soweit wie möglich reduziert. Zudem erfolgt nur eine summarische Sachverhaltsdarstellung und rechtliche Würdigung. Entsprechend kann die Begründungsdichte und -tiefe der Verfügung der WEKO gegenüber einer Verfügung ohne einvernehmliche Regelung teilweise reduziert werden.
- c) Mit der Unterzeichnung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung werden (unter Vorbehalt der Genehmigung durch die WEKO) die Massnahmen zur Beseitigung aller Gegenstand der Untersuchung 22-0466 bildenden Wettbewerbsbeschränkungen gegenüber Husqvarna einvernehmlich und abschliessend geregelt.

Vereinbarungen

1. Die Husqvarna Schweiz AG verpflichtet sich, den Schweizer Husqvarna Fachhändlern weder direkt noch indirekt Mindest- oder Festverkaufspreise im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG vorzugeben. Die Preisempfehlungen werden explizit als unverbindlich deklariert.
2. Husqvarna verpflichtet sich, passive Verkäufe von Husqvarna Vertragsprodukten von zugelassenen Husqvarna Selektivvertriebspartnern im Ausland an zugelassene Husqvarna Selektivvertriebspartner in der Schweiz oder Endverbraucher in der Schweiz nicht durch Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG zu behindern.
3. Die Husqvarna Schweiz AG verpflichtet sich, die Schweizer Husqvarna Fachhändler innert 30 Tagen nach Genehmigung der EVR durch die WEKO per Rundschreiben zu informieren, dass sie in der Preissetzung der Husqvarna Vertragsprodukte frei sind.

80. Zu Vereinbarung 2 bleibt zu präzisieren, dass der Begriff „Husqvarna Vertragsprodukte“ sämtliche Produkte umfasst, die im Rahmen des selektiven Vertriebssystems von Husqvarna (vgl. oben, Rz 5) über zugelassene Husqvarna Selektivvertriebspartner vertrieben werden.

81. Die genannte einvernehmliche Regelung umschreibt die Verpflichtungen, welche die Parteien eingegangenen sind, um sich künftig kartellrechtskonform zu verhalten, hinreichend bestimmt, vollständig und klar. Die vorliegend zu beurteilenden Wettbewerbsbeschränkungen werden

gestützt auf die getroffene Vereinbarung beseitigt, und für die beteiligten Unternehmen wird hinreichende Klarheit über die Rechtslage geschaffen.

82. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die vorliegende einvernehmliche Regelung können nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetz selber, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsdrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.³³

B.5.2. Sanktionierung

B.5.2.1. Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG

83. Die Belastung der Verfahrensparteien mit einer Sanktion setzt voraus, dass sie den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt haben.

84. Die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, auf welche Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem „Unternehmen“ begangen werden. Für den Unternehmensbegriff wird auf Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG abgestellt.³⁴ Zur Qualifizierung der Parteien als Unternehmen sei hier auf die Ausführungen unter Rz 24 ff. verwiesen.

85. Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, welches an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet. Eine Sanktionierung der hier interessierenden ersten in Art. 49a Abs. 1 KG erwähnten Tatbestandsvariante ist an folgende zwei Voraussetzungen geknüpft: Erstens an die Beteiligung an einer Abrede über Preise, Mengen oder die Aufteilung von Märkten im Sinne von Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG sowie zweitens an die Unzulässigkeit dieser Abrede.³⁵ Diese Voraussetzungen sind in casu erfüllt (vgl. oben, Rz 47 ff.).

86. Zu präzisieren ist, dass eine unter Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG fallende Abrede unzulässig bleibt, auch wenn die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt wird, solange diese Abrede den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und nicht aus Effizienzgründen gerechtfertigt ist. Art. 49a Abs. 1 KG sieht nun nicht vor, dass sich für eine Sanktionierbarkeit die Unzulässigkeit einer Abrede aus einem bestimmten Grad der Beeinträchtigung ergeben müsste. Anders gewendet besteht die Sanktionierbarkeit von unzulässigen, unter Art. 5 Abs. 3 und 4 KG fallenden Abreden unabhängig davon, ob durch sie der wirksame Wettbewerb beseitigt oder „nur“ erheblich beeinträchtigt wird. Die Entstehungsgeschichte dieser Norm bestätigt, dass dieser Gesetzeswortlaut effektiv auch dem vom Gesetzgeber Gewollten entspricht.³⁶ Das Bundesgericht hat in seinem Urteil *Gaba*³⁷ die bisherige Praxis der WEKO sowie die Rechtsprechung des BVGer bestätigt, wonach auch solche Abreden direkt sanktionierbar sind.³⁸

B.5.2.2. Vorwerfbarkeit

87. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung³⁹, welcher das BVGer gefolgt ist⁴⁰, stellt Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit das subjektive Tatbestandsmerkmal von Art. 49a Abs. 1 KG dar. Massgebend für das Vorliegen von Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit ist gemäss dieser Rechtsprechung ein objektiver Sorg-

faltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden, an dessen Vorliegen jedoch keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind.

88. Ist ein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen, so ist im Regelfall auch ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden gegeben. Nur in seltenen Fällen wird keine Vorwerfbarkeit vorliegen; so möglicherweise wenn der durch einen Mitarbeitenden ohne Organstellung begangene Kartellrechtsverstoss innerhalb des Unternehmens nicht bekannt war und auch mit einer zweckmässigen Ausgestaltung der Organisation nicht hätte bekannt werden können und das Unternehmen alle zumutbaren Massnahmen getroffen hat, den Kartellrechtsverstoss zu verhindern.⁴¹ Ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. Organisationsverschulden liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung insbesondere dann vor, wenn ein Unternehmen ein Verhalten an den Tag legt oder weiterführt, obwohl es sich bewusst ist oder sein müsste, dass das Verhalten möglicherweise kartellrechtswidrig sein könnte.⁴²

89. Vorliegend ist aktenkundig, dass Mitarbeitern von Husqvarna CH mit Organfunktion bekannt war, dass deren Einflussnahme auf die Wiederverkaufspreise der Händler möglicherweise kartellrechtswidrig war. Somit ist ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden gegeben.

³³ Vgl. Entscheid der REKO/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*; Urteil des BVGer vom 3.10.2007, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, *Flughafen Zürich AG, Unique*.

³⁴ Statt vieler: JÜRGEN BORER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz (KG), 3. Aufl. 2011, Art. 49a KG N 6.

³⁵ Vgl. ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, in: Stoffel/Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, 2004, 34.

³⁶ BBl 2002 2022, 2037; statt vieler BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 10), Art. 49a KG N 6 ff. m.w.H.

³⁷ Urteil des BGer vom 28.6.2016 i.S. *Gaba* (2C_180/2014; zur amtlichen Publikation vorgesehen).

³⁸ Vgl. RPW 2009/2, 155 Rz 86, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/1, 108 Rz 332, *Gaba*; RPW 2012/2, 401 Rz 1069, Fn 236, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 799 ff. E. 14.2, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 837 ff. E. 13.1, *Gebro/WEKO*.

³⁹ Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*. Vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung hinsichtlich Vorwerfbarkeit: RPW 2006/1, 169 ff. Rz 197 ff., *Flughafen Zürich AG (Unique)*; Urteil des BVGer, RPW 2007/4, 672 E. 4.2.6, *Flughafen Zürich AG (Unique)/WEKO*; RPW 2011/1, 189 Rz 557, Fn 546, *SIX/DCC*; RPW 2007/2, 232 ff. Rz 306 ff., insb. Rz 308 und 314, *Richtlinien des Verbandes schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*; Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

⁴⁰ Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 803 E. 14.3.5, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 840 E. 13.2.5, *Gebro/WEKO*.

⁴¹ RPW 2011/1, 189 Rz 558 m.w.H., *SIX/DCC*.

⁴² Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*; Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

B.5.2.3. Bemessung

90. Rechtsfolge eines Verstosses im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Dieser Betrag stellt also die höchstmögliche Sanktion dar. Die konkrete Sanktion bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist.

91. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der SVKG näher präzisiert (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemäss auszuübenden Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit⁴³ und der Gleichbehandlung begrenzt wird.⁴⁴ Die WEKO bestimmt die effektive Höhe der Sanktion nach den konkreten Umständen im Einzelfall.⁴⁵

B.5.2.3.1. Konkrete Sanktionsberechnung

92. Nach Art. 49a Abs. 1 KG bemisst sich der konkrete Sanktionsbetrag innerhalb des Sanktionsrahmens anhand der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Angemessen zu berücksichtigen ist zudem auch der durch das unzulässige Verhalten erzielte mutmassliche Gewinn. Die SVKG geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrag aus, der in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann.

Basisbetrag

93. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren *auf den relevanten Märkten* in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Dem Zweck von Art. 3 SVKG entsprechend ist hierbei der Umsatz massgebend, der in den drei Geschäftsjahren erzielt wurde, die der Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens vorangehen.⁴⁶

94. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt gemäss Art. 3 SVKG 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren vor Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat.

95. In den letzten drei Geschäftsjahren vor Beendigung der Wettbewerbsbeschränkung, d.h. in den Geschäftsjahren 2013, 2014 und 2015 erwirtschaftete Husqvarna CH in der Schweiz einen Umsatz von CHF [...], CHF [...] respektive CHF [...] mit dem Verkauf von Rasenmäährobootern. Der Gesamtumsatz in den letzten drei Geschäftsjahren vor Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung betrug folglich CHF [...]. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt im vorliegenden Fall somit CHF [...].

96. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 2 f.). Husqvarna CH hat sich unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG verhalten. Im Folgenden gilt

es demnach zu prüfen, als wie schwer dieser Verstoß gegen das Kartellgesetz zu qualifizieren ist; hierbei stehen objektive⁴⁷ Faktoren im Vordergrund. Grundsätzlich ist die Schwere der Zuwiderhandlung im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Allgemeine Aussagen zur Qualifizierung konkreter Abreden als schwer sind nur sehr beschränkt möglich, kommt es doch immer sehr stark auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an.

97. Aufgrund der Tatsachen, dass die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung in casu widerlegt werden kann, dass Husqvarna CH ihren Händlern zu keinem Zeitpunkt eine maximale Rabatt-Obergrenze oder etwas Vergleichbares kommuniziert hat ([...]), die Preisabreden nicht integraler Bestandteil des Vertriebssystems waren ([...]) und auch nicht in jedem Einzelfall strikt umgesetzt worden sind ([...]), rechtfertigt es sich, den Basisbetrag der Sanktion gemäss Art. 3 SVKG im vorliegenden Fall auf 4 % des Umsatzes festzusetzen, den Husqvarna CH in den letzten drei Geschäftsjahren auf dem relevanten Markt in der Schweiz erzielt hat. Der Basisbetrag beträgt somit CHF [...].

Dauer des Verstosses

98. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50 %, wenn der Wettbewerbsverstoß zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10 % möglich (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 3).

99. Die Preisabreden zwischen Husqvarna CH und ihren Händlern dauerten zumindest sechs Jahre an (2009 bis 2015) (vgl. oben, Rz 46). In Anwendung von Art. 4 SVKG wird der Basisbetrag somit um 60 % erhöht, was einem Betrag von CHF [...] entspricht.

Erschwerende und mildernde Umstände

100. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und 6 SVKG zu berücksichtigen. Diejenigen Aspekte, welche im Rahmen der Selbstanzeige und damit über den Bonus berücksichtigt werden, können nicht zusätzlich als erschwerende respektive mildernde Umstände Berücksichtigung finden. Die Einnahme einer anstiftenden oder führenden Rolle in einem Wettbewerbsverstoß (Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG) wird im Rahmen der Beurteilung der Selbstanzeige gewürdigt (siehe unten, Rz 109 f.). Weitere erschwerende Umstände sind vorliegend nicht ersichtlich.

⁴³ Art. 2 Abs. 2 SVKG.

⁴⁴ Vgl. PETER REINERT, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, 2001, Art. 49a KG N 14 sowie RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

⁴⁵ RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁴⁶ In diesem Sinne auch RPW 2012/2, 404 f. Rz 1083 Tabelle 3 sowie 407 f. Rz 1097 Tabelle 5, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2016/2, 429 Rz 332 m.w.H. in Fn 121, *Altium SA* (nicht rechtskräftig).

⁴⁷ D.h. nicht verschuldensabhängige Kriterien, vgl. ROLF DÄHLER/PATRICK L. KRAUSKOPF, Die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung, in: Stoffel/Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, 2004, 139.

101. Der Wille und die Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung werden von den Wettbewerbsbehörden bei der Sanktionsbemessung als kooperatives Verhalten gewürdigt. Der Kooperation ist im Rahmen von Art. 2, 3 und 6 SVKG Rechnung zu tragen.

102. Im vorliegenden Fall haben die Parteien zu einem frühen Zeitpunkt ihre Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung signalisiert. Dank des Abschlusses der einvernehmlichen Regelung konnte im Sinne der Verfahrensökonomie auf zusätzliche Ermittlungsmassnahmen verzichtet und die Begründungstiefe und -dichte der Verfügung reduziert werden. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich im vorliegenden Fall, für den Abschluss der einvernehmlichen Regelung eine Sanktionsreduktion von 20 % zu gewähren.

103. Weitere mildernde Umstände sind nicht ersichtlich. Dies gilt auch für das von Husqvarna CH vorgebrachte Argument, wonach der Rechtfertigungsgrund eines zeitlich begrenzten Schutzes von Investitionen bei der Einführung des Automowers Mitte der 1990er Jahre sanktionsmindernd zu berücksichtigen sei. Denn die Einführungsphase, während der sich vertikale Preisabreden möglicherweise temporär hätten rechtfertigen lassen, war schon lange vor Beginn der vorliegend festgestellten Dauer der vertikalen Preisabreden abgelaufen (vgl. oben, Rz 73 ff.).

B.5.2.3.2. Selbstanzeige – teilweiser Erlass der Sanktion

104. Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, welches an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet. Wenn ein Unternehmen an der Aufdeckung und Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt, kann auf eine Belastung dieses Unternehmens ganz oder teilweise verzichtet werden (Art. 49a Abs. 2 KG). Die Modalitäten eines vollständigen Sanktionserlasses sind in Art. 8 ff. SVKG aufgeführt, jene eines teilweisen in Art. 12 ff. SVKG.

105. Gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG erlässt die WEKO einem Unternehmen die Sanktion vollständig, wenn es seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG anzeigt und als Erstes entweder

- Informationen liefert, die es der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, eine Untersuchung zu eröffnen (Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG, Eröffnungskooperation) oder
- Beweismittel vorlegt, welche der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 festzustellen (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG, Feststellungskooperation). Ein Sanktionserlass von 100 % kann auch dann noch gewährt werden, wenn die Wettbewerbsbehörden von Amtes wegen oder infolge Anzeige eines Dritten eine Vorabklärung oder Untersuchung eröffnet haben.⁴⁸

106. Ein Erlass der Sanktion setzt in beiden vorgenannten Fällen allerdings voraus, dass die Wettbewerbsbehörde nicht ohnehin bereits über ausreichende Beweismittel

verfügt, um den Wettbewerbsverstoss zu beweisen (Art. 8 Abs. 3 und 4 Bst. b SVKG).

107. Vorliegend hat Husqvarna CH dem Sekretariat als erstes Unternehmen Beweismittel vorgelegt, welche der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 4 KG festzustellen (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG).

108. Für einen vollständigen Sanktionserlass wird von einem Unternehmen gemäss Art. 8 Abs. 2 SVKG indes zusätzlich kumulativ verlangt, dass

- seine Zusammenarbeit mit der Wettbewerbsbehörde eine ununterbrochene und uneingeschränkte ist;
- es sämtliche Informationen und Beweismittel unaufgefordert vorlegt;
- es weder eine anstiftende oder führende Rolle beim Wettbewerbsverstoss eingenommen noch andere Unternehmen zur Teilnahme an diesem gezwungen hat, und
- es seine Beteiligung am Wettbewerbsverstoss spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige oder auf erste Anordnung der Wettbewerbsbehörde einstellt.

109. Diese Voraussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass sind in casu nicht erfüllt, da Husqvarna CH in Übereinstimmung mit der bisherigen Praxis der WEKO in ähnlich gelagerten Fällen⁴⁹ eine führende Rolle zukommt: Zwar waren gewisse Kontaktaufnahmen der Händler durch Husqvarna CH auf Händlerbeschwerden zurückzuführen, welche sich bei Husqvarna CH über die Preise anderer Händler beklagt hatten (vgl. oben Rz 37 f.). Es obliegt indes Husqvarna CH als Herstellerin, ob sie solche Beschwerden zum Anlass nehmen will, das Preisniveau der Wiederverkaufspreise zu beeinflussen. Offenbar war Husqvarna CH nach Ansicht der Händler in der Lage, die Preise zu beeinflussen, denn sie kontaktierten Husqvarna CH bei Angeboten von Konkurrenten unter der Rabatt-Reizschwelle von [...] % (vgl. oben, Rz 37) mit der Erwartung, dass Husqvarna CH intervenierte. Wäre Husqvarna CH infolge solcher Händlerbeschwerden nicht aktiv geworden, hätten die Händler – abgesehen von einer kartellrechtlich problematischen Preisabrede mit Konkurrenten – nichts gegen tiefere Preise ihrer Konkurrenten ausrichten können.

110. In Anwendung von Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG kann Husqvarna CH die Sanktion inledgedessen nicht vollständig erlassen werden. In Bezug auf die weiteren Voraussetzungen gemäss Art. 8 Abs. 2 SVKG ist festzuhalten, dass die Kooperation von Husqvarna CH mit den Wettbewerbsbehörden zu keinen Beanstandungen Anlass gibt.

⁴⁸ So bereits RPW 2009/3, 219, Rz 153 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁴⁹ RPW 2016/3, 752 Rz 225, *Saiteninstrumente*; RPW 2009/2, 157 Rz 101, *Sécateurs et cisailles*.

111. Sind nicht alle Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion erfüllt, ist dennoch eine Reduktion der Sanktion möglich. Eine solche setzt gemäss Art. 12 SVKG voraus, dass ein Unternehmen an einem Verfahren unaufgefordert mitgewirkt und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wettbewerbsverstoss eingestellt hat. Die Reduktion beträgt bis zu 80 %, wenn ein Unternehmen unaufgefordert Informationen liefert oder Beweismittel über weitere Wettbewerbsverstösse gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG vorlegt (Art. 12 Abs. 3 SVKG).

112. Die Voraussetzungen für eine Reduktion der Sanktion sind vorliegend erfüllt. Zudem hat Husqvarna CH unaufgefordert Beweismittel über weitere Wettbewerbsverstösse gemäss Art. 5 Abs. 3 KG vorgelegt (Art. 12 Abs. 3 SVKG), welche es den Wettbewerbsbehörden erlaubten, eine neue Untersuchung zu eröffnen.⁵⁰ Vor diesem Hintergrund erachtet die WEKO eine Reduktion der Sanktion um 80 % als angemessen.

B.5.2.3.3. Maximalsanktion

113. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a

Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Wie sich unter anderem aus der Botschaft zum Kartellgesetz 2003 ergibt,⁵¹ sind dabei die letzten drei vor Erlass der Verfügung abgeschlossenen Geschäftsjahre massgeblich.⁵² Der Unternehmensumsatz im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen, Art. 4 und 5 VKU finden analoge Anwendung. Die so errechnete maximale Sanktion stellt nicht den Ausgangspunkt der konkreten Sanktionsberechnung dar; vielmehr wird am Schluss der anhand der anderen im Kartellgesetz und der SVKG genannten Kriterien erfolgten konkreten Sanktionsberechnung geprüft, ob der Maximalbetrag nicht überschritten wird (Art. 7 SVKG); gegebenenfalls hat eine entsprechende Kürzung zu erfolgen.

114. Vorliegend erübrigt sich die Ermittlung der Gesamtumsätze der Parteien, da die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG offensichtlich nicht überschritten wird (vgl. unten, Rz 116).

B.5.2.4. Ergebnis

115. Die nachfolgende Tabelle fasst die Sanktionsberechnung für Husqvarna CH zusammen:

Tabelle 1: Sanktionsbemessung

Sanktionsbemessung		CHF
Umsatz auf dem relevanten Markt letzte drei Jahre		[...]
Obergrenze Basisbetrag (Art. 3 SVKG)	10 %	[...]
Basisbetrag konkreter Fall (Art. 3 SVKG)	4 %	[...]
Zuschlag für Dauer (Art. 4 SVKG)	+ 60 %	[...]
Total Basisbetrag		[...]
Erschwerende Umstände (Art. 5 SVKG)	+ 0 %	
Mildernde Umstände (Art. 6 SVKG)	- 20 %	[...]
Zwischenergebnis Sanktionsbemessung		[...]
Reduktion der Sanktion: Bonus (Art. 12 SVKG)	- 80 %	[...]
Total		656'667

116. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände erachtet die WEKO eine Verwaltungssanktion in Höhe von CHF 656'667 dem Verstoss von Husqvarna CH gegen Art. 49a Abs. 1 KG als angemessen. Die beantragte Sanktion liegt in jedem Fall unter der Maximalsanktion, da die Obergrenze des Basisbetrags nicht überschritten ist.

B.5.3. Weitere Anordnungen betreffend beschlagnahmte Dokumente und gespiegelte elektronische Daten

117. Anlässlich der Hausdurchsuchungen wurden bei Husqvarna CH diverse Papierdokumente beschlagnahmt sowie elektronische Daten kopiert und gespiegelt (vgl.

oben, Rz 14). Die für die Untersuchung relevanten Papierdokumente wurden in Kopie, die elektronischen Daten in Form von elektronischen Berichten resp. Papierausdrucken in die amtlichen Akten übernommen. Mit Eintritt der

⁵⁰ Vgl. Medienmitteilung der WEKO vom 1.6.2016, WEKO eröffnet Untersuchung gegen Husqvarna und Bucher, <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/medieninformationen/nsb-news.msg-id-61950.html>> (8.12.2016).

⁵¹ Vgl. BBl 2002 2022, 2037.

⁵² Jedenfalls im Ergebnis ebenso etwa RPW 2011/1, 191 Rz 572, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; RPW 2016/2, 428 Rz 326, *Altimum SA* (nicht rechtskräftig).

Rechtskraft der vorliegenden Verfügung kann ausgeschlossen werden, dass auf die kopierten resp. gespiegelten elektronischen Daten zurückgegriffen werden muss. Dementsprechend sind diese Daten nach Eintritt der Rechtskraft zu löschen.

C. Kosten

118. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG⁵³ ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

119. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder wenn sich die Parteien unterziehen. Vorliegend hat die Verfügungsadressatin das beanstandete Verhalten aufgegeben und sich zu einer einvernehmlichen Regelung verpflichtet. Eine Gebührenpflicht ist daher zu bejahen.

120. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100.– bis 400.–. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

121. Die aufgewendete Zeit beträgt vorliegend insgesamt 808.59 Stunden. Aufgeschlüsselt werden demnach folgende Stundenansätze verrechnet:

- 302.27 Stunden zu CHF 130.–, ergebend CHF 39'295.–
- 493.82 Stunden zu CHF 200.–, ergebend CHF 98'764.–
- 12.5 Stunden zu CHF 290.–, ergebend CHF 3'625.–

122. Demnach beläuft sich die Gebühr auf CHF 141'684.–

123. Neben dem Aufwand nach Art. 4 AllgGebV⁵⁴ hat der Gebührenpflichtige gemäss Art. 6 AllgGebV die Auslagen sowie die Kosten, die durch Beweiserhebung oder besondere Untersuchungsmassnahmen verursacht werden, zu erstatten. Dieser Aufwand belief sich vorliegend auf CHF 2'895.70.

124. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 144'579.70 gehen zu Lasten von Husqvarna CH.

D. Ergebnis

125. Zusammenfassend kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

- Zwischen Husqvarna CH und ihren Händlern bestanden zumindest im Zeitraum 2009 bis 2015 vertikale Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG über die Höhe der Wiederverkaufspreise der Händler (vgl. oben, Rz 44 ff.).
- Diese Wettbewerbsabreden stellen vertikale Preisabreden in Form von festgesetzten Mindestpreisen nach Art. 5 Abs. 4 KG dar (vgl. oben, Rz 48).
- Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann durch die Kombination von Intra- und Interbrand-Wettbewerb widerlegt werden (vgl. oben, Rz 68).

- Die vertikalen Preisabreden zwischen Husqvarna CH und ihren Händlern stellen erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG dar (vgl. oben, Rz 69).
- Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG sind nicht ersichtlich (vgl. oben, Rz 72 ff.).
- Es handelte sich somit um unzulässige vertikale Preisabreden in Form von festgesetzten Mindestpreisen im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG.
- Da lediglich einzelne Hinweise in Bezug auf die mögliche Beschränkung von Parallel- und Direktimporten in die Schweiz bestanden, verzichtete das Sekretariat angesichts des Abschlusses einer einvernehmlichen Regelung auf weitere diesbezügliche Ermittlungen (vgl. oben, Rz 2 f.). Die Untersuchung wird diesbezüglich eingestellt.
- Die WEKO erachtet die Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass einer Sanktion nach Art. 8 Abs. 1 SVKG als nicht gegeben. Beantragt wird ein teilweiser Erlass der Sanktion in Höhe von 80 % (Art. 12 Abs. 3 SVKG). Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände erachtet die WEKO eine Verwaltungssanktion in Höhe von CHF 656'667 dem Verstoß von Husqvarna CH gegen Art. 49a Abs. 1 KG als angemessen (vgl. oben, Rz 115 f.).
- Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat Husqvarna CH die Verfahrenskosten in Höhe von CHF 144'579.70 zu tragen (vgl. oben, Rz 124).

E. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die WEKO (Art. 30 Abs. 1 KG):

1. Die WEKO genehmigt die nachfolgende, von der Husqvarna Schweiz AG und der Husqvarna AB (publ) mit dem Sekretariat der WEKO vereinbarte einvernehmliche Regelung vom 3. März 2017 mit nachfolgendem Wortlaut (vgl. für den gesamten Text inkl. Vorbemerkungen Rz 79):
 1. Die Husqvarna Schweiz AG verpflichtet sich, den Schweizer Husqvarna Fachhändlern weder direkt noch indirekt Mindest- oder Festverkaufspreise im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG vorzugeben. Die Preisempfehlungen werden explizit als unverbindlich deklariert.
 2. Husqvarna verpflichtet sich, passive Verkäufe von Husqvarna Vertragsprodukten von zugelassenen Husqvarna Selektivvertriebspartnern im Ausland an zugelassene Husqvarna Selektivvertriebspartner in der Schweiz oder Endverbraucher in der Schweiz nicht durch Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG zu behindern.

⁵³ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

⁵⁴ Allgemeine Gebührenverordnung vom 8.9.2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

-
3. Die Husqvarna Schweiz AG verpflichtet sich, die Schweizer Husqvarna Fachhändler innert 30 Tagen nach Genehmigung der EVR durch die WEKO per Rundschreiben zu informieren, dass sie in der Preissetzung der Husqvarna Vertragsprodukte frei sind.
 2. Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.
 3. Die Husqvarna Schweiz AG wird wegen Beteiligung an unzulässigen Abreden über Mindestpreise gemäss Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG mit einer Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG in der Höhe von CHF 656'667 belastet.
 4. Die Verfahrenskosten, bestehend aus einer Gebühr von CHF 141'684 und Auslagen von CHF 2'895.70, belaufen sich insgesamt auf CHF 144'579.70. Sie werden der Husqvarna Schweiz AG auferlegt.
 5. Nach Eintritt der Rechtskraft vorliegender Verfügung werden die beim Sekretariat vorhandenen kopierten resp. gespiegelten elektronischen Daten gelöscht.
 6. Die Verfügung ist zu eröffnen:
 - Husqvarna Schweiz AG, in Mägenwil
 - Husqvarna AB (publ), in Stockholmbeide vertreten durch [...]
-

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. EDF/CDC/RTE (résumé)

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Prise de position de la Commission de la concurrence du 14 mars 2017

Communication selon l'art. 16 al. 1 OCCE du 21 mars 2017

1. Le 24 février 2017, le Secrétariat de la Commission fédérale de la concurrence a reçu la notification complète d'une opération de concentration (ci-après: l'Opération) consistant en l'entrée au capital de RTE Réseau de transport d'électricité (ci-après: RTE) de la Caisse des dépôts et consignations (ci-après: CDC) et de CNP Assurances (ci-après: CNP) (CDC et CNP, ensemble ci-après: les Investisseurs), ce qui conduira à ce que RTE, aujourd'hui exclusivement contrôlé par Electricité de France (ci-après: EDF), soit placé sous le contrôle conjoint d'EDF et de CDC (EDF, CDC et RTE, ensemble ci-après: les parties). Vu qu'il y a passage d'un contrôle exclusif à un contrôle exercé conjointement, la concentration est soumise à obligation de notifier au sens des art. 4 al. 3 let. b LCart et 2 OCCE. En outre, les seuils au sens de l'art. 9 al. 1 LCart sont atteints. Partant, la concentration est sujette à notification.

2. Dans le secteur de l'électricité et jusqu'à ce jour, la Commission de la concurrence a délimité les cinq marchés de produits suivants :¹ production d'électricité, transport d'électricité, distribution d'électricité, fourniture d'électricité et négoce d'électricité. L'Opération touche le marché de la production d'électricité, le marché du transport d'électricité et le marché du négoce d'électricité. Ces trois marchés du secteur de l'électricité ont été examinés. Une délimitation précise des marchés dans le domaine des services d'ingénierie a été laissée ouverte en l'espèce, vu l'activité marginale des parties à la concentration dans ce domaine.

3. L'Opération n'entraînera aucune addition de parts de marché sur le marché suisse de la production d'électricité, ce à quoi s'ajoute qu'EDF dispose de [0-10 %] de parts de marché sur le marché de la production d'électricité en Suisse. Partant, le marché de la production d'électricité n'est pas un marché affecté par la concentration au sens de l'art. 11 al. 1 let. d OCCE. Ce marché n'a donc pas fait l'objet d'une analyse plus approfondie.

4. Vue l'absence d'activité des parties sur le marché suisse du transport d'électricité, celui-ci n'est pas un marché affecté par la concentration au sens de l'art. 11 al. 1 let. d OCCE. Ce marché n'a donc pas fait l'objet d'une analyse plus approfondie.

5. L'Opération n'entraînera pas non plus d'addition de parts de marché sur le marché du négoce d'électricité. De plus, vu le faible chiffre d'affaires réalisé, le marché du négoce d'électricité n'est pas un marché affecté par la concentration au sens de l'art. 11 al. 1 let. d OCCE. Ce marché n'a donc pas non plus fait l'objet d'une analyse plus approfondie.

6. Les marchés du domaine de l'électricité et les éventuels marchés du domaine de l'ingénierie ne sont pas affectés en Suisse par l'Opération notifiée. Une éventuelle analyse des marchés affectés par la concentration est donc sans objet.

7. L'examen préalable n'a permis de retenir aucun indice que la concentration créera ou renforcera une position dominante dans le domaine de l'électricité ou de l'ingénierie en Suisse. Par conséquent, il n'y a pas lieu de procéder à un examen de l'opération de concentration au sens de l'art. 10 LCart.

¹ DPC 2016/3, 773 N 27 ss, BKW/AEK; DPC 2015/4, 782 N 74 ss, Groupe E Celsius SA; DPC 2013/3, 338 N 32 ss, AET/SES; DPC 2006/3, 483 N 63 ss, Atel - EOSH-Aktiven.

B 2.3

2. Post/SBB/SwissSign

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 14. März 2017

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 15. März 2017

A Sachverhalt

1. Am 15. Februar 2017 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben (nachfolgend: Meldung) erhalten. Danach beabsichtigen die Schweizerische Post AG (nachfolgend: Post) und die Schweizerische Bundesbahnen (nachfolgend: SBB), die gemeinsame Kontrolle über die SwissSign AG (nachfolgend: SwissSign) zu erwerben. SwissSign ist als eine 100%-Tochtergesellschaft der Post u.a. im Bereich der elektronischen Identifizierungsmittel (nachfolgend: E-ID) tätig. Die Post und die SBB haben sich entschlossen, SwissSign künftig als Gemeinschaftsunternehmen zu führen. Beide Unternehmen würden über eine relativ grosse Anzahl Benutzer-Accounts verfügen und würden die entsprechenden Login-Dienstleistungen künftig vom Gemeinschaftsunternehmen beziehen. Dadurch solle die Wettbewerbsfähigkeit von SwissSign im Bereich der zentralen, plattformunabhängigen Login-Dienstleistungen gestärkt werden.

A.1 Beteiligte Unternehmen

2. Vorliegend beabsichtigen die Post und die SBB die gemeinsame Kontrolle über die SwissSign. Auf Seiten der Post ist die Post CH AG (nachfolgend: Post CH), als 100%-Tochtergesellschaft der Post, Vertragspartei. Die Post CH ist Alleineigner der SwissSign und gilt im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben als Veräusserer von 50 % der SwissSign-Aktien an die SBB. Die Post, die SBB und die SwissSign sind damit beteiligte Unternehmen gemäss Art. 3 Abs. 1. Bst. b VKU. Meldende Unternehmen nach Art. 9 Abs. 1 Bst. b VKU sind vorliegend die Post und die SBB.

A.1.1 Post

3. Die Post eine spezialgesetzliche AG gemäss dem Postorganisationsgesetz vom 17. Dezember 2010 (POG; SR 783.1). Art. 3 POG regelt den Unternehmenszweck der Post. Demnach bezweckt die Post im In- und Ausland die Beförderung von Postsendungen und Stückgütern, die Erbringung von Finanzdienstleistungen, namentlich im Bereich des Zahlungsverkehrs, sowie Dienstleistungen im regionalen Personenverkehr sowie damit zusammenhängende Dienstleistungen. Die Schweizerische Eidgenossenschaft ist Alleineigner der Post.

4. Die Post CH ihrerseits ist insbesondere im Post-, Kommunikations- und Logistikbereich tätig. Ihre Unternehmensstruktur gliedert sich in die vier Segmente PostMail,

PostLogistics, Swiss Post Solutions sowie Poststellen und Verkauf.

A.1.2 SBB

5. Die SBB sind eine spezialgesetzliche AG gemäss dem Bundesgesetz über die Schweizerischen Bundesbahnen vom 20. März 1998 (SBBG; SR 742.31). Gemäss Art. 3 SBBG erbringen die SBB als Kernaufgabe Dienstleistungen im öffentlichen Verkehr, namentlich in der Bereitstellung der Infrastruktur, im Personenfernverkehr, im regionalen Personenverkehr und im Güterverkehr sowie in den damit zusammenhängenden Bereichen. Eigentümerin der SBB ist zu 100 % die Schweizerische Eidgenossenschaft.

A.1.3 SwissSign

6. SwissSign ist ein Dienstleistungsunternehmen im Bereich der IT-Sicherheit für Personen, Behörden und Unternehmen. Die Dienste umfassen namentlich SSL-/TLS-Zertifikate zur Verschlüsselung von vertraulichen Daten zur Übermittlung an eine Website und zur Identifikation des Betreibers einer Website sowie Personenzertifikate zur Signierung und Verschlüsselung von E-Mails.¹ Zudem ist SwissSign eine nach dem Bundesgesetz über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur vom 18. März 2016 (ZertES; SR 943.03) anerkannte Anbieterin von Zertifizierungsdiensten.² Als anerkannte Anbieterin von Zertifizierungsdiensten wird sie von ihrer Muttergesellschaft, Post CH, bei der Leistungserbringung für die „SuisseID“ beigezogen. Die „SuisseID“ ist ein elektronischer Identitätsausweis im Internet, welcher den Besitzerinnen und Besitzern eine sichere Authentifikation zu Web-Applikationen, eindeutige Identifikation für Internet-Dienste und digitales, rechtsgültiges Signieren von Dokumenten ermöglicht.³ Deren Produktion entspricht den Sicherheitsanforderungen des ZertES bezüglich qualifizierten Zertifikaten.⁴

7. Die SwissSign hält ihrerseits eine 100 %-Beteiligung an der SwissSign AG mit Sitz in Vaduz (FL). Diese wurde gemäss Meldung gegründet, um die europäische Anerkennung für das Zertifikatsgeschäft von SwissSign zu erlangen. Gemäss Meldung handelt es sich dabei um die

¹ Secure Socket Layer (SSL) oder auch Transport Layer Security (TLS) genannte Zertifikate (<https://www.swissign.com/de/ssl-zertifikate>, zuletzt besucht am 3.3.2017).

² Vgl. https://www.sas.admin.ch/dam/sas/de/dokumente/Wer%20ist%20akkreditiert/Liste%20ZertES.pdf.download.pdf/PKI_ZertES_und_internationale_%20Standards_konsolidiert_20160629.pdf, zuletzt besucht am 3.3.2017.

³ Vgl. <https://www.suisseid.ch/de/suisseid-die-sichere-digitale-identitaet-im-internet>, zuletzt besucht am 3.3.2017. Gemäss Meldung, Beilage 23, Anhang 2 (Anhang 1.2 zum ABV) habe der Bundesrat im Rahmen der dritten Stufe konjunktureller Stabilisierungsmassnahmen 2009 die beschleunigte Einführung der SuisseID als erstes standardisiertes Produkt für einen sicheren elektronischen Identitätsnachweis beschlossen.

⁴ Vgl. <https://www.suisseid.ch/de/suisseid-die-sichere-digitale-identitaet-im-internet/technik-sicherheit>, zuletzt besucht am 3.3.2017.

eIDAS⁵-Anerkennung im Bereich der Vertrauensdienste. Bei diesen Diensten handle es sich nicht um Dienste im Bereich der elektronischen Identifizierungsmittel (E-ID), welche zum Nachweis der eigenen Identität in der digitalen Welt dienen. Gemäss Recherchen des Sekretariats der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) sind in der eIDAS-Verordnung folgende Vertrauensdienste vorgesehen: Erstellung, Überprüfung und Validierung von elektronischen Signaturen, elektronischen Siegeln oder elektronischen Zeitstempeln; Zustellung elektronischer Einschreiben; Erstellung, Überprüfung und Validierung von Zertifikaten für die Website-Authentifizierung; „Bewahrung“ (Archivierung) von diesen Diensten betreffende elektronische Signaturen, Siegeln oder Zertifikaten.⁶

A.2 Gründe für das Zusammenschlussvorhaben

8. Die meldenden Unternehmen bringen vor, dass sehr viele Betreiber von Websites das Bedürfnis hätten, ihre Kunden eindeutig zu identifizieren und/oder für die Nutzung bestimmter Dienstleistungen zu autorisieren. Die Anzahl Angebote im Internet, die zu diesem Zweck ein Login des Benutzers erfordern würden, sei kaum überschaubar und nehme laufend zu (z.B. Online-Shops, News-Sites, Social-Media etc.).

9. Die Umsetzung einer eigenen Login-Lösung durch einzelne Websites sei dabei nicht nutzerfreundlich, da jeweils ein Website-spezifischer Account eröffnet und ein Passwort definiert werden müssten. Deshalb würden grosse internationale IT-Anbieter, wie Facebook, Google, Microsoft, Yahoo oder LinkedIn eine einzige Login-Dienstleistung anbieten, die für verschiedene Websites genutzt werden könnten und in diesem Sinne „plattformunabhängig“ sei.

10. Da namentlich Social-Media-Plattformen (wie Facebook, Twitter oder LinkedIn) eine sehr grosse Nutzerzahl ausweisen könnten, sei es für einen Betreiber einer Website attraktiv, den Nutzerinnen und Nutzern das Login mittels dieser Social-Media-Plattformen zu ermöglichen.

11. Auch in der Schweiz würden Websites ihren Nutzern vermehrt alternative Login-Möglichkeiten, namentlich über Facebook und Google, anbieten. Ein Markt für solche plattformunabhängigen Login-Möglichkeiten sei in der Schweiz im Entstehen.

12. Mit der „SuisseID“ würde die SwissSign zwar ebenfalls ein Konkurrenzprodukt zu Facebook, Google, Microsoft, Yahoo, Twitter oder LinkedIn anbieten. Allerdings sei die Anzahl Websites, die ein Login mit Hilfe der „SuisseID“ anbieten würden, sehr klein und dementsprechend werde die Login-Funktionalität der „SuisseID“ wenig genutzt.

A.3 Ziele des Zusammenschlussvorhabens

13. In Zukunft solle SwissSign vermehrt im Bereich der Login-Dienstleistungen tätig sein und einen einheitlichen Benutzer-Account (Benutzername und Passwort) für Internet-Nutzerinnen und -Nutzer anbieten. Dieser solle als „Generalschlüssel“ über ein zentrales, plattformunabhängiges Login einen einfachen Zugang zu möglichst vielen digitalen Dienstleistungen ermöglichen.

14. [...].

15. Mit der Etablierung der SwissSign als Gemeinschaftsunternehmen wollten die Post und die SBB, die beide über eine relativ grosse Anzahl Benutzer-Accounts verfügen würden, die dafür benötigten Login-Dienstleistungen künftig von SwissSign beziehen. Damit dürfte SwissSign künftig für rund [...] Benutzer-Accounts die Login-Dienstleistungen erbringen. Davon dürften rund [...] Post-Logins und rund [...] SwissPass-Logins sein, welche durch die SBB zu SwissSign migriert würden. Unter Berücksichtigung der geschätzten Anzahl Doppelnutzerinnen und -nutzer dürften zusammen rund [...] Accounts von der Post und den SBB stammen. [...] Um die Verwendung des plattformunabhängigen Logins von SwissSign für andere Websites attraktiv zu machen, sei eine genügende Anzahl an Benutzer-Accounts notwendig.

16. Mit dem Gemeinschaftsunternehmen solle in einem ersten Schritt ein Login für den einfachen Zugang zu den elektronischen Dienstleistungen der SBB, der Post [...] bereitgestellt werden. In einem zweiten Schritt sollten Drittunternehmen und Behördenstellen in der Schweiz und weltweit plattformunabhängige Logins für ihre elektronischen Dienstleistungen nutzen können. [...]

A.4 Marktbefragung

17. Das Sekretariat hat verschiedene, im vorliegend relevanten Bereich tätige Unternehmen⁷ befragt.

18. Die Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend: Swisscom) teilt in ihrer Antwort zur Befragung mit, dass angesichts des revidierten ZertES, der Entwicklung bestimmter Gesetzgebungen (eHealth, Geldwäschereigesetz) und der Tatsache, dass SwissSign (wie bereits über die Post) über die SBB einen sehr grossen Kundenkreis über bestehende Infrastrukturen und Prozesse ansprechen könne, zu erwarten sei, dass die Beteiligung der SBB an SwissSign grossen Einfluss auf die Wettbewerbssituation haben werde. Allerdings sei auf dem Gebiet der E-ID „dermassen“ wenig gefestigt und vieles in Entwicklung, dass es schwierig sei, vorauszusagen, welchen Einfluss die Beteiligung haben werde.⁸

19. Ähnliches bringt die Facebook Switzerland Sàrl (nachfolgend: Facebook) vor. Verschiedene, sich konstant weiterentwickelnde E-ID-Lösungen seien global erhältlich. Dabei bestehe eine grosse Anzahl verschiedener Anbieter, unter welchen Wettbewerb herrsche.⁹

20. Auch die Google Switzerland GmbH (nachfolgend: Google) geht von einem bestehenden effektiven Wettbewerb aus.¹⁰

⁵ eIDAS-Regulation steht für die „The Regulation (EU) N°910/2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market“ des Europäischen Parlamentes und Rates vom 23. Juli 2014.

⁶ Vgl. https://www.bsi.bund.de/DE/Themen/DigitaleGesellschaft/eIDAS/Vertrauensdienste/Vertrauensdienste_node.html, zuletzt besucht am 3.3.2017.

⁷ Swisscom (Schweiz) AG, QuoVadis Trustlink Schweiz AG, Google Switzerland GmbH, Facebook Switzerland Sàrl und Apple Switzerland AG.

⁸ Antwort auf Frage 5 im Auskunftsbegehren an Swisscom.

⁹ Antwort auf Frage 4 im Auskunftsbegehren an Facebook.

¹⁰ Antwort auf Frage 4 im Auskunftsbegehren an Google.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

21. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

B.1.1 Unternehmen

22. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

23. Die Post kontrolliert heute über ihr 100%-Tochterunternehmen Post CH die SwissSign mit einem Aktienanteil von 100 % alleine. Vorliegend beabsichtigten die Post und die SBB die gemeinsame Kontrolle über die SwissSign zu erlangen und diese als Gemeinschaftsunternehmen zu führen. Danach soll die Post CH eine 50 %-Beteiligung an der SwissSign an die SBB veräussern. Dementsprechend haben die Parteien einen Aktienkaufvertrag abgeschlossen.

24. Der Aktienkaufvertrag stellt damit einen Vorgang im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 2 Abs. 1 VKU dar, durch den zwei oder mehr Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein Unternehmen erlangen können, das sie bisher nicht gemeinsam kontrollieren. Ob der Vollzug des Verpflichtungsgeschäfts, d.h. des Aktienkaufvertrages, tatsächlich zu gemeinsamer Kontrolle führt, ist nachfolgend zu prüfen. Gemäss Art. 2 Abs. 1 VKU ist zudem zu prüfen, ob das geplante Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt.

B.1.2.1 Gemeinsame Kontrolle

25. Eine gemeinsame Kontrolle besteht, wenn zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Möglichkeit haben, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens auszuüben. Gemeinsame Kontrolle liegt somit vor, wenn die kontrollierenden Unternehmen strategische geschäftspolitische Entscheidungen, d.h. Entscheidungen über Budget, Geschäftsplan, grössere Investitionen und Besetzung der Unternehmensleitung gemeinsam treffen, wobei nicht unbedingt eine einstimmige Beschlussfassung für alle diese Rechte gleichzeitig bestehen muss. Die Praxis der WEKO nimmt dabei Bezug auf die entsprechende Praxis der EU-Kommission. Eine gemeinsame Kontrolle liegt insofern dann vor, wenn die Muttergesellschaften bei allen wichtigen Entscheidungen, die das Gemeinschaftsunternehmen betreffen, Übereinstimmung erzielen müssen.¹¹

26. Die Post CH und SBB haben als künftige Aktionäre von SwissSign einen Aktionärsbindungsvertrag (nachfolgend: ABV) abgeschlossen. [...]

27. [...]

28. Gestützt auf diese Angaben der Meldung ist von einer künftigen gemeinsamen Kontrolle der Post und der SBB über die SwissSign auszugehen.

B.1.2.2 Vollfunktionsunternehmen¹²

29. Ein Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU liegt gemäss Praxis der WEKO unter folgenden Voraussetzungen vor:

- Das Gemeinschaftsunternehmen hat eine eigene Marktpräsenz, d.h. es tritt als Anbieter oder Nachfrager auf dem Markt auf, wobei es dabei mehr als eine spezifische Funktion in der Geschäftstätigkeit der Muttergesellschaften übernehmen muss.
- Das Gemeinschaftsunternehmen tritt als selbständige wirtschaftliche Einheit auf. Es muss somit in der Lage sein, eine eigene Geschäftspolitik verfolgen zu können.
- Das Gemeinschaftsunternehmen ist auf Dauer angelegt, d.h. es ist dazu bestimmt und in der Lage, seine Tätigkeiten zeitlich unbegrenzt, zumindest aber langfristig auszuüben.
- Das Gemeinschaftsunternehmen muss über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und ausreichende Ressourcen wie finanzielle Mittel, Personal, materielle und immaterielle Vermögenswerte verfügen.

30. *Eigene Marktpräsenz:* Die SwissSign betreibt gemäss Meldung bereits heute ein Unternehmen, das im Bereich IT-Sicherheit tätig ist. SwissSign sei als Anbieterin von verschiedenen Dienstleistungen am Markt tätig. Sie werde auch künftig eine eigene Marktpräsenz haben.

31. *Selbständige wirtschaftliche Einheit, Dauerhaftigkeit und Zugang zu ausreichenden Mitteln:* SwissSign stellt gemäss Meldung eine selbständige wirtschaftliche Einheit mit eigener Geschäftspolitik dar, die auf Dauer angelegt ist, über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management verfügt und über ausreichende Ressourcen für die Geschäftstätigkeit (wie finanzielle Mittel, Personal, materielle und immaterielle Vermögenswerte) verfügt. Gemäss Meldung wird sich daran auch durch den Zusammenschluss nichts ändern und es sei auch künftig vorgesehen, dass die SwissSign ihre Dienstleistungen nicht nur gegenüber der Post und den SBB, sondern auch gegenüber Dritten erbringen werde.

32. Aufgrund dieser Darstellungen kann die Vollfunktionalität im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU bejaht werden.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

33. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

¹¹ Vgl. zum Ganzen RPW 2016/1, 305 Rz 92, *Stellungnahme vom 14. Dezember 2015 in Sachen Zusammenschlussvorhaben betreffend Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft/ Swisscom AG/Ringier AG*.

¹² Vgl. zum Ganzen RPW 2016/1, 305 Rz 97 ff., *Stellungnahme vom 14. Dezember 2015 in Sachen Zusammenschlussvorhaben betreffend Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft/ Swisscom AG/Ringier AG*.

B.3 Meldepflicht

34. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Mrd. Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Mio. Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in

der Schweiz von je mindestens 100 Mio. Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

35. Gemäss Meldung sei das Geschäftsjahr, das dem Verpflichtungsgeschäft vorangeht, für alle beteiligten Unternehmen das Kalenderjahr 2015.

36. Folgende Tabelle gibt die Umsätze der beteiligten Unternehmen für das Geschäftsjahr 2015 gemäss Meldung wieder.

	Post	SBB	SwissSign	insgesamt
Schweiz	[...]	[...]	[...]	[...]
Weltweit	[...]	8786 Mio.	[...]	[...]

Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2015 (in Franken).

37. Die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG sind damit erreicht. Das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

38. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

39. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind gemäss Art. 11 Abs. 3 VKU zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

B.4.1 Relevante Märkte

40. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszweckes als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU). Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (vgl. Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

41. Ausgangspunkt der Bestimmung der sachlich und räumlich relevanten Märkte ist die Geschäftstätigkeit der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens werden für die Abgrenzung der sachlich und räumlich relevanten Märkte nur diejenigen Geschäftstätigkeiten herangezogen, in denen SwissSign künftig als Anbieter tätig sein wird. Die Geschäftstätigkeiten, in welchen die Post und die SBB weiterhin eigenständig Produkte und Dienstleistungen anbieten und auf welche das Zusammenschlussvorhaben keine Auswirkungen hat, werden vorliegend nicht geprüft.

42. Die SwissSign werde künftig für ihre Kunden eine digitale Identität (eine E-ID) der Nutzerinnen und Nutzer (bzw. Anwenderinnen und Anwender) von digitalen Dienstleistungen für eine einfache und sichere digitale Geschäftsabwicklung zur Verfügung stellen. [...]

Identity Services

43. [...]

44. [...]

45. [...]

46. [...]

47. SwissSign sieht sich damit bezüglich Identity Services grundsätzlich zwei Nachfragegruppen gegenüber: Einerseits den vertrauenden Diensten (Anwendungen) und andererseits den Nutzerinnen und Nutzern dieser vertrauenden Dienste. [...]

48. Aus dieser Anlage resultiert [...] grundsätzlich eine zweiseitige Plattform auf welcher vertrauende Dienste und die entsprechenden Nutzerinnen und Nutzer zusammengebracht werden. [...]

49. Als konkretes Beispiel kann hierzu ein Online-Shop-Betreiber (vertrauender Dienst) erwähnt werden, der das Login zu seinem Online-Shop mittels der von SwissSign angebotenen digitalen Identität ermöglicht. Diese wiederum wird von den Nutzerinnen und Nutzern von SwissSign bezogen und u.a. zum Login in den Online-Shop verwendet.

50. SwissSign steht bezüglich dieser Dienstleistungen mit anderen Anbietern von digitalen Identitäten, und damit mit anderen derartigen zweiseitigen Plattformen in Konkurrenz. Es resultiert ein zweiseitiger Plattformmarkt.¹³

¹³ ROCHET, JEAN-CHARLES UND JEAN TIROLE (2003), *Platform Competition in Two-Sided Markets*, Journal of the European Economic Association, 1(4), S. 990-1029, ROCHET, JEAN-CHARLES UND JEAN TIROLE (2006), *Two-Sided markets: A Progress Report*, The RAND Journal of Economics, 37(3), 645-667, ARMSTRONG, MARK (2006), *Competition in Two-Sided Markets*, The RAND Journal of Economics, 37(3), 668-691.

51. Bei zweiseitigen Plattformmärkten ist zunächst zu entscheiden, ob die Abgrenzung anhand eines oder anhand zweier Märkte zu erfolgen hat. In der Tat ist es denkbar, den zweiseitigen Markt als einen Markt zu betrachten, der beide Seiten umfasst, oder diesen aufzuteilen und als zwei miteinander verbundene Teilmärkte – ein Teilmarkt pro Seite – anzusehen.¹⁴

52. Hierbei kann zwischen Nicht-Transaktionsmärkten und Transaktionsmärkten unterschieden werden.¹⁵ Bei Vorliegen von Nicht-Transaktionsmärkten werden die identifizierten Plattformseiten in zwei verschiedene Teilmärkte aufgeteilt, die jeweils die Dienstleistung der Plattform gegenüber einer Nachfragegruppe umfassen. Bei der Betrachtung eines dieser Teilmärkte ist dann die Verbindung mit dem jeweils anderen Teilmarkt entsprechend zu berücksichtigen. So wäre beispielsweise ein Zeitungsmarkt in einen Lesermarkt und in einen Werbemarkt aufzuteilen.

53. Bei Vorliegen von Transaktionsmärkten können diese als ein Markt betrachtet werden, der beide Marktseiten umfasst. Hier muss beachtet werden, dass unter Umständen die Dienstleistungen, die die Plattform beiden Seiten anbietet, anders definiert werden müssen, da sonst zwei nicht miteinander substituierbare Produkte (die Dienstleistung gegenüber Seite 1 und diejenige gegenüber Seite 2) in einem Markt zusammengefasst würden. Dazu kann das Beispiel einer Online-Handelsplattform betrachtet werden. Statt die Produkte „Bereitstellung von Dienstleistungen für Käufer“ und „Bereitstellung von Dienstleistungen für Verkäufer“ in einem Markt zusammenzufassen, ist stattdessen das Produkt „Dienstleistung zur Interaktion auf der Online-Handelsplattform“ zu definieren, das beide Seiten symmetrisch betrifft. In der Folge ist der Markt anhand dieser Dienstleistung abzugrenzen.

54. Die Frage, ob die einzelnen vorgesehenen Identifikationsdienstleistungen der Produktgruppe [...] Transaktionsmärkte darstellen oder nicht, wird im vorliegenden Fall offengelassen. Gemäss FILISTRUCCHI ET AL.¹⁶, führt die Betrachtung von separaten Märkten auf beiden Seiten in den meisten Fällen zu engeren Märkten, als bei einer (objektiv korrekten) Betrachtung eines Transaktionsmarktes. Insofern stellt eine separate Betrachtung der Seiten eine konservativere bzw. weniger permissive Betrachtung dar, die nur dann zu Fehlentscheidungen führen wird, wenn die Marktabgrenzung entscheidend für das Resultat der Zusammenschlusskontrolle ist. Wie nachfolgend ersichtlich sein wird, liegen selbst bei einer separaten Betrachtung der Seiten keine betroffenen Märkte vor.

55. [...]

56. [...]

57. [...]

58. [...]

Certificate Services

59. SwissSign bietet heute unterschiedliche vertrauenswürdige Identitäten in der Form von *digitalen Zertifikaten* an und wird diese auch künftig anbieten.

60. Gemäss Zusammenschlussparteien wird die SwissSign auch künftig die nachfolgend beschriebenen Dienstleistungen in diesem Bereich anbieten:

61. *Code-Signing-Dienstleistungen*: Diese Dienstleistungen würden dazu dienen, *Software und Anwendungen zu signieren*. In Abhängigkeit des verwendeten Betriebssystems oder eines IT-Systems könne auf diesem nur Software installiert werden, die über eine Signatur verfügt. *Durch die Signatur des entsprechenden Codes mit dem Zertifikat eines offiziellen Anbieters würde die Software als vertrauenswürdig und integer (unverändert) gekennzeichnet*. Nachfrager von diesen Dienstleistungen und Vertragsparteien seien Unternehmen, die Software entwickeln.

62. *Massensignaturen*: Als Massensignaturen würden Archiv-, Rechnungs- oder Publikationsprozesse von Unternehmen eingesetzt. Massensignaturen würden auf einem Organisationszertifikat oder einem Zeitstempel beruhen. Ein Organisationszertifikat ist auf eine Organisation ausgestellt. Zeitstempel sind eine elektronische signierte Bescheinigung, dass elektronische Daten und Dokumente zu einem bestimmten Zeitpunkt in dieser Form vorgelegt sind. SwissSign würde Zertifikate für die Signierung von elektronischen Rechnungen (E-Rechnungen) und Zeitstempel anbieten. Nachfrager von diesen Dienstleistungen und Vertragspartner seien Organisationen (Unternehmen oder Behörden), welche die Urheber der signierten Dokumente sind.

63. *Personenzertifikate*: Diese Zertifikate würden primär für die Verschlüsselung und Signierung von E-Mails verwendet. Sie stellten aber, im Unterschied zur SuisseID, keine qualifizierte elektronische Signatur dar und seien somit nicht der eigenhändigen Unterschrift gleichgestellt. Personenzertifikate seien immer auf eine bestimmte natürliche Person bezogen und somit persönlich. Dies schliesse aber nicht aus, dass diese natürliche Person sie im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit für eine Organisation (Unternehmen oder Behörde) nutzt. Nachfrager von diesen Dienstleistungen und Vertragspartner seien natürliche Personen (Unternehmen oder Behörden), welche die Urheber der signierten Dokumente sind.

64. *SSL-/TSL- und Geräte-Zertifikate*: Diese Zertifikate würden dazu dienen, die Identität von Websites und Servern zu bestätigen. Gleichzeitig würden sie die verschlüsselte Datenübertragung im Internet ermöglichen.

65. Für alle Zertifikate gelte, dass diese über zwei Bezugskanäle bezogen werden könnten: Als *Einzelprodukte* oder als sogenannte „*Managed PKI*“¹⁷ *Zertifikat Services*“.

66. Einzelzertifikate sind einzeln ausgestellte Zertifikate, welche – je nach Produkt – sowohl von natürlichen Personen als auch von Behörden oder Unternehmen nachgefragt würden, ohne dass es sich dabei um unterschiedliche Produkte handeln würde.

¹⁴ FILISTRUCCHI, LAPO, GERADIN, DAMIEN, VAN DAMME, ERIC UND PAULINE AFFELDT (2014), *Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice*, Journal of Competition Law & Economics, 10(2), 293-339.

¹⁵ Vgl. FILISTRUCCHI ET AL. (Fn 14).

¹⁶ Vgl. FILISTRUCCHI ET AL. (Fn 14), S. 339.

¹⁷ PKI steht für Personal Key Infrastructure.

67. „Managed PKI Zertifikat Services“ würden dem Kunden die Möglichkeit bieten, über eine elektronische Schnittstelle Zertifikate automatisiert zu beziehen. Dabei würde SwissSign die Identität des Kunden nur einmal – zu Beginn der Dienstleistung – prüfen. Danach würde dieser die Möglichkeit erhalten, die gewünschten Zertifikate über die elektronische Schnittstelle ohne weitere Identitätsprüfung zu beziehen. Dementsprechend handelt es sich bei den Nutzern von „Managed PKI Zertifikat Services“ um Unternehmen oder Behörden, die regelmässig Zertifikate ausstellen würden.

68. Alle vorangehend beschriebenen digitalen Zertifikate würden auf internationalen Branchenstandards beruhen und könnten online auch bei ausländischen Anbietern bezogen werden.

B.4.1.1 Sachlich relevante Märkte

69. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

70. Ausgehend von den im vorangehenden Abschnitt B.4.1 beschriebenen Tätigkeitsbereichen der SwissSign werden nachfolgend die sachlich relevanten Märkte identifiziert.

Vorbemerkungen zu elektronischen Identifizierungsmitteln (E-ID)

71. Hinsichtlich der Märkte für plattformunabhängige E-ID können zunächst folgende Feststellungen gemacht werden:

- E-ID können danach unterschieden werden, ob sie *vom Staat anerkannt werden oder nicht*. In der Schweiz existiert noch kein E-ID-Gesetz, es ist jedoch in Entwicklung¹⁸ und soll, wie die staatlich anerkannten E-ID-Systeme der Schweiz, kompatibel zu den E-ID-Systemen der EU sein.¹⁹
- E-ID werden sowohl von Inhaberinnen und Inhabern der elektronischen Identität als auch von Betreibern von E-ID-verwendenden Diensten (vertrauende Beteiligte; bspw. Webseiten mit Logins) nachgefragt. E-ID-Systeme können in diesem Sinne als *zweiseitige Plattformen* in entsprechenden Märkten erfasst werden (siehe hierzu auch Rz 46 ff.).
- E-ID können zudem in *unterschiedlicher Qualität* bezüglich Vertrauen, Sicherheit und Nutzerfreundlichkeit (niedrige Eintrittsschwelle, einfacher Einsatz, verbreitete Anwendbarkeit) angeboten werden. Dabei wird typischerweise nach drei Sicherheitsniveaus unterschieden:²⁰

a. Sicherheitsniveau „niedrig“:

- Online-Registrierung beim Anbieter der E-ID gestützt auf einen staatlichen Ausweis.
- Verwendung von nur wenigen Personenidentifizierungsdaten (Name, Vorname, Geburtsdatum).
- Der Einsatz der E-ID verlangt mindestens eine Ein-Faktor-Authentifizierung.

b. Sicherheitsniveau „substanziell“:

- Registrierung per persönlicher Vorsprache beim Anbieter der E-ID oder per Videoidentifikation gestützt auf einen staatlichen Ausweis.
- Neben Personenidentifizierungsdaten des Niveaus „niedrig“ werden auch weitere Attribute wie das Geschlecht, der Zivilstand oder das Gesichtsbild verwendet.
- Der Einsatz der E-ID verlangt mindestens eine Zwei-Faktor-Authentifizierung.

c. Sicherheitsniveau „hoch“:

- Registrierung per persönlicher Vorsprache beim Anbieter der E-ID oder per Videoidentifikation gestützt auf einen staatlichen Ausweis. Zusätzliche Überprüfung der Echtheit des Ausweises und mindestens eines biometrischen Merkmals gestützt auf eine unabhängige behördliche Quelle (Ausweisgültigkeit und Gesichtsbild oder anderes biometrisches Erkennungsmerkmal).
- Verwendung aller Personenidentifizierungsdaten (z.B. auch das Unterschriftsbild).
- Der Einsatz der E-ID verlangt mindestens eine Zwei-Faktor-Authentifizierung, wobei ein Faktor biometrisch sein muss.

72. Nachfolgend werden die von SwissSign vorgesehenen E-ID genauer eingestuft.

Vorgesehene elektronische Identifizierungsmitteln (E-ID)

73. [...]

[...]

74. [...]

75. [...]

76. [...]

77. Die beteiligten Unternehmen bringen zudem vor, dass eine umsatzbasierte Betrachtung nicht möglich sei, da die grössten Konkurrenten (vgl. nachfolgend Rz 128) kostenlose Angebote lieferten. SwissSign habe im Jahr 2016 mit Personenzertifikaten einen Umsatz von rund [...] erzielt.

[...]

78. [...]

¹⁸ Vgl. <http://www.schweizerpass.admin.ch/pass/de/home/aktuell/konsultation.html>, zuletzt besucht am 3.3.2017 und <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-65745.html>, zuletzt besucht am 3.3.2017.

¹⁹ Vgl. hierzu die Verordnung (EU) Nr.910/2014 des europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/93/EG (eIDAS-Verordnung).

²⁰ Vgl. etwa Artikel 8 der eIDAS-Verordnung oder das Konzept 2016 zu staatlich anerkannten E-ID des Bundesamtes für Polizei, abrufbar unter <http://www.schweizerpass.admin.ch/dam/data/pass/aktuell/konsultation/konzept-d.pdf>, zuletzt besucht am 3.3.2017.

79. [...]

80. [...]

[...]

81. [...]

82. [...]

83. [...]

84. [...]

Zur staatlichen Anerkennung der vorgesehenen E-ID

85. [...]

86. Betreffend die weiteren vorgesehenen, plattformunabhängigen E-ID machen die beteiligten Unternehmen geltend, dass heute in der Schweiz noch keine gesetzliche Grundlage für eine staatliche Anerkennung dieser E-ID existiere. Zwar plane der Bund, ein Bundesgesetz über anerkannte elektronische Identifizierungseinheiten (E-ID-Gesetz) zu schaffen (vgl. dazu Rz 71). Der Gesetzgebungsprozess sei aber noch nicht weit fortgeschritten. Ein Vorentwurf liege noch nicht vor und die Vernehmlassung dazu sei offenbar erst für das Jahr 2017 geplant. Auch sei der Ausgang des parlamentarischen Prozesses ungewiss und insofern auch die Ausgestaltung des E-ID-Gesetzes.

87. [...]

88. [...]

Zur Substituierbarkeit von staatlich anerkannten und staatlich-nicht anerkannten E-ID

89. Hinsichtlich der Substituierbarkeit von staatlich anerkannten und nicht-staatlich anerkannten E-ID sind die beteiligten Unternehmen der Auffassung, dass eine Markt-abgrenzung nach dem Kriterium der staatlichen Anerkennung nicht sachgerecht wäre. Je nach Anwendungs-bereich dürften auch künftig E-ID mit und ohne staatliche Anerkennung miteinander in direktem Wettbewerb stehen und daher zum gleichen Markt gehören.

90. Diese Auffassung wird grundsätzlich auch von der befragten Swisscom gestützt. Nach deren Einschätzung dürfte die Substituierbarkeit vom Verwendungszweck des Identifizierungsmittels abhängen. Nicht für jeden Verwendungszweck sei ein – tendenziell höherwertiges – staatlich anerkanntes Identifizierungsmittel nötig.²¹

91. Gestützt auf die Angaben von SwissSign zu ihren Plänen im Bereich staatlich anerkannter E-ID und dem noch laufenden schweizerischen Gesetzgebungsprozess in der Schweiz sowie den Ergebnissen der Marktbefragung wird nachfolgend vorerst und einzig für den vorliegenden Fall auf die Unterscheidung zwischen staatlich anerkannten und staatlich nicht-erkannten E-ID (exkl. der qualifizierten elektronischen Signatur) verzichtet.

Zur Substituierbarkeit von E-ID mit unterschiedlichen Sicherheitsniveaus

92. Betreffend die Substituierbarkeit von E-ID nach unterschiedlichen Sicherheitsniveaus (siehe dazu insbesondere Rz 71) sind die beteiligten Unternehmen der Auffassung, dass die unterschiedlichen Sicherheitsniveaus lediglich unterschiedliche Qualitäten der gleichen Dienstleistung darstellen würden. Diese würden allerdings

nichts an deren Substituierbarkeit ändern. Deshalb sei es falsch, den Bereich der E-ID nach Sicherheitsniveaus zu unterteilen.

93. Demgegenüber ist die Swisscom der Einschätzung, dass die Substituierbarkeit auch hier vom Verwendungszweck des Identifizierungsmittels abhängen. Wenn hohe Sicherheitsniveaus erforderlich sind (z.B. im Zusammenhang mit Bankgeschäften), dürfte eine Ein-Faktor-Authentifizierung nicht mit einer Zwei-Faktor-Authentifizierung austauschbar sein.²²

94. Facebook führt aus, dass grundsätzlich eine Substituierbarkeit vorliege. Die Wahl des Produkts hänge jedoch von den individuellen Bedürfnissen der Kunden ab.²³

95. Gemäss Google könne das Sicherheitsniveau bei der Substituierbarkeit eine Rolle spielen. Entscheidender sei aber aus Sicht eines Anwendungsentwicklers vielmehr die Reichweite bzw. die Verbreitung einer E-ID, welche ihrerseits vom Sicherheitsniveau abhängig sein könne.²⁴

96. Basierend auf diesen Angaben, ist grundsätzlich zumindest von einer einseitigen Substituierbarkeit von tieferen Sicherheitsniveaus durch höhere Sicherheitsniveaus auszugehen, jedoch nicht von höheren durch tiefere Sicherheitsniveaus. Vielmehr sind die Anforderungen an das jeweilige Sicherheitsniveau aus Sicht der Markt-genseiten (Nutzerinnen und Nutzer sowie vertrauende Dienste) von der jeweiligen Anwendung abhängig.

97. Im Folgenden werden die E-ID demnach nach Sicherheitsniveau unterschieden und die unterschiedlichen Niveaus bei der Marktabgrenzung berücksichtigt. Zu [...] zur qualifizierten elektronischen Signatur ist, wie nachfolgend beschrieben, ein separater Markt abzugrenzen.

B.4.1.1.1 Märkte für plattformunabhängige elektronische Identifizierungsmittel (E-ID)

98. Bei den in Abschnitt B.4.1 beschriebenen Identity Services handelt es sich um plattformunabhängige elektronische Identifikationsmittel (E-ID). Mit „plattformunabhängig“ ist gemeint, dass sie von verschiedenen und unabhängigen vertrauenden Diensten (bspw. Onlinedienst-anbieter wie Online-Shops, Download-Shops, News-Portalen etc.) bezogen werden können.

99. E-ID dienen den Nutzerinnen und Nutzern dieser vertrauenden Dienste als Nachweis der eigenen Identität in der digitalen Welt. Mit ihnen können sie von den vertrauenden Diensten authentifiziert werden und somit zum Dienst zugelassen werden.

100. Die Anbieter von E-ID werden als sogenannte „Identity Provider“ (IdP) bezeichnet. SwissSign ist ein IdP.

101. Die Besonderheit der Dienstleistungen von SwissSign solle künftig darin liegen, dass die gleiche E-ID auf verschiedenen Websites verwendet werden könne, ohne dass sich die Nutzerin oder der Nutzer mehrfach registrieren müsse.

²¹ Antwort auf Frage 2 im Auskunftsbegehren an Swisscom.

²² Antwort auf Frage 3 im Auskunftsbegehren an Swisscom.

²³ Antworten auf Fragen 2 und 3 im Auskunftsbegehren an Facebook.

²⁴ Antwort auf Frage 3 im Auskunftsbegehren an Google.

102. Ausgehend von den vorangehenden Erläuterungen zu den E-ID werden folgende Einzelmärkte im Bereich plattformunabhängiger E-ID abgegrenzt:

- Markt für *einfache Logins mit digitaler Datenübergabe* (ein „niedriges“ Sicherheitsniveau).
- Markt für *sichere Logins mit Zwei-Faktor-Authentifizierung* (ein „substanzielles“ Sicherheitsniveau) und *Identitätsbestätigungen*.

B.4.1.1.2 Markt für qualifizierte elektronische Signaturen

103. Der Bereich von staatlich anerkannten elektronischen Signaturen wird in der Schweiz durch das ZertES (siehe Rz 6) auf Gesetzesstufe geregelt.

104. SwissSign werde künftig, wie bisher auch, als Zertifizierungsdiensteanbieter für digitale Zertifikate nach dem ZertES tätig sein. Dabei bietet sie eine qualifizierte elektronische Signatur im Sinne von Art. 2 ZertES an. Die qualifizierte elektronische Signatur ist dabei eine spezielle Form der elektronischen Signatur (Art. 2 Bst. e ZertES).

105. Eine digitale Signatur stellt somit einen Zusatzdienst im Rahmen eines E-ID-Angebots dar und dient zudem zur Authentifikation von elektronischen Daten – im Gegensatz zur Authentifikation von Personen.

106. Zudem sind die Anforderungen an eine qualifizierte elektronische Signatur im Sinne des ZertES in der Schweiz auf Gesetzesstufe festgelegt. Die Erfüllung dieser Anforderungen ist Bedingung für die Anerkennung von Anbieter solcher Signaturen.

107. Auf dieser Grundlage und den oben in Rz 81 ff. gemachten Erläuterungen ist ein Markt für qualifizierte elektronische Signaturen abzugrenzen.

B.4.1.1.3 Markt für digitale Zertifikate

108. Bei den in Abschnitt B.4.1 beschriebenen Certificate Services handelt es sich um vertrauenswürdige Identitäten in der Form von digitalen Zertifikaten.

109. Diese Zertifikate werden dazu verwendet, Objekte (bspw. eine Software, ein Dokument, eine Webseite oder eine E-Mail) mit einem Zertifikat und/oder einem Zeitstempel zu kennzeichnen bzw. zu verschlüsseln.

110. Das Zertifikat wird daher vom Objekteigentümer nachgefragt und dient ihm dazu, sein Objekt zusätzlich mit einer Vertrauenswürdigkeit zu veredeln.

111. Die Adressaten des Objektes (bspw. die Empfänger eines mit einer digitalen Signatur versehenen E-Mails) sind insofern auch keine direkten Nachfrager des Zertifikates des Zertifikataustellers. Vielmehr verlangen sie ein vertrauenswürdigen, d.h. mit einem digitalen Zertifikat versehenes Objekt.

112. Die relevanten Märkte für digitale Zertifikate sind demnach aus Sicht der Nachfrager dieser Zertifikate, also aus Sicht der Objekteigentümer, die ihr Objekt mit einem digitalen Zertifikat versehen wollen, einseitig abzugrenzen.

113. Vorliegend kann offengelassen werden, ob für jede digitale Zertifikatsart (vgl. Rz 59 ff.) ein eigener Markt abgegrenzt werden soll oder ob mehrere bzw. alle digitalen

Zertifikatsarten unter einem Markt zusammengefasst werden sollen, zumal so oder anders kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegt (vgl. dazu Abschnitt B.4.2 zu der voraussichtlichen Stellung in relevanten bzw. potenziell betroffenen Märkten).

B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte

114. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

B.4.1.2.1 Markt für einfache Logins mit digitaler Datenübergabe

115. [...]

116. [...]

117. Es ist allerdings davon auszugehen, dass die Nachfrager von E-ID (natürliche Personen, Unternehmen, Behörden) diese international beziehen können und damit der Markt für einfache Logins mit digitaler Datenübergabe in räumlicher Hinsicht international abzugrenzen ist.

118. Die Frage nach einer nationalen oder internationalen Abgrenzung des Markts für einfache Logins mit digitaler Datenübergabe kann im Endergebnis allerdings offengelassen werden, da, wie nachfolgend gezeigt wird, selbst bei einer engeren nationalen Abgrenzung keine Markteinteile eruiert werden können, die auf einen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU schliessen lassen würden.

119. Basierend auf diesen Angaben wird von einem zumindest national abzugrenzenden Markt ausgegangen.

B.4.1.2.2 Markt für sichere Logins mit Zwei-Faktor-Authentifizierung und Identitätsbestätigungen

120. Sichere Logins mit Zwei-Faktor-Authentifizierung und Identitätsbestätigungen können grundsätzlich in demselben Gebiet nachgefragt werden wie einfache Logins mit digitaler Datenübergabe. Der Markt für sichere Logins mit Zwei-Faktor-Authentifizierung und Identitätsbestätigungen ist daher ebenfalls zumindest national abzugrenzen (vgl. Rz 118 f.).

B.4.1.2.3 Markt für qualifizierte digitale Signaturen

121. Die Qualifikation einer digitalen Signatur bemisst sich an den Vorgaben des ZertES.

122. Die Dienstleistungen von SwissSign in diesem Bereich können in der ganzen Schweiz nachgefragt werden.

123. In der Folge wird der Markt für qualifizierte digitale Signaturen schweizweit abgegrenzt.

B.4.1.2.4 Markt für digitale Zertifikate

124. Die beteiligten Unternehmen bringen vor, dass alle von SwissSign angebotenen digitalen Zertifikate auf internationalen Branchenstandards beruhen würden (siehe Rz 68) und ohne weiteres über das Internet auch bei ausländischen Anbietern bezogen werden können.

125. Es ist damit davon auszugehen, dass die Nachfrager von digitalen Zertifikaten (natürliche Personen, Unternehmen, Behörden) diese international beziehen können,

weshalb der Markt für digitale Zertifikate in räumlicher Hinsicht international abzugrenzen ist.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

126. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als „vom Zusammenschluss betroffene Märkte“ bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

B.4.2.1 Markt für einfache Logins mit digitaler Datenübergabe

127. Nach Aussagen der beteiligten Unternehmen gibt es heute unter den Inhaberinnen und Inhabern einer „SuisseID“ von SwissSign nur wenige, die diese auch für ein einfaches Login (mit einem „niedrigen“ Sicherheitsniveau, ohne Registrierung gestützt auf einen staatlichen Ausweis und ohne staatliche Anerkennung) nutzen.

128. Die wichtigsten Anbieter in diesem Bereich seien Facebook mit rund 3.7 Mio., Google mit rund 3.6 Mio., LinkedIn mit rund 1.8 Mio., Xing mit rund 0.8 Mio. und Twitter mit rund 0.7 Mio. Nutzer-Accounts in der Schweiz.

129. Der Marktanteil gemessen an der Anzahl Nutzerinnen und Nutzer liege deshalb bei [...].

130. Gestützt auf diese Angaben liegt hier kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

B.4.2.2 Markt für sichere Logins mit Zwei-Faktor-Authentifizierung und Identitätsbestätigungen

131. SwissSign ist heute mit der „SuisseID“, welche u.a. über ein Login mit einer Zwei-Faktor-Authentifizierung verfügt, auf diesem Markt tätig.

132. Die „SuisseID“ von SwissSign habe rund [...] Nutzerinnen und Nutzer, wobei, gemäss der beteiligten Unternehmen, der grösste Teil der Nutzer die „SuisseID“ primär als qualifizierte elektronische Signatur und nicht für das Login verwenden würden.

133. Die wichtigsten weiteren Anbieter in diesem Bereich dürften gemäss Meldung die [...] mit [...] und [...] sein. Ebenfalls seien [...] mit der [...] und [...] in diesem Markt tätig. Daraus schätzt SwissSign, dass unter Berücksichtigung von weiteren Anbietern das gesamte Marktvolumen an Nutzer-Accounts bei ca. [...] zu liegen komme. Demnach liege der maximale Marktanteil von SwissSign in der Schweiz bei höchstens [...].

134. Die Anzahl vertrauender Dienste, welche ein sicheres Login mit der „SuisseID“ ermöglichen, sei [...]. Dabei würden diese in den allermeisten Fällen neben der „SuisseID“ weitere alternative Login-Möglichkeiten anbieten. Daher schätzen die beteiligten Unternehmen den Marktanteil gemessen an der Anzahl vertrauender Dienste als [...].

135. Mit der „SuisseID“ von SwissSign erzielte die Post im Jahr 2016 einen Umsatz von rund [...]. SwissSign habe keine Kenntnisse über die Umsätze der Wettbewerber, da diese keine Umsatzzahlen publizieren würden. Zudem würde die [...] ihre [...] für Benutzer gratis anbieten, jedoch nicht für vertrauende Dienste. Eine umsatzbasierte Marktanteilsberechnung sei daher als nicht sachgerecht und das Bild verzerrend zu betrachten. Gleichwohl schätzt SwissSign ihren Marktanteil auf der Nutzerseite auf ungefähr [...] und auf der Seite der vertrauenden Dienste auf unter [...].

136. Gestützt auf diese Angaben ist der Markt für sichere Logins mit Zwei-Faktor-Authentifizierung und Identitätsbestätigungen nicht als betroffen im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU zu qualifizieren.

B.4.2.3 Markt für qualifizierte elektronische Signaturen

137. Gemäss Angaben der beteiligten Unternehmen sind zum Gesamtvolumen des Marktes für qualifizierte elektronische Signaturen keine Zahlen verfügbar.

138. Gemäss einer groben Schätzung von SwissSign dürfte der eigene sowohl nutzer- als auch umsatzbasierte Marktanteil unter [...] liegen. Gemäss dieser Schätzung dürfe [...] der grösste Anbieter sein. [...] dürfe der zweitgrösste Wettbewerber sein.

139. Gestützt auf diese Angaben ist der Markt für qualifizierte elektronische Signatur nicht im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffen.

B.4.2.4 Markt für digitale Zertifikate

140. Nach Angaben der beteiligten Unternehmen steht SwissSign betreffend allen von ihr angebotenen digitalen Zertifikaten im nationalen und internationalen Wettbewerb.

141. Nach Einschätzung der beteiligten Unternehmen dürfte der internationale Marktanteil je Dienstleistung jeweils weniger als [...] betragen.

142. Für den Fall, dass man je Dienstleistung von einem schweizerischen Markt ausgehen würde, dürfte der Marktanteil nach Einschätzung der beteiligten Unternehmen jeweils bei rund [...] bis maximal [...] liegen.

143. Eine allfällige Unterscheidung nach Bezugskanälen (Einzelprodukte oder „Managed PKI Zertifikat Services“; vgl. Rz 65 ff.) würde gemäss Meldung die Marktanteile in den nach diesem Kriterium weiteren segmentierten Märkten ungefähr gleich hoch ausfallen lassen, weshalb die Erforderlichkeit dieser Segmentierung aus Sicht der Marktgegenseite für den vorliegenden Fall offengelassen werden kann.

144. Die Post (exkl. der SwissSign) und die SBB sind im Bereich der digitalen Zertifikate nicht tätig, weshalb das vorliegende Zusammenschlussvorhaben in diesen Bereichen zu keinen Marktanteilsadditionen führen wird.

145. Somit liegt bzw. liegen im Bereich der digitalen Zertifikate kein betroffener Markt bzw. keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

B.4.2.5 Zwischenergebnis

146. Aus den oben dargelegten Gründen liegen keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor, womit grundsätzlich keine Anhaltspunkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU bestehen, dass der Zusammenschluss auf einem relevanten Markt eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

B.4.2.6 Einschätzung künftiger Nutzer-Accounts mit E-ID-Optionen von SwissSign

147. Es ist schwierig abzuschätzen, welche direkten und indirekten Effekte von der Anzahl Nutzer-Accounts, die künftig E-ID-Dienstleistungen von SwissSign anwenden werden, auf die Entwicklung der einzelnen Geschäftsbereiche von SwissSign ausgehen.

148. Je verbreiteter bspw. die Login-Möglichkeiten von SwissSign sein werden, desto attraktiver werden diese für vertrauende Dienste (bspw. im Hinblick auf die Eröffnung dieser Möglichkeiten auf ihren Webseiten für ihre Kunden) und desto mehr Kunden bzw. Nutzerinnen und Nutzer werden wiederum eine E-ID von SwissSign nachfragen (indirekte Netzwerkeffekte zwischen Plattformseiten).

149. SwissSign wurde deshalb zusätzlich nach ihrer Einschätzung der Anzahl Nutzer-Accounts von vertrauenden Diensten, die in einem Betrachtungshorizont von zwei bis drei Jahren die *E-ID-Dienstleistungen* von SwissSign nachfragen bzw. mit hoher Wahrscheinlichkeit nachfragen werden, gefragt. [...]

150. Gemäss Schätzungen geht SwissSign davon aus, dass in zwei bis drei Jahren rund [...] Nutzer-Accounts E-ID-Dienstleistungen von SwissSign nachfragen könnten. Davon dürften rund [...] Logins von der Post stammen. Rund [...] dürften SwissPass-Logins sein, [...]. Würde man dabei die Anzahl geschätzter Doppelnutzer berücksichtigen, dürften zusammen rund [...] Accounts von Post und SBB stammen.

151. Eine analoge Einschätzung zur Anzahl Nutzer-Accounts von vertrauenden Diensten, die in den kommenden zwei bis drei Jahren die Dienstleistungen betreffend die *qualifizierte elektronische Signatur*, welche grundsätzlich auch von Nutzerinnen und Nutzern der plattformübergreifenden Login-Lösung genutzt werden könne, von SwissSign nachfragen bzw. mit hoher Wahrscheinlichkeit nachfragen werden dürfte gemäss beteiligten Unternehmen markant unter [...] Nutzer-Accounts liegen.

152. Dies liege gemäss den beteiligten Unternehmen daran, dass für die meisten Vertragsabschlüsse im Bereich e-Commerce keine elektronische Signatur erforderlich sei und auch in Zukunft nicht notwendig sein dürfe. Dabei sei zu beachten, dass sich die qualifizierte elektronische Signatur bisher nicht durchsetzen konnte und deshalb schwach verbreitet sei, obwohl sie seit Jahren angeboten werde. Es sei ungewiss, ob und wie sich dies in Zukunft allenfalls ändern würde.

153. [...].

154. Die beteiligten Unternehmen bringen vor, dass nebst der aktuellen Konkurrenz im E-ID-Bereich (bspw. durch Facebook oder Google) auch weitere Unternehmen das Potenzial hätten, in diesen Bereich einzusteigen (bspw.

Apple [mit der Apple ID], Migros [mit dem „Cumulus“-Angebot], Coop [mit dem „Supercard“-Angebot] oder Swisscom mit weiteren plattformunabhängigen Login-Möglichkeiten).

155. Zudem stehe Swisscom mit den Banken UBS und Credit Suisse davor, eine eigene plattformunabhängige E-ID zu realisieren, wobei die beiden Banken über rund 1.8 Mio. Kunden verfügten, die regelmässig über die bankeneigenen Logins E-Banking nutzen würden. Dazu käme die grosse Anzahl Nutzer-Accounts von Swisscom.

156. Hinsichtlich der qualifizierten elektronischen Signatur merken die beteiligten Unternehmen zudem an, dass mit der neuen Verordnung über die Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur und anderer Anwendungen (VZertES; SR 943.032), die im Jahr 2017 in Kraft treten werde, der Marktzugang für europäische Anbieter vereinfacht werde.

157. Diese Unsicherheiten und die in der Schweiz vergleichsweise noch jungen Entwicklungen im Bereich der E-ID, welche auch durch noch nicht definitive regulatorische Bedingungen begleitet sind, verlangen nach grundsätzlicher Zurückhaltung bei möglichen Eingriffen zum jetzigen Zeitpunkt.

158. Vorbehalten bleiben allerdings Eingriffe im Sinne von Art. 7 KG, falls sich dereinst herausstellen sollte, dass SwissSign eine allfällig marktbeherrschende Stellung missbrauchen sollte.

B.4.3 Nebenabreden

159. Zu prüfen ist, ob das Vertragswerk der Parteien Wettbewerbsabreden enthält, die mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden sind. Abreden, die die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen. Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit keine Nebenabreden in diesem Sinne darstellen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid. Sie unterliegen gegebenenfalls einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.²⁵

160. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die WEKO ihre Praxis zu Konkurrenzverboten grundsätzlich nach der Bekanntmachung der EU-Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind²⁶ (EU-Bekanntmachung) gerichtet.²⁷

²⁵ Vgl. RPW 2016/1, 283 Rz 157, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*, m. w. H.

²⁶ ABl. C 56/24 vom 5.3.2005.

²⁷ Vgl. RPW 2016/1, 283 Rz 158, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

161. Wettbewerbsabreden können nur dann als „mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden“ angesehen werden, wenn sie mit dem Zusammenschluss selbst eng verbunden sind. Es reicht nicht aus, dass eine Vereinbarung im gleichen Zusammenhang oder zum gleichen Zeitpunkt wie der Zusammenschluss zustande gekommen ist. Einschränkungen, die mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden sind, sollen einen reibungslosen Übergang zur neuen Unternehmensstruktur nach dem Zusammenschluss gewährleisten.²⁸

162. Das Kriterium der Notwendigkeit bedeutet, dass ohne die fragliche Abrede der Zusammenschluss entweder überhaupt nicht oder nur unter deutlich ungewisseren Voraussetzungen, zu wesentlich höheren Kosten, über einen spürbar längeren Zeitraum oder mit erheblich geringeren Erfolgsaussichten durchgeführt werden könnte. Bei der Klärung der Frage, ob eine Einschränkung notwendig ist, muss nicht nur die Art der Einschränkung berücksichtigt werden, sondern zugleich sichergestellt werden, dass die Einschränkung hinsichtlich ihrer Geltungsdauer sowie ihres sachlichen und räumlichen Geltungsbereichs nicht über das hinausgeht, was für die Durchführung des Zusammenschlusses wirklich erforderlich ist. Gibt es Alternativen, mit denen sich das legitime Ziel genauso wirksam erreichen lässt, so sind die Unternehmen gehalten, sich für die Lösung zu entscheiden, die den Wettbewerb objektiv gesehen am wenigsten einschränkt.²⁹

Bezugs- und Liefervereinbarungen

163. [...]

164. Bleiben die Gründerunternehmen in einem dem Markt des Gemeinschaftsunternehmens vor- oder nachgelagerten Markt tätig, so können zwischen den Gründerunternehmen und dem Gemeinschaftsunternehmen bestehende Bezugs- und Liefervereinbarungen einschliesslich Dienstleistungs- und Vertriebsvereinbarungen mit denen sichergestellt werden soll, dass die zuvor bereitgestellten Mengen weiter geliefert werden, für eine Übergangszeit bis zu fünf Jahren gerechtfertigt sein.³⁰

165. [...]

166. [...]

Wettbewerbsverbote

167. [...]

168. Wettbewerbsverbote zwischen den Gründerunternehmen und einem Gemeinschaftsunternehmen gelten so lange als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig, wie das Gemeinschaftsunternehmen besteht.³¹ Die für Wettbewerbsverbote geltenden Grundsätze gelten auch für Abwerbeverbote.³²

169. [...]

B.4.4 Ergebnis

Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

²⁸ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 12.

²⁹ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 13.

³⁰ Vgl. RPW 2015/3, 437 Rz 77 f., Axel Springer Schweiz/Ringier.

³¹ Vgl. RPW 2015/3, 436 Rz 67, Axel Springer Schweiz/Ringier.

³² RPW 2015/3, 505 Rz 241, Tamedia/ricardo.ch.

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 19. Mai 2017

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 23. Mai 2017

A Sachverhalt

1. Am 26. April 2017 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die Energiedienst Holding AG (nachfolgend: Energiedienst Holding), die Hälg & Co. AG (nachfolgend: Hälg & Co.) sowie die Inretis Beteiligungen AG (nachfolgend: Inretis Beteiligungen) die Gründung eines Joint Venture (nachfolgend: JV).

A.1 Beteiligte Unternehmen

A.1.1 Energiedienst Holding bzw. Energiedienst-Gruppe

[...]

Abbildung 1: Beteiligungsstruktur der Energiedienst-Gruppe

6. Bei der Energiedienst-Gruppe handelt es sich gemäss Meldung um ein regionalverbundenes Energieversorgungsunternehmen, welches den grössten Teil des Umsatzes aus Lieferungen und Leistungen in Deutschland erzielt. Die deutsch-schweizerische Unternehmensgruppe deckt im Bereich elektrische Energie sämtliche Stufen der Wertschöpfungskette (von der Produktion über das Portfoliomanagement bis hin zu den Verteilnetzen und dem Vertrieb) ab. Der Vertrieb von klimaneutralem Gas ergänzt das Angebot. Zudem bietet die Unternehmensgruppe Dienstleistungen im Bereich Wärme und dezentrale Erzeugung an. Die Energiedienst-Gruppe erzeugt Strom ausschliesslich aus erneuerbaren Energien und verfügt über drei Rheinkraftwerke in Rheinfelden, Laufenburg und Grenzach-Whylen. Im Wallis und im Schwarzwald betreibt die Energiedienst-Gruppe weitere

[...]

Abbildung 2: Beteiligungsstruktur der Hälg-Gruppe

9. Die Hälg-Gruppe ist im Bereich der Gebäudetechnik tätig und ist gemäss Meldung die führende Schweizer Gebäudetechnik-Dienstleisterin. Die Unternehmensgruppe realisiert Projekte in der ganzen Schweiz in den Bereichen Heizung, Lüftung, Klima, Kälte und Sanitär. Hinzu

2. Die Energiedienst Holding mit Sitz in Laufenburg ist ein deutsch-schweizerisches, an der SIX Swiss Exchange kotiertes Energieversorgungsunternehmen, das in Südbaden und in der Schweiz elektrischen Strom und energienahe Dienstleistungen anbietet. Die Aktien der Energiedienst Holding AG werden ferner an den Börsen in Berlin, Frankfurt und Stuttgart gehandelt.

3. Die Energiedienst Holding wird von der EnBW Baden Württemberg AG (nachfolgend: EnBW) mit Sitz in Karlsruhe beherrscht, welche rund 67 % des Aktienkapitals hält. Zweitgrösste Aktionärin der Energiedienst Holding ist die Service Industriels de Genève mit rund 15 % Aktienkapital. Der Rest des Aktienkapitals von 18 % wird von verschiedenen Drittaktionären gehalten. Die Energiedienst Holding besitzt zahlreiche Tochtergesellschaften und indirekte Beteiligungen an anderen Gesellschaften.

4. Die EnBW ihrerseits wird von verschiedenen Aktionärinnen gehalten, die alle weniger als 50 % der Aktien oder Stimmrechte halten und auch nicht auf andere Weise die Kontrolle ausüben können.

5. Die Beteiligungsstruktur der Energiedienst-Gruppe sieht gemäss Meldung wie folgt aus:

Wasserkraftwerke oder ist an solchen beteiligt. Im Wallis und in der übrigen Schweiz ist die EnAlpin AG das Gesicht der Energiedienst-Gruppe.

A.1.2 Hälg & Co. bzw. Hälg-Gruppe

7. Die Hälg & Co. mit Sitz in St. Gallen ist in der als Familienunternehmen geführten Hälg-Gruppe eine 100 %-Tochtergesellschaft der Hälg Holding AG und hat selbst mehrere Tochtergesellschaften sowie zwei Schwestergesellschaften. Über eine weitere Stufe von Holdinggesellschaften wird die Unternehmensgruppe von Marcel und Roger Baumer kontrolliert.

8. Die Beteiligungsstruktur der Hälg-Gruppe sieht gemäss Meldung wie folgt aus:

kommen Ingenieursdienstleistungen, Gebäudeautomation, Service und Unterhalt sowie ausgewählte Nischenbereiche der Gebäudetechnik.

A.1.3 Inretis Beteiligungen bzw. Inretis-Gruppe

10. Die Inretis Beteiligungen mit Sitz in Chur ist eine Holdinggesellschaft und wurde im Juli 2016 gegründet. Sie

kontrolliert zusammen mit zwei anderen Aktionärinnen die eLimes AG und hält Minderheitsbeteiligungen von [...] % resp. [...] % an der EnergyON Holding AG und der winsun AG.

11. Die Inretis Beteiligungen ist eine Tochtergesellschaft der Inretis Holding AG (nachfolgend: Inretis Holding), welche neben der Inretis Beteiligungen mehrere andere Tochtergesellschaften hält.

[...]

Abbildung 3: Beteiligungsstruktur der Inretis-Gruppe

14. Wie aus dem Organigramm hervorgeht, werden die Aktien der Inretis Holding und der Inretis AG zu je [...] % von der M. Sulzer Beteiligungen AG, der LUMA Beteiligungen AG, der Willi Beteiligungen AG sowie zu [...] % von der Lafos Holding AG bzw. der LAFOS Aktiengesellschaft AG gehalten. Die genannten Gesellschaften werden ihrerseits von den Herren Matthias Sulzer, Thomas Kellenberger, Luzius Willi bzw. Fritz Ospelt kontrolliert. Zwischen diesen natürlichen Personen besteht ein Partnerschaftsvertrag, gemäss welchem die Inretis-Gruppe gemeinsam durch die aktiven Partner Matthias Sulzer, Thomas Kellenberger und Luzius Willi kontrolliert wird.

15. Die operativ tätigen Gruppengesellschaften der Inretis-Gruppe haben gemäss Meldung ihre Kernkompetenz in der Planung und im Bau von Gebäudetechnik-Anlagen als hocheffiziente Gesamtsysteme, welche Synergien zwischen den Teilsystemen Heizung, Lüftung, Sanitär, Elektro und Gebäudehülle erkennen und nutzen und die

12. Zur Inretis-Gruppe gehören neben der Inretis Holding AG und deren Tochtergesellschaften auch die Inretis AG und deren Tochtergesellschaft.

13. Die Beteiligungsstruktur der Inretis-Gruppe sieht gemäss Meldung wie folgt aus:

Nutzer mittels bedienungsfreundlicher Gebäudeautomation unterstützen. Die Unternehmen bieten Dienstleistungen in den folgenden Bereichen an: Ingenieurbüro für Energie- und Gebäudetechnik; Energiebeschaffung und -dienstleistungen; Anlage- und Rohrleitungsbau für Industrie und Infrastruktur; Heizung, Kälte, Solartechnik; Sanitär, Wasserversorgung, Abwassertechnik; Stark- und Schwachstrom, Photovoltaik-Anlagen; Schwimmbadtechnik, Wasseraufbereitung; Gebäudehülle, Dach- und Fassadensysteme; Instandhaltung, Instandsetzung und Service.

A.2 Das Zusammenschlussvorhaben

16. Die Zusammenschlussparteien beabsichtigen die Gründung eines JV mit dem Firmennamen [...] AG. Das Zusammenschlussvorhaben kann gemäss Meldung grafisch wie folgt dargestellt werden:

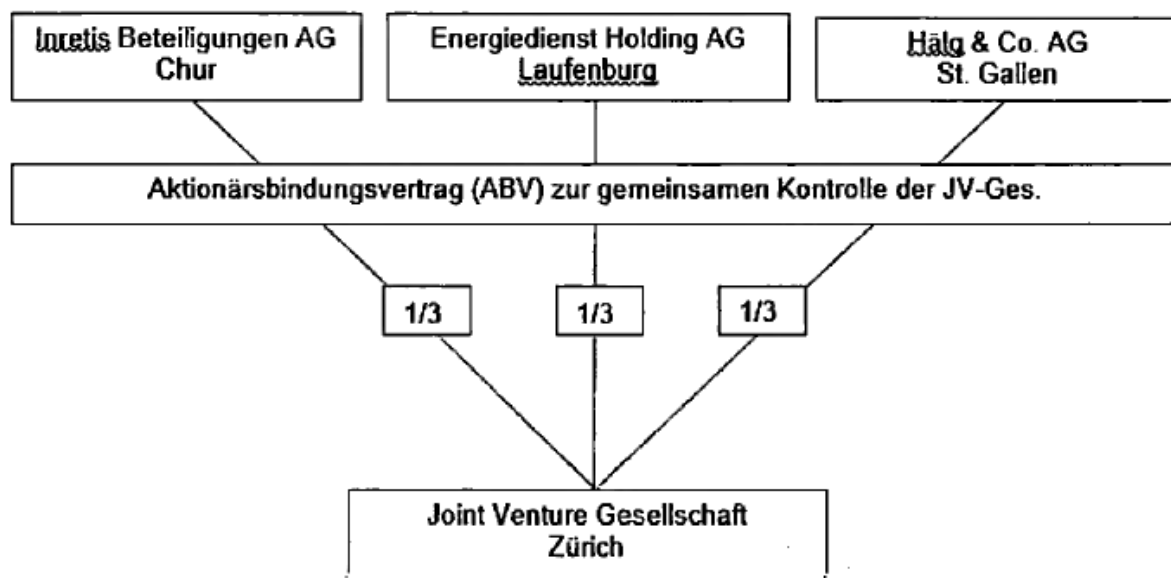


Abbildung 4: Grafische Darstellung des Zusammenschlussvorhabens

17. Die beteiligten Unternehmen planen, das JV gemeinsam zu kontrollieren und die gemeinsame Kontrolle in einem Aktionärsbindungsvertrag (nachfolgend: ABV) zu regeln (vgl. dazu Rz 27 ff.).

18. Gemäss Meldung verfolgen die Zusammenschlussparteien mit dem JV das Ziel, ein System/Produkt für die Vernetzung und intelligente Steuerung von Energieversorgungs- und Gebäudetechnikanlagen ([...]-Produkt/System) zu entwickeln, diese Entwicklungen imma-

terialgüterrechtlich schützen zu lassen und das entwickelte System/Produkt nicht nur den beteiligten Unternehmen sondern auch dritten Lizenz- bzw. Franchisenehmern auf dem Markt anzubieten. Das JV soll selber keinen Endkundenkontakt haben (vgl. auch Rz 76 ff.).

19. Die am JV beteiligten Unternehmen hätten bis heute keine eigenen Produkte/Systeme – wie sie vom JV entwickelt werden sollen – weder für ihre eigenen Anlagen kommerziell verwendet noch solche eigenen Produkte/Systeme an Endkunden kommerziell vertrieben. Insofern die beteiligten Unternehmen Vernetzungsleistungen im Rahmen ihrer bisherigen Geschäftstätigkeit überhaupt kommerziell angeboten hätten, hätten sie bereits existierende Systeme Dritter verwendet (vgl. Rz 75). Auch die Steuerung der eigenen Anlagen der beteiligten Unternehmen sei bisher unter Verwendung von Systemlösungen Dritter erfolgt.

20. Mit dem Vertrieb des kooperativ entwickelten Produkts/Systems bzw. [...]Produkts/Systems wollen die am JV beteiligten Unternehmen in einen für sie neuen, erst im Entstehen begriffenen Markt für Systemlösungen im Bereich der vernetzten Energiearchitektur eintreten.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

21. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

B.1.1 Unternehmen

22. Als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform. Das Kartellgesetz folgt damit einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise: Es sollen wirtschaftliche Tatsachen aus wirtschaftlicher Sicht und unabhängig von ihrer rechtlichen Struktur erfasst werden. Entsprechend stellt die wirtschaftliche Selbstständigkeit in Anwendung von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG eine konstitutive Voraussetzung des Unternehmensbegriffs dar. Das Kartellgesetz geht bei der Festlegung des persönlichen Geltungsbereichs insofern von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus. Dies führt dazu, dass bei Konzernen gemäss Praxis der WEKO die rechtlich selbstständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbstständigkeit keine Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG darstellen. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes.¹

23. Folglich sind vorliegend die Energiedienst-Gruppe, die Hält-Gruppe sowie die Inretis-Gruppe als Ganzes als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

24. Neben der Fusion von zwei oder mehr voneinander unabhängigen Unternehmen gilt als Unternehmenszusammenschluss auch jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss

eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG).

25. Ein Vorgang, durch den zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen erlangen, das sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, stellt einen Unternehmenszusammenschluss dar, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU; SR 251.4). Gründen zwei oder mehr Unternehmen ein Unternehmen, das sie gemeinsam kontrollieren wollen, so liegt ein Unternehmenszusammenschluss vor, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt und in es Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfließen (Art. 2 Abs. Abs. 1 und 2 VKU).

26. Die Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens stellt einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 und 2 VKU dar, wenn (a) das Gemeinschaftsunternehmen von den Gründerunternehmen kontrolliert wird, (b) das Gemeinschaftsunternehmen ein Vollfunktionsunternehmen ist und (c) Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen in das Gemeinschaftsunternehmen einfließen.

B.1.2.1 Gemeinsame Kontrolle

27. Gemeinsame Kontrolle liegt in der Regel vor, wenn die kontrollierenden Unternehmen bei allen wichtigen Entscheidungen betreffend das kontrollierte Unternehmen Übereinstimmung erzielen müssen.² Gemeinsame Kontrolle liegt somit vor, wenn die kontrollierenden Unternehmen strategische geschäftspolitische Entscheidungen, d.h. Entscheidungen über Budget, Geschäftsplan, grössere Investitionen und die Besetzung der Unternehmensleitung gemeinsam treffen, wobei nicht unbedingt eine einstimmige Beschlussfassung für alle diese Rechte gleichzeitig bestehen muss.³ Ist die gemeinsame Beschlussfassung für strategische geschäftspolitische Entscheidungen nicht explizit vorgesehen, wird ein Unternehmen dennoch gemeinsam kontrolliert, wenn zwei oder mehr kontrollierende Unternehmen z.B. mittels Vetorechten strategische Entscheidungen blockieren können, was zur Folge hat, dass die beteiligten Unternehmen die Geschäftspolitik gemeinsam festlegen müssen.⁴

¹ Vgl. unter vielen: RPW 2015/3, 462 Rz 22, *Kirschner/Valora Warenlogistik AG*.

² PATRIK DUCREY, in: *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Bd. V/2, Von Büren/David (Hrsg.), Basel 2000, 239.

³ RPW 2005/2, 349 Rz 23, *Swissgrid*.

⁴ RPW 2006/3, 480 Rz 36, *Atel – EOS-Aktiven*.

28. Wie bereits erwähnt, beabsichtigen die Zusammenschlussparteien, das JV gemeinsam zu kontrollieren und diese gemeinsame Kontrolle in einem ABV zu regeln (vgl. Rz 17). Die Zusammenschlussparteien sind auf dem in der Meldung geäusserten Willen zu behaften, dass wichtige strategische und geschäftspolitische Entscheidungen des Verwaltungsrates (Festsetzung des Unternehmensleitbildes, Festlegung der Unternehmensstrategie, Festlegung der Unternehmensziele, Wahl der Mitglieder der Geschäftsleitung, Beteiligung an anderen Unternehmen, Genehmigung des Organisationsreglements sowie die Bildung von Verwaltungsratsausschüssen) Einstimmigkeit erfordern. Unter dieser Prämisse kann von einer gemeinsamen Kontrolle ausgegangen werden.

B.1.2.2 Vollfunktionsunternehmen

29. Ein Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU liegt unter folgenden Voraussetzungen vor:⁵

- Das Gemeinschaftsunternehmen hat eine eigene Marktpresenz, d.h. es tritt als Anbieter oder Nachfrager auf dem Markt auf, wobei es dabei mehr als eine spezifische Funktion in der Geschäftstätigkeit der Muttergesellschaften übernehmen muss.⁶
- Das Gemeinschaftsunternehmen tritt als selbständige wirtschaftliche Einheit auf. Es muss somit in der Lage sein, eine eigene Geschäftspolitik verfolgen zu können.
- Das Gemeinschaftsunternehmen ist auf Dauer angelegt, d.h. es ist dazu bestimmt und in der Lage, seine Tätigkeiten zeitlich unbegrenzt, zumindest aber langfristig auszuüben.
- Das Gemeinschaftsunternehmen muss über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und ausreichende Ressourcen wie finanzielle Mittel, Personal, materielle und immaterielle Vermögenswerte verfügen.

30. Nachfolgend gilt es zu prüfen, ob das Gemeinschaftsunternehmen die Voraussetzungen der autonomen Marktpresenz, der wirtschaftlichen Selbständigkeit⁷ und der Dauer erfüllt.

Autonome Marktpresenz

31. Um die Voraussetzung des Marktauftritts als Anbieter von Produkten oder Dienstleistungen zu erfüllen, muss das Gemeinschaftsunternehmen u.a. mehr als eine spezifische Funktion in der Geschäftstätigkeit der Muttergesellschaften übernehmen. Übt das Gemeinschaftsunternehmen nur eine Hilfsfunktion in der Geschäftstätigkeit der Muttergesellschaften aus und hat demzufolge keinen eigenen Marktzugang bzw. keine eigene Marktpresenz, handelt es sich nicht um ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen.⁸

32. Wie erwähnt, soll das JV das [...] Produkt/System nicht nur den beteiligten Unternehmen sondern auch dritten Lizenz- bzw. Franchisenehmern auf dem Markt anbieten (vgl. Rz 18 und 76 ff.). Gemäss Meldung sind die beteiligten Unternehmen zuversichtlich, dass sich auch Dritte für den Vertrieb des [...] Produkts/Systems als Franchisenehmer interessieren werden und es dem JV gelingen wird, das Drittgeschäft sukzessive aufzubauen.

Gemäss Meldung sind insbesondere auch Stellen im JV für das Marketing und den Verkauf im Rahmen des Franchiseverhältnisses an Dritte, für das Pricing betreffend das Lizenzgeschäft mit Dritten, für den Werbeauftritt des [...] Produkts/Systems unter dem Label der [...] AG oder für den Webshop, über welchen die Gründerunternehmen und Franchisenehmer die [...] Box (vgl. dazu Rz 77) beziehen können, vorgesehen.

33. Gestützt auf diese Ausführungen in der Meldung ist davon auszugehen, dass das JV nicht nur eine Hilfsfunktion in der Geschäftstätigkeit der beteiligten Unternehmen ausüben wird, sondern als Lizenz- bzw. Franchisegeberin eine aktive Rolle im Markt spielen und somit über einen eigenen Marktzugang bzw. eine eigene Marktpresenz verfügen wird. Dem steht auch nicht entgegen, dass gemäss Meldung der Auftritt als Franchisegeberin in den ersten drei Jahren nach der Gründung des JV – soweit planbar – von zweitrangiger Bedeutung hinsichtlich der voraussichtlich aus diesem Drittgeschäft generierbaren Umsätze sein wird. Die Tatsache, dass ein Gemeinschaftsunternehmen in der Anlaufphase (normalerweise die ersten drei Jahre) fast vollständig von den Verkäufen an die Gründerunternehmen abhängt, beeinträchtigt in der Regel den Charakter als Vollfunktionsunternehmen nicht. Die Anlaufphase kann erforderlich sein, damit das Gemeinschaftsunternehmen auf dem Markt Fuss fassen kann.⁹

Wirtschaftliche Selbständigkeit

34. Gemäss Meldung soll das JV mit hinreichenden finanziellen Ressourcen, mit Immaterialgüterrechten am [...] Produkt/System und weiteren Vermögenswerten ausgestattet werden. Das JV soll zudem auch sukzessive mit ausreichend Personal für die Abwicklung des Tagesgeschäfts ausgestattet werden. Es sei auch das Ziel, dass das Management innerhalb der vom Verwaltungsrat des JV vorgegebenen strategischen Ziele und Entscheide eine selbstständige Geschäftspolitik betreibe.

35. Gestützt auf diese Ausführungen in der Meldung ist davon auszugehen, dass das Kriterium der wirtschaftlichen Selbständigkeit erfüllt ist. Dem spricht nicht entgegen, dass gemäss Meldung das JV in der Aufbauphase

⁵ RPW 2016/1, 306 Rz 97, *Stellungnahme vom 14. Dezember 2015 in Sachen Zusammenschlussvorhaben betreffend Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft/Swisscom AG/Ringier AG*; RPW 2013/4, 664 Rz 21 f., *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*; RPW 2011/2, 283 Rz 3 ff., *Resun Plus AG m.w.H.*

⁶ RPW 2011/2, 283 Rz 5 f., *Resun Plus AG*; RPW 2011/3, 430 Rz 90 f., *Swisscom (Schweiz) AG / Groupe E SA*.

⁷ Das Kriterium der wirtschaftlichen Selbständigkeit äussert sich u.a. durch das Vorhandensein eines sich dem Tagesgeschäft widmenden Managements sowie ausreichender Ressourcen wie finanzielle Mittel, Personal, materielle und immaterielle Vermögenswerte. Das zweite und vierte Kriterium (vgl. Rz 29) können somit in der Regel zusammen behandelt werden (RPW 2013/4, 664 Rz 22 Fn 14, *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*).

⁸ RPW 2011/2, 283 Rz 5, *Resun Plus AG m.w.H.*; RPW 2011/3, 430 Rz 95, *Swisscom (Schweiz) AG / Groupe E SA*; Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 43/10 vom 21.2.2009, Rz 95 f (nachfolgend: EU-Mitteilung).

⁹ Vgl. EU-Mitteilung, Rz 97.

der erste drei Jahre ab Gründung des JV und dem Markteintritt mit dem [...] -Produkt/System in mehrfacher Hinsicht von der Unterstützung der Gründerunternehmen abhängig sein wird, solange sich die finanzielle und personelle Unterstützung bzw. Abhängigkeit von den Gründerunternehmen auf die Anfangsphase beschränkt.

Dauerhaftigkeit

36. Wann ein Zusammenschluss und die damit einhergehende Veränderung der Marktstruktur von Dauer ist, kann nicht verallgemeinert werden. Die Dauerhaftigkeit kann sich gemäss Praxis der WEKO aus dem Umstand ergeben, dass das Gemeinschaftsunternehmen gemäss Statuten oder Gründungsverträgen auf unbestimmte Dauer angelegt ist. Auch kann in der Regel die Tatsache, dass die kontrollierenden Unternehmen dem Gemeinschaftsunternehmen Ressourcen übertragen, als Nachweis für die Dauerhaftigkeit gelten.¹⁰

37. Gemäss Meldung planen die Zusammenschlussparteien, das JV auf Dauer anzulegen. Das Vollfunktionskriterium der Dauerhaftigkeit erweist sich demnach als erfüllt.

Zwischenergebnis betreffend den Vollfunktionscharakter

38. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass es sich beim geplanten JV um ein Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU handelt.

B.1.2.3 Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen

39. Nach der Praxis der WEKO ist dieses Tatbestandsmerkmal von Art. 2 Abs. 2 VKU üblicherweise weit auszulegen. Danach genügt zu dessen Erfüllung bereits die Erbringung von Vertriebsorganisation, Produktionsanlagen oder wesentlichem Know-how.¹¹

40. Gemäss Meldung ist die Energiedienst-Gruppe bereits heute im Bereich der Vernetzung und intelligenten

Steuerung von Energieversorgungs- und Gebäudetechnikanlagen (gegenüber Endkunden) tätig (vgl. Rz 75). Die Hält-Gruppe ist zudem im Bereich der Gebäudeautomation aktiv (vgl. Rz 73). Es kann mit Blick auf die Tätigkeiten der beteiligten Unternehmen davon ausgegangen werden, dass diese wesentliches Know-how mitbringen, um im Rahmen des JV ein System/Produkt für die Vernetzung und intelligente Steuerung von Energieversorgungs- und Gebäudetechnikanlagen zu entwickeln. In dem Sinne fließen Geschäftstätigkeiten der beteiligten Unternehmen in das JV ein.

B.1.2.4 Fazit

41. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass es sich vorliegend um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 VKU handelt.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

42. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

43. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

44. Die Umsätze der beteiligten Unternehmen werden in der Meldung wie folgt angegeben:

	Weltweit (in Mio. CHF)	Schweiz (in Mio. CHF)
Energiedienst-Gruppe	22'605.882	319.866
Hält-Gruppe	275.610	275.610
Inretis-Gruppe	[...]	[...]
TOTAL	[...]	[...]

Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2015 (in Mio. CHF)

45. Wie aus der Tabelle hervorgeht, sind die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG erfüllt. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist somit meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

46. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1

KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

¹⁰ RPW 2012/1, 149 Rz 45, NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN.

¹¹ RPW 2016/1, 306 Rz 103, Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft/Swisscom AG/Ringier AG; RPW 2012/1, 150 Rz 56, NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN.

47. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

B.4.1 Relevante Märkte

B.4.1.1 Sachlich relevante Märkte

48. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

B.4.1.1.1. Elektrizitätsbereich

49. Die WEKO unterscheidet im Elektrizitätsbereich praxisgemäss folgende sachlich relevanten Märkte: Stromerzeugung/-produktion, Stromübertragung, Stromverteilung, Stromversorgung von festen Endverbrauchern, Stromversorgung von Kunden mit Netzzugang und Stromhandel.¹²

50. Gemäss Meldung ist die Energiedienst-Gruppe im Markt für Stromerzeugung, im Markt für Stromversorgung von Kunden mit Netzzugang sowie im Markt für Stromhandel tätig.

51. Der **Markt für Stromerzeugung** umfasst die Erzeugung von Strom in Kraftwerken. Anbieter auf dem Stromproduktionsmarkt sind die Inhaber von Produktionskapazitäten, in welchen Primärenergieträger (z.B. Wasser, Kohle, Erdgas, nukleare Brennstoffe) in den sekundären Energieträger Elektrizität umgewandelt werden.¹³

52. Der **Markt für Stromversorgung von Kunden mit Netzzugang** umfasst die Belieferung von Stromabnehmern mit einem jährlichen Strombezug von mehr als 100 MWh durch Stromversorger. Es stehen sich angebotsseitig die Stromversorger und nachfrageseitig die Endverbraucher und/oder Wiederverkäufer (bspw. kommunale Elektrizitätswerke) gegenüber.¹⁴ Gemäss Praxis der WEKO wurde jeweils offen gelassen, ob der Markt für Stromversorgung von Kunden mit Netzzugang nachfrageseitig weiter nach Grossverbrauchern (Endverbrauchern) und Wiederverkäufern zu unterteilen ist.¹⁵ Die Frage kann auch im Rahmen des vorliegenden Zusammenschlussverfahrens offen gelassen werden, da selbst bei einer weiteren Segmentierung des Marktes gemäss den Angaben in der Meldung kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegt.

53. Schliesslich umfasst der **Markt für Stromhandel** den Kauf und Verkauf von Strom, wobei die betroffenen Geschäfte nicht notwendigerweise an Endverbraucher gerichtet sind. Der Begriff Stromhandel beinhaltet physischen Stromhandel sowie Handel mit nicht physischen Stromderivaten.¹⁶

B.4.1.1.2. Ingenieurdienstleistungen

54. Gemäss Meldung sind die am JV beteiligten Unternehmen im Bereich der Ingenieurdienstleistungen tätig.

55. Betreffend Ingenieurdienstleistungen gibt es keine gefestigte Marktabgrenzungspraxis der WEKO.¹⁷ Für die

Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann den Angaben in der Meldung folgend zwischen einem Markt für Ingenieurdienstleistungen der Gebäudetechnik und einem solchen für Energieinfrastrukturanlagen unterschieden werden.¹⁸ Gemäss Meldung handelt es sich in der Regel auf Anbieterseite nicht um dieselben Unternehmen. Mit anderen Worten bestünden zwischen denjenigen Anbietern, welche Ingenieurdienstleistungen im Bereich Gebäudetechnik anbieten würden meistens kein Wettbewerb mit denjenigen Anbietern, welche Ingenieurdienstleistungen im Bereich Energieinfrastrukturanlagen anbieten würden und umgekehrt.

56. Der Markt für **Ingenieurdienstleistungen der Gebäudetechnik** umfasst gemäss den Zusammenschlussparteien Beratungs- und Planungsdienstleistungen vorwiegend in den Bereichen Heizung, Lüftung, Klimatechnik und Sanitär (nachfolgend: HLKS), sowie im Elektrobereich und der Gebäudeautomation. Marktgegenseite seien dabei private Bauherren, Industrie- und Gewerbebetriebe, Dienstleister mit grossen Infrastrukturbauten oder die öffentliche Hand.¹⁹ In einem solchen Markt sind gemäss Meldung die Hälj-Gruppe und die Inretis-Gruppe tätig.

57. Der Markt für Ingenieurdienstleistungen für Energieinfrastrukturanlagen umfasst gemäss den Zusammenschlussparteien die Planung, Beratung, Bauüberwachung und Projektsteuerung für komplexe Grossprojekte auf dem Gebiet der Energieinfrastruktur, namentlich im Bereich von Förderung, Speicherung und Transport von leitungsgebundenen Energien (bspw. Strom-, Gas- und Fernwärmenetze).²⁰ Auf der Nachfrageseite würden gemäss Meldung v.a. grössere Industrie- und Gewerbebetriebe, Dienstleister mit grossen Infrastrukturbauten und die öffentliche Hand stehen. Im Zusammenhang mit der Planung von PV-Anlagen würden auch Ingenieurdienstleistungen für kleinere Projekte z.B. privater Gebäudeeigentümer erbracht. In einem solchen Markt sind gemäss Meldung die Energiedienst-Gruppe und die Inretis-Gruppe tätig.

58. Alternativ zur obigen Marktabgrenzung ist auf die Praxis der Europäischen Kommission hinzuweisen, welche dazu tendiert, innerhalb der Ingenieurdienstleistungen zwischen solchen für Elektroinstallationen, Wasserinstallationen (inkl. Sanitär- und Heizungsinstallationen) sowie Lüftungsinstallationen zu differenzieren, die Marktabgrenzung im Ergebnis aber offen gelassen hat.²¹

¹² Vgl. RPW 2016/3, 773 Rz 27, BKW/AEK, m.w.H.

¹³ Vgl. RPW 2016/3, 773 Rz 29, BKW/AEK.

¹⁴ Vgl. RPW 2016/3, 773 Rz 31, BKW/AEK.

¹⁵ Vgl. RPW 2016/3, 774 Rz 34, BKW/AEK, m.w.H.

¹⁶ Vgl. RPW 2016/3, 774 Rz 34, BKW/AEK.

¹⁷ Vgl. RPW 2016/3, 774 Rz 39, BKW/AEK.

¹⁸ Vgl. auch RPW 2016/3, 774 Rz 39, BKW/AEK.

¹⁹ Vgl. auch RPW 2016/3, 774 Rz 40, BKW/AEK.

²⁰ Vgl. auch RPW 2016/3, 774 Rz 41, BKW/AEK.

²¹ Vgl. RPW 2016/3, 774 Rz 42 mit Verweis auf COMP/M.6623, VINCI/EVT BUSINESS; COMP/M.3004, BRAVIDA/SEMCO/PRENAD/TOTALINSTALLATÖREN/BACKLUNDS.

59. Die genaue Marktabgrenzung betreffend Ingenieurdienstleistungen kann im vorliegenden Fall offen gelassen werden, da gemäss Angaben in der Meldung in jedem Fall keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegen.

B.4.1.1.3. Installationsdienstleistungen

60. Gemäss Meldung sind die Zusammenschlussparteien im Bereich Installationsdienstleistungen tätig. Für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens sind gemäss den Angaben in der Meldung die folgenden Märkte relevant bzw. abzugrenzen:

61. Der **Markt für Elektroinstallationen** umfasst praxisgemäss das Erstellen und die Reparatur von Anlagen und Einrichtungen, welche der energetischen Versorgung dienen. Dazu gehören die Verlegung von Leitungen, die Montage von Schaltkästen und Anschlüssen für Strom, Telefonanlagen, Internet, Alarmanlagen, Telematik, Radio und Fernsehen sowie die Reparatur der genannten Anlagen und die Durchführung von Sicherheitsüberprüfungen.²² Auf der Nachfrageseite stehen gemäss Meldung sowohl Privatpersonen als auch Industrie- und Gewerbebetriebe und die öffentliche Hand. Gemäss Meldung ist (nur) die Inretis-Gruppe in diesem Markt tätig.

62. In der Meldung wird zudem ein Markt für **HLKS-Installationen** abgegrenzt. Dieser umfasse die Installation von Heizungsanlagen, Lüftungs- und Klimatechnikanlagen sowie von Sanitäranlagen und Wasserinstallationen. Anbieter seien Gebäudetechnikunternehmen. Nachgefragt würden die entsprechenden Installationsdienstleistungen von privaten Grundeigentümern, von Industrie- und Gewerbebetrieben sowie von der öffentlichen Hand. Ob ein Markt für HLKS-Installationen weiter in separate Märkte für (a) Heizungsinstallationen, (b) Luft- und Klimatechnikinstallationen und (c) Sanitäranlagen und weitere Wasserinstallationen zu unterteilen wäre, kann vorliegend offen gelassen werden, da gemäss Angaben in der Meldung auch bei einer weiteren Segmentierung des Marktes keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegen. Gemäss Meldung sind die Hältg-Gruppe und die Inretis-Gruppe im Bereich der HLKS-Installationen tätig.

63. Alternativ zur obigen Marktabgrenzung ist auf die Praxis der Europäischen Kommission hinzuweisen, welche dazu tendiert, innerhalb der Installationsdienstleistungen zwischen elektrischen Installationen, Wasser- und Sanitärinstallationen, sowie Lüftungsinstallationen zu unterscheiden. Die definitive Marktabgrenzung wird jedoch im Ergebnis ebenfalls offen gelassen.²³

64. In der Meldung wird weiter ein Markt für die **Installation von Gebäudehüllen, Decken- und Fassadensysteme** abgegrenzt. Dieser umfasse alle Systeme für Dächer und Fassaden, welche der Kälte- und Wärmedämmung und dem Witterungsschutz dienen. Nachgefragt würden diese Leistungen von privaten und öffentlichen Bauherren sowohl bei Neubauten als auch bei Sanierungen bestehender Gebäude. In einem solchen Markt ist gemäss Meldung (nur) die Inretis-Gruppe tätig

65. In der Meldung wird schliesslich ein Markt für die **Installation von Photovoltaikanlagen** abgegrenzt. Dieser umfasse Leistungen im Bereich Montage, Anschluss und Inbetriebnahme von PV-Anlagen, In- und Aufdach sowie

integriert in Fassadensysteme. Auf der Nachfrageseite würden private Gebäudeeigentümer, Gewerbe-, Industrie- und Energieversorgungsunternehmen sowie die öffentliche Hand stehen. In einem solchen Markt sind gemäss Meldung die Energiedienst-Gruppe und die Inretis-Gruppe tätig.

B.4.1.1.4. Energiedienstleistungen

66. Für die **Märkte für Energiedienstleistungen** gibt es keine gefestigte Praxis der WEKO, jedoch umfassen diese zumindest die Dienstleistungen **Energieberatung** sowie das **(Anlagen-)Contracting**.²⁴

67. Gemäss Meldung ist die Energiedienst-Gruppe im Bereich Energieberatung und Anlagen-Contracting tätig.

68. Unter Energieberatung sei das Aufzeigen von Möglichkeiten zur Senkung des Energieverbrauchs und zur rationellen Energieverwendung, Empfehlungen für die generelle elektrische Optimierung von Räumlichkeiten, den Vergleich verschiedener Heizungssysteme, die Anfertigung von Wärmebild-Infrarot-Aufnahmen zur Identifikation von Wärmeverlusten, Beratungen betreffend Gebäudehüllensanierungen, Gebäudeautomation, CO₂-Reduktionsmassnahmen und alle Arten von Haustechnikinstallationen und die Begleitung von Bauherren bei der Umsetzung dieser Massnahmen zu verstehen.²⁵ Marktgegenseite seien auch hier private Bauherren, Industrie- und Gewerbebetriebe, Dienstleister mit grossen Infrastrukturbauten oder die öffentliche Hand.

69. Unter Anlagen-Contracting sei die Planung, den Bau, die Finanzierung und den Betrieb von Anlagen (bspw. Wärmepumpenheizungen, Pellet- und Holzschnitzelheizungen, fossil befeuerte Heizungen und Kälteanlagen oder Photovoltaikanlagen) aus einer Hand durch einen sog. Contractor auf Anbieterseite zu verstehen. Die umfassende „Gesamtpaketleistung“ des Contractors mit allen vorgenannten Vertragsleistungen aus einer Hand rechtfertige es vorliegend, diesen Markt separat abzugrenzen.²⁶ Auf der Nachfrageseite stünden Eigentümer von Gebäuden, seien dies private natürliche oder juristische Personen oder die öffentliche Hand.

B.4.1.1.5. Weitere Bereiche, in denen die Zusammenschlussparteien tätig sind

70. Gemäss Meldung ist die Energiedienst-Gruppe im **Markt für Erdgaslieferung an Wiederverkäufer** tätig.

71. Gemäss Meldung ist die Energiedienst-Gruppe auf einem möglichen Markt für **Elektromobilität bzw. für die Nutzung von Elektrofahrzeugen** tätig. Dieser umfasse den Verkauf, die Installation und die Wartung von sog. E-Ladestationen für das Aufladen von Batterien bzw. Akkus von Elektrofahrzeugen.²⁷

72. Die Energiedienst-Gruppe (bzw. deren Tochtergesellschaft Tritec AG) ist gemäss Meldung auch im Grosshan-

²² Vgl. RPW 2016/3, 775 Rz 45, BKW/AEK, m.w.H.

²³ Vgl. RPW 2016/3, 775 Rz 48, BKW/AEK mit Verweis auf COMP/M.3004, BRAVIDA/SEMCO/PRENAD/TOTALINSTALLATÖREN/BACKLUNDS.

²⁴ Vgl. RPW 2016/3, 775 Rz 49, BKW/AEK.

²⁵ Vgl. auch RPW 2016/3, 775 Rz 50, BKW/AEK.

²⁶ Vgl. auch RPW 2016/3, 775 Rz 51, BKW/AEK.

²⁷ Vgl. auch RPW 2016/3, 775 Rz 53, BKW/AEK.

del mit PV-Ablagen bzw. PV-Produkten tätig. Ein möglicher Markt für den **Grosshandel mit Photovoltaikanlagen** umfasse den Einkauf und Weiterverkauf von PV-Anlagen verschiedener Produzenten wie Solarmodulen, Wechselrichtern, PV-Speichern und PV-Zubehör. Ebenfalls gehandelt werde mit PV-Montagesystemen für jeden Dachtyp sowie mit Software für die optimale Auslegung von Solaranlagen. Auf der Nachfrageseite stünden in diesem Markt aus Sicht des Händlers v.a. tieferstufige Zwischenhändler und Gebäudetechnikunternehmen.

73. Gemäss Meldung ist die Hälg-Gruppe auf einem Markt für **Gebäudeautomation** tätig. Die Gebäudeautomation sei die digitale Mess-, Steuer-, Regel- und Leittechnik für die technische Gebäudeausrüstung. Der Markt für Gebäudeautomation (nachfolgend: GA) umfasse die HLKSE-Regulierung, wobei E für die Regulierung von Elektroinstallationen stehe. Die Gebäudeautomation beinhalte sowohl die Einzelraumregulierung als auch die koordinierte Gesamtsteuerung aller Gebäudetechnikanlagen in einem Objekt, wobei neben den klassischen HLKS-Anlagen wie Heizungs-, Klima-, Lüftungs- und Sanitäranlagen zunehmend auch die Steuerung von Alarmanlagen, die Beleuchtungssteuerung im Gebäudeinnern und im dazugehörigen Aussenraum sowie die Sonnenschutzsteuerung an der Fassade integriert werde. Leistungsbestandteil sei nicht nur die Installation von Geräten zur HLKSE-Regulierung, sondern auch die Inbetriebsetzung (IBS) der ganzen Gebäudeautomation und die Datenauswertung auf der Grundlage von Mess- und Monitoringkonzepten sowie Unterhaltsarbeiten an den HLKSE-Regulierungsanlagen.

74. Die Zusammenschlussparteien seien zudem auf einem Markt für **Facility Management** (nachfolgend: FM) tätig. Dieser Markt habe viele Facetten: Er umfasse einerseits den Betrieb, die Fernüberwachung von Anlagen im Bereich der Gebäudetechnik sowie die Anlagenwartung und die Planung von Ersatzerneuerungen der HLKSE-Anlagen inklusive Gebäudeautomation, damit die Gebäudetechnik in der Immobilie funktionstüchtig bleibe. Ferner würden darunter auch alle Dienstleistungen fallen, welche im Rahmen einer Objektstrategie für die Optimierung der Anlagen und den Energieverbrauchs erbracht werden. Zum FM würden zudem auch alle Serviceleistungen wie z.B. der Pikettdienst (24 Stunden / 7 Tage) fallen. Ebenfalls darunter fallen würden die Planung, Implementierung und Ausführung von infrastrukturellen Dienstleistungen wie beispielsweise operative Flächenmanagement, Empfang, Concierge-Dienstleistungen für Wohnungen, Online-Help-Desks, Post- und Telefoniedienst, Konferenzraumservice und Schliessmanagement. Eine weitere Facette sei das kaufmännische FM, dessen Leistungsangebot von unterstützenden Tätigkeiten für die Immobilienverwaltung bis hin zur Übernahme von kompletten Gebäudemanagement-Dienstleistungen (z. B. Erstellung der Nebenkostenabrechnung oder Mieterbetreuung). Zum FM würden auch Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Inbetriebnahme von komplexen Gebäudetechnikanlagen und die Public Private Partnership²⁸ gehören. Kernstück des modernen FM in komplexen Mandaten sei ein Computer Aided Facility Management (CAFM) System. Eine weitere Ausprägung des FM könne die Mandatsleistung sein, welche die Erbringung aller definierten Dienst-

leistungen steuere und überwache. Auf der Nachfrageseite würden in diesem Markt Industrie-, Gewerbe- und Dienstleistungsunternehmen, die öffentliche Hand und private Gebäudeeigentümer grosser Gebäudekomplexe oder Infrastrukturbauten oder deren Immobilienverwaltungen stehen.

75. Gemäss Meldung ist die Energiedienst-Gruppe schliesslich bereits heute im Bereich der **Vernetzung und intelligenten Steuerung von Energieversorgungs- und Gebäudetechnikanlagen** (gegenüber Endkunden) tätig. So habe die Energiedienst-Gruppe bzw. deren Tochtergesellschaft Tritac AG 2015 und 2016 Umsätze mit einem Produkt eines Drittanbieters zur Steuerung von Photovoltaikanlagen (Solarlog, vgl. Rz 79) erzielt, welches im weitesten Sinn als Konkurrenzprodukt zum [...] Produkt/System (vgl. Rz 18 ff. und Rz 79 nachfolgend) angesehen werden könne. Laut Meldung sind die Inretis-Gruppe und die Hälg-Gruppe in diesem Bereich bislang noch nicht aktiv. Die von den operativ tätigen Unternehmen der Hälg-Gruppe im Bereich der Gebäudeautomation verwendeten Produkte (von Drittanbietern) seien keine eigentlichen Konkurrenzprodukte zum [...] Produkt/System. Ob sich die Abgrenzung eines eigenständigen Marktes für die Tätigkeit der Energiedienst-Gruppe im Bereich der Vernetzung und intelligenten Steuerung von Energieversorgungs- und Gebäudetechnikanlagen (gegenüber Endkunden) rechtfertigen würde bzw. inwieweit sich ein solcher Markt mit anderen Märkten wie insbesondere mit einem möglichen Markt für Gebäudeautomation (vgl. Rz 73) überschneidet, ist im Rahmen des vorliegenden Zusammenschlusses nicht abschliessend zu klären. Die genaue Marktabgrenzung betreffend diese Tätigkeit der Energiedienst-Gruppe ist vorliegend auch deshalb offen zu lassen, weil gegenwärtig nicht absehbar ist, inwiefern diese Tätigkeit durch bevorstehende Innovationen (wie beispielsweise das noch zu entwickelnde [...] Produkt/System) ausgeweitet bzw. verändert werden wird. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass auch wenn für die Vernetzung und intelligente Steuerung von Energieversorgungs- und Gebäudetechnikanlagen (gegenüber Endkunden) ein eigenständiger Markt abgegrenzt würde, in der Meldung plausibel dargelegt wurde, dass es sich dabei nicht um einen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU handeln würde.

B.4.1.1.6. Markt, in welchem das JV tätig sein wird

76. Wie bereits erwähnt, soll das JV ein System/Produkt für die intelligente Steuerung von Energieversorgungs- und Gebäudetechnikanlagen ([...] Produkt/System) entwickeln bzw. weiterentwickeln, und das System/Produkt nicht nur den beteiligten Unternehmen sondern auch dritten Lizenz- bzw. Franchisenehmern (Gebäudetechnikunternehmen, Energieversorgungsunternehmen und Netzbetreiber) auf dem Markt anbieten. Das JV soll hingegen selber keinen Kontakt zu den Endkunden (Eigentümer oder Mieter von Liegenschaften) haben.

²⁸ Die Public Private Partnership umfasst gemäss Meldung die Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Stellen und privaten Unternehmen zwecks Planung, Bau, Finanzierung und Betrieb von Infrastrukturen. Die Hälg Facility Management AG sei z. B. im Rahmen des Schweizer Pilotprojekts nach internationalem Standard „PPP Burgdorf“ der private Betreiber des Verwaltungszentrums Neumatt. Zum Leistungsumfang gehörten Reinigung, Verpflegung, Instandhaltung und Instandsetzung, Energieversorgung sowie eine Vielzahl von weiterer organisatorischer Dienstleistungen wie Post, Empfang etc.

77. Die Lizenz- bzw. Franchisenehmer würden beim JV die sog. [...] -Box kaufen. Dies sei die Steuerungseinheit, welche vor Ort bei den Gebäudetechnikanlagen bzw. bei Stromproduktions-, Stromspeicher- und Stromverbrauchsanlagen installiert werde. Für das mit der [...] -Box verbundene System, welches die von der Box gesammelten und weitergeleiteten Daten erfasse, archiviere, analysiere und es ermögliche, die ans System angeschlossenen Anlagen (fern-)zusteuern, würden die Lizenz- bzw. Franchisenehmer dem JV zudem eine Lizenz- bzw. Abogebühr bezahlen.

78. Gemäss Meldung setzen die Massnahmen zur Steuerung von Angebot und Nachfrage zur Erhaltung der Netzstabilität und zum Erhalt des elektrischen Energiesystems eine umfassende Vernetzung und automatische Steuerung sowohl der verschiedenen Energieproduktions- als auch der Energieverbrauchs-Anlagen voraus. Das [...] -Produkt/System ermögliche eine umfassende Vernetzung des elektrischen Energiesystems sowohl auf Produzenten- als auch auf Verbraucherseite zur Umsetzung von Massnahmen zur Gewährleistung der Netzstabilität. Hinzu komme die weitere Möglichkeit, dass auch Gebäudetechnikunternehmen im Rahmen von Wartungs-, Service- oder Facility-Management-Verträgen mit ihren Kunden ebenfalls die für die Erfüllung ihrer Leistungen notwendigen Daten von den betreffenden Kundenanlagen über das [...] -Produkt/System abrufen können. Ferner werde diesen Unternehmen mit dem vom [...] -Produkt/System gelieferten und analysierten Daten ermöglicht, ihre Kundenanlagen im Rahmen von Serviceleistungen über das Netz zu überwachen und bei Bedarf fernzusteuern und unter Umständen sogar fernzuwarten.

79. Es gebe mehrere mit dem geplanten [...] -Produkt/System zumindest teilweise substituierbare Produkte/Systeme wie z. B. Home Energy mit Solarlog (BKW), Tiko (Swiss Energy Solutions), smart-guard und Telebutler (Walter Meier AG) und Smart Home (Loxone, Deutschland). Zu beachten sei indes, dass keines der genannten und den meldenden Unternehmen bekannten Produkte/Systeme den gesamten Funktionsumfang von [...] bereitstellen könne. Ob man dennoch von einer Substitutionsmöglichkeit durch einzelne Produkte/Systeme ausgehen könne, lasse sich nicht beantworten. Es müsse auch die rasante technologische Entwicklung in diesem Bereich miteinbezogen werden. So könne ein Produkt/System, das in der aktuellen Version noch nicht sämtliche Funktionen von [...] biete, diese Funktionen in einer zukünftigen Folgeversion durchaus auch implementiert haben.

80. Vorliegend kann die genaue Marktabgrenzung betreffend die Tätigkeit des JV offen gelassen werden, zumal es sich gemäss den Angaben in der Meldung auch um einen Markt handelt, in welchem die am JV beteiligten Unternehmen bislang noch nicht tätig sind und demzufolge auch kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegen kann.

B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte

81. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

B.4.1.2.1. Elektrizitätsbereich

82. Der räumliche **Markt für Stromerzeugung** wird von der WEKO praxismässig national abgegrenzt, wobei eine möglicherweise weitere räumliche Marktabgrenzung jeweils nicht ausgeschlossen wurde.²⁹ Die räumliche Marktabgrenzung kann vorliegend offen gelassen werden, da selbst bei einer nationalen Marktabgrenzung der Marktanteil der Energiedienst-Gruppe gemäss Angaben in der Meldung weit unter der Schwelle von 30 % liegt und es sich nicht um einen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU handelt.

83. Es ist nicht ausgeschlossen, dass der **Markt für Stromversorgung von Kunden mit Netzzugang** über die Landesgrenzen hinaus abzugrenzen wäre, da diese Verbraucher ihren Strom bei einem beliebigen Stromversorger, unabhängig von dessen Standort, beziehen können.³⁰ Die räumliche Marktabgrenzung kann vorliegend offen gelassen werden, da selbst bei einer nationalen Marktabgrenzung der Marktanteil der Energiedienst-Gruppe gemäss den Angaben in der Meldung gering ist und kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegt.

84. Schliesslich hat die WEKO verschiedentlich festgehalten, dass sich der räumliche **Markt für Stromhandel** über die Landesgrenzen hinaus ausdehnt, jedoch bisher auf eine exakte räumliche Marktabgrenzung verzichtet.³¹ Die räumliche Marktabgrenzung kann vorliegend offen gelassen werden, da selbst bei einer nationalen Marktabgrenzung der Marktanteil der Energiedienst-Gruppe gemäss den Angaben in der Meldung gering ist und kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegt.

B.4.1.2.2. Ingenieurdienstleistungen

85. Gestützt auf die Angaben in der Meldung kann betreffend die möglichen Märkte für **Ingenieurdienstleistungen der Gebäudetechnik und für Ingenieurdienstleistungen für Energieinfrastrukturanlagen** von nationalen Märkten ausgegangen werden. Betreffend einen Markt für Ingenieurdienstleistungen für Energieinfrastrukturanlagen wäre allenfalls auch eine europaweite Marktabgrenzung denkbar.³² Die genaue räumliche Marktabgrenzung kann vorliegend offen gelassen, da gemäss den Angaben in der Meldung auch bei einer nationalen Marktabgrenzung aufgrund der Marktanteile der Zusammenschlussparteien keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegen.

²⁹ Vgl. RPW 2016/3, 776 Rz 56, BKW/AEK, m.w.H.

³⁰ Vgl. RPW 2016/3, 776 Rz 58, BKW/AEK, m.w.H.

³¹ Vgl. RPW 2016/3, 776 Rz 60, BKW/AEK, m.w.H.

³² Vgl. RPW 2016/3, 776 Rz 63, BKW/AEK.

B.4.1.2.3. Installationsdienstleistungen

86. Der räumliche **Markt für Elektroinstallationen** ist im Einzugsgebiet für die konkrete Elektroinstallation und damit regional zu orten. Wie in der Baubranche allgemein, so ist auch im Elektroinstallationsbereich ein gewisser Distanzschutz zufolge hoher Transportkosten zu verzeichnen: Die zunehmende Distanz einer Unternehmung vom Ausführungsort führt zu steigenden Selbstkosten und sinkender Rentabilität eines Auftrags. Hinzu kommt die generelle Tendenz der Auftraggeber, ihnen bekannte, demnach meist ortsansässige respektive ortskundige, und damit in der Regel städtisch oder zumindest regional tätige Unternehmen zu favorisieren.³³

87. Entsprechend obiger Ausführungen wäre auch ein möglicher Markt für **HLKS-Installationen** grundsätzlich regional abzugrenzen. Gleiches würde sinngemäss für den Fall gelten, in dem man den (regionalen) Markt weiter nach (a) Heizungsinstallationen, (b) Luft- und Klimatechnikinstallationen und (c) Sanitäranlagen und weitere Wasserinstallationen segmentiert.³⁴

88. Ein möglicher Markt für die **Installation von Gebäudehüllen, Decken- und Fassadensysteme** wäre wohl regional abzugrenzen. Die räumliche Marktabgrenzung kann jedoch offen bleiben, da gemäss den Angaben in der Meldung der Marktanteil der Inretis-Gruppe sowohl bei nationaler als auch regionaler Betrachtung sehr klein ist, sodass kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegt.

89. Ein möglicher Markt für die **Installation von Photovoltaikanlagen** wäre wohl grundsätzlich ebenfalls regional abzugrenzen. Gemäss Meldung dürfte auch hier ein gewisser faktischer Gebietsschutz für die Installationsunternehmen gegeben sein, da gemäss Meldung zumindest bei kleineren und mittelgrossen Aufträgen die Wirtschaftlichkeit dieser Aufträge mit zunehmender Distanz zwischen dem Sitz des Installationsunternehmens und dem Realisierungsort des Auftrages sinke. Eine regionale Marktabgrenzung sei aber dann für die kartellrechtliche Beurteilung nicht zielführend, wenn ein Unternehmen – wie hier die zur Energiedienst-Gruppe gehörende Tritec AG – ausschliesslich Grossprojekte realisiere, welche meist von der Marktgegenseite unter vergaberechtlichen Vorgaben schweizweit oder gar europäisch ausgeschrieben und auch von den Installationsunternehmen schweizweit angeboten werden. Die räumliche Marktabgrenzung kann vorliegend offen gelassen werden, da gemäss den Angaben in der Meldung sowohl bei einer nationalen als auch bei einer regionalen Marktabgrenzung kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegt.

B.4.1.2.4. Energiedienstleistungen

90. Betreffend die Märkte im Bereich Energiedienstleistungen kann im Rahmen des vorliegenden Zusammenschlussverfahrens den Angaben in der Meldung folgend von nationalen Märkten ausgegangen werden.³⁵

B.4.1.2.5. Weitere Bereiche, in denen die Zusammenschlussparteien tätig sind

91. Gemäss Praxis der WEKO wurde die räumliche Abgrenzung des sachlich relevanten **Marktes für Erdgaslieferung an Wiederverkäufer** bis anhin offen gelassen.³⁶ Gemäss Meldung ist die Energiedienstgruppe auf

dem Markt für Erdgaslieferungen an Wiederverkäufer tätig, wobei hierfür im Jahr 2016 ausschliesslich das Transport- bzw. Verteilernetz der Erdgasostschweiz AG genutzt worden sei. Im Rahmen dieses Zusammenschlussvorhabens wäre grundsätzlich von einem nationalen oder gar internationalen Markt auszugehen. Die exakte räumliche Abgrenzung kann vorliegend jedoch offen gelassen werden, da gemäss den Angaben in der Meldung selbst bei der von den Zusammenschlussparteien vorgenommenen regionalen – und damit engeren räumlichen – Markt-abgrenzung der Marktanteil der Energiedienst-Gruppe gering ist und kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegt.

92. Der mögliche Markt für **Elektromobilität bzw. für die Nutzung von Elektrofahrzeugen** kann für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens der Meldung folgend national abgegrenzt werden.³⁷

93. Der mögliche Markt für den **Grosshandel mit Photovoltaikanlagen** ist vorliegend gemäss den Zusammenschlussparteien national abzugrenzen, da sowohl die Angebots- als auch die Nachfrageseite in diesem Markt schweizweit agiere.

94. Für den möglichen Markt für **Gebäudeautomation** kann die räumliche Marktabgrenzung offen gelassen werden, da gemäss Angaben in der Meldung sowohl bei einer nationalen als auch einer regionalen Marktabgrenzung die Marktanteile der Hälgi-Gruppe gering sind und kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegt.

95. Betreffend den möglichen Markt für **Facility Management** schlagen die Zusammenschlussparteien eine regionale Marktabgrenzung vor. Die räumliche Marktabgrenzung kann auch hier offen gelassen werden, da gemäss den Angaben in der Meldung sowohl bei einer nationalen als auch einer regionalen Marktabgrenzung die Marktanteile der Zusammenschlussparteien gering sind und kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegt.

96. Betreffend die Tätigkeit der Energiedienst-Gruppe bzw. der Tritec AG im Bereich der **Vernetzung und intelligenten Steuerung von Energieversorgungs- und Gebäudetechnikanlagen** (gegenüber Endkunden) schlagen die Zusammenschlussparteien eine regionale Marktabgrenzung vor. Die genaue Marktabgrenzung kann auch hier offen gelassen werden, da – wie bereits im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung erwähnt (vgl. Rz 75) – in der Meldung plausibel dargelegt wurde, dass kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegt.

³³ Vgl. RPW 2016/3, 776 f. Rz 65, BKW/AEK, m.w.H.

³⁴ Vgl. RPW 2016/3, 777 Rz 66, BKW/AEK.

³⁵ Vgl. auch RPW 2016/3, 777 Rz 68, BKW/AEK.

³⁶ Vgl. RPW 2014/1, 119 Rz 81 ff., *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*, m.w.H.

³⁷ Vgl. auch RPW 2016/3, 777 Rz 70, BKW/AEK.

B.4.1.2.6. Markt, in welchem das JV tätig sein wird

97. Der Markt, in welchem das JV tätig sein wird, erstreckt sich gemäss Meldung zumindest auf das Gebiet der Schweiz. Da das JV selber keinen Endkundenkontakt haben werde, werde es seine Leistungen zumindest schweizweit anbieten. Es werde auch damit gerechnet, dass das [...] -Produkt/System zumindest schweizweit und wohl auch auf dem europäischen Markt oder sogar darüber hinaus international von Franchisenehmern (Gebäudetechnikunternehmen und Energieversorgungsunternehmen) nachgefragt werde.

98. Die genaue räumliche Marktabgrenzung kann vorliegend offen gelassen, da – wie bereits im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung erwähnt (vgl. Rz 80) – es sich um einen Markt handelt, in welchem die am JV beteiligten Unternehmen bislang noch nicht tätig sind und demzufolge auch kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegen kann.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

99. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von

zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als „vom Zusammenschluss betroffene Märkte“ bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

100. Die Zusammenschlussparteien haben für alle der vorgenannten relevanten Märkte die jeweiligen Marktanteile ausgewiesen. Gemäss den Angaben in der Meldung besteht kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Es kann somit von der Unbedenklichkeit des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ausgegangen werden.

B.4.3 Ergebnis

101. Die vorläufige Prüfung ergibt keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3	4. Erwerb der gemeinsamen Kontrolle durch Cinven Capital Management (V) General Partner Limited und The Canada Pension Plan Investment Board über Travel Holdings Partner Corporation
-------	--

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 11. Mai 2017

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 17 Mai 2017

A Sachverhalt

1. Am 21. April 2017 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen der Fifth Cinven Fund, verwaltet durch Cinven Capital Management (V) General Partner Limited (nachfolgend *Cinven*¹), und der Canada Pension Plan Investment Board gemeinsame Kontrolle über die Travel Holdings Parent Corporation und ihre Tochtergesellschaften zu übernehmen.

2. **Cinven** ist eine internationale Private Equity Gesellschaft mit Sitz in Guernsey, Vogtei Guernsey. Cinven wurde 1977 gegründet und unterhält Büros in Guernsey, London, Frankfurt, Paris, Madrid, Mailand, Luxemburg, Hongkong und New York.

3. Cinven erbringt für mehrere Investment Fonds die Dienstleistungen des Investment Managements und der Investment Beratung. Die Einheiten, aus welchen der Fifth Cinven Fund besteht, werden durch Cinven Capital Management (V) General Partner Limited verwaltet.

4. Die Portfolio-Gesellschaften von Cinven sind in einem breiten Spektrum von Geschäftsfeldern tätig, vorwiegend in den Bereichen Geschäfts-, Konsumenten- und Finanzdienstleistungen, Gesundheitswesen, Industrie, Technologie, Medien und Telekommunikation.

5. **Canada Pension Plan Investment Board** (nachfolgend CPPIB) ist eine Investment Management Organisation, welche im Dezember 1997 durch einen Parlamentsbeschluss, den Canada Pension Plan Investment Board Act, geschaffen wurde. CPPIB legt die Vermögenswerte des Canada Pension Plan an und hat ihren Sitz in Toronto, Ontario, Kanada. CPPIB unterhält Büros in Hongkong, London, Luxemburg, Mumbai, New York City, São Paulo und Sydney.

6. CPPIB ist mit Investitionen in öffentliche Beteiligungen, Infrastruktur, Immobilien und Immobilienfonds sowie Direktinvestitionen eine bedeutende Investorin in Europa.²

7. **Hotelbeds Group** (nachfolgend HBG) ist ein reisebezogenes Dienstleistungsunternehmen mit Sitz in Palma De Mallorca, Spanien. HBG hat ungefähr 35'000 Kunden, ein Portfolio von über 100'000 Hotelbetreibern, über 6'000

Angestellte und deckt mehr als 120 Quell- und 185 Zielmärkte ab.

8. HBGs Tätigkeitsschwerpunkt beinhaltet business-to-business (B2B) Vermittlung von Reisedienstleistungen, insbesondere die Vermittlung von Hotelunterkünften und die Bereitstellung von Dienstleistungen im Destinationsmanagements (DMS, z.B. Transfers, Ausflüge und Touren, Kreuzfahrtabfertigungsdienstleistungen, Treffen und Events).

9. HBG führt auch beschränkt ein business-to-consumer (B2C)-Geschäft durch die Marken Hotelopia und Easy Market, wie auch durch ein white label agreement mit easyjet Holidays. Ferner ist HBG in einem beschränkten Ausmass ebenfalls in der Vermittlung von Dienstleistungen im DMS durch eine Online-Vermittlungs-Plattform (die Transfer and Activity Bank) tätig und bietet Visa Outsourcing Dienstleistungen an.

10. Der Hauptkundenstamm sind Reiseagenturen, Reiseveranstalter (tour operators) und staatliche Agenturen.

11. HBG ist in der Schweiz im Geschäftsbereich B2C- und B2B-Vermittlung von Reisedienstleistungen tätig. Schweizer Kunden bietet HBG auch Dienstleistungen im Bereich des DMS an, wobei diese Dienstleistungen an den jeweiligen Destinationen und nicht in der Schweiz ausgeführt werden. HBG hat keine in der Schweiz domizilierte Tochtergesellschaft.

12. Die **Travel Holdings Parent Corporation** (nachfolgend *Zielgesellschaft*) ist eine reisebezogene Brokeragesellschaft mit Sitz in Orlando, Florida, USA. Die Zielgesellschaft betreut von 27 Städten in 19 Ländern rund 4'000 Kunden, 45'000 Hotelbetreiber und hat 787 Angestellte.

13. Der Tätigkeitsschwerpunkt der Zielgesellschaft beinhaltet die B2B-Vermittlung von Reisedienstleistungen, insbesondere die Vermittlung von Hotelunterkünften und von DMS-dienstleistungen.

14. Der beabsichtigte Zusammenschluss wird durch den Zusammenschluss von Hotelbeds Travel Company, Inc., einer Gesellschaft aus Delaware und hundertprozentiger Tochtergesellschaft von Hotelbeds US Holdco, Inc., mit und in die Travel Holdings Parent Corporation umgesetzt (nachfolgend *Zielgesellschaft*), woraus die Zielgesellschaft als weiterbestehende Gesellschaft und Tochtergesellschaft der Hotelbeds US Holdco, Inc., resultiert.

¹ „Cinven“ bedeutet, je nach Kontext, gemeinsam oder je einzeln, Cinven Group Limited, Cinven Partners LLP, Cinven Limited, Cinven (LuxCo 1) S.A., Cinven Capital Management (V) General Partner Limited, sowie die jeweiligen „Associates“ (i.S. der Definition gemäss Companies Act 2006) und/oder Fonds, verwaltet oder beraten durch die Gruppe.

² <http://www.cpplib.com/en/who-we-are/at-a-glance/>.

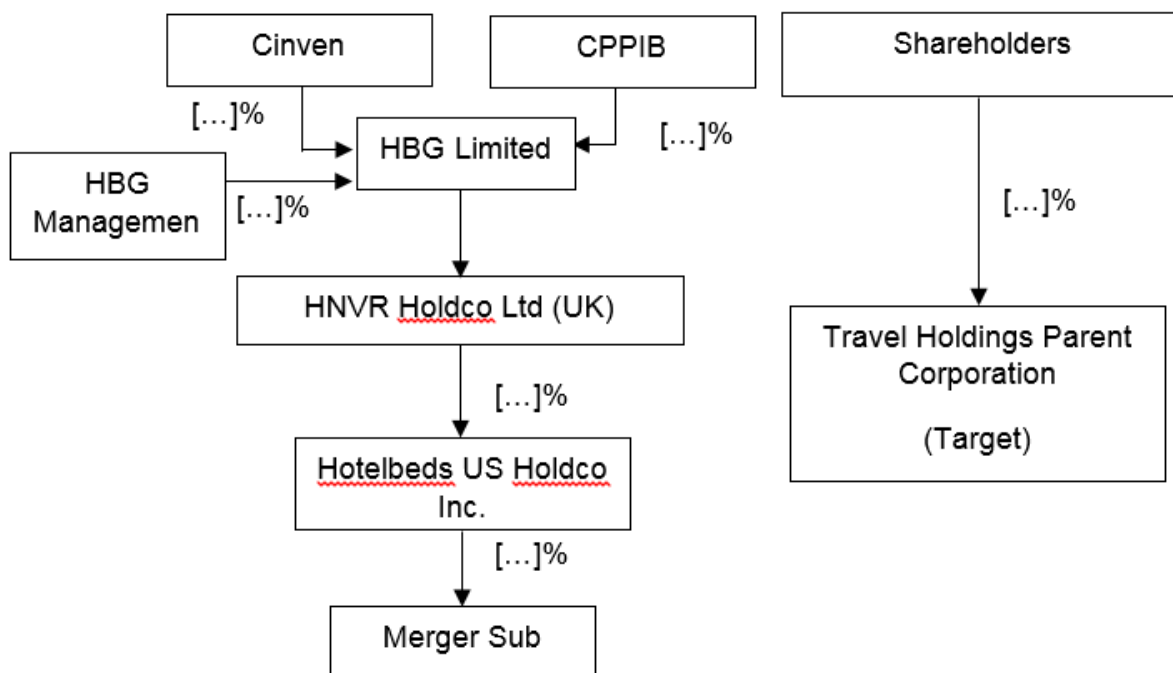
15. Konkret bedeutet der beabsichtigte Zusammenschluss, dass Hotelbeds US Holdco Inc. die Anteile an der Zielgesellschaft erwirbt.

16. Hotelbeds US Holdco, Inc. ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der HNVR Holdco Ltd (UK). Cinven und CPPIB kontrollieren gemeinsam HNVR Holdco Ltd (UK) durch Investitionen in die HBG Limited, der Gruppenmuttergesellschaft. Die operativen Einheiten von HBG sind unterhalb der Hotelbeds US Holdco, Inc., Hotelbeds Holding S.L.U. (Spanien) und Trina Group Limited (UK) angesiedelt, wobei diese drei jeweils hundertprozentige Tochtergesellschaften der HNVR Holdco Ltd. (UK) sind. Mit anderen Worten wird die Kontrolle über die Zielgesellschaft letztlich durch eine Einheit, welche über den derzeitigen operativen Einheiten von HBG steht, erworben.

17. Somit werden Cinven und CPPIB letztlich zusammen, entweder direkt oder indirekt, die Mehrheit der Anteile an dem aus dem Zusammenschluss hervorgehenden Unternehmen halten, wobei die übrigen Anteile durch das Management gehalten werden.³ Darüber hinaus werden Cinven und CPPIB (oder die von ihnen bezeichneten Personen) je einzeln über Vetorechte im Zusammenhang mit Angelegenheiten verfügen, welche Cinven und CPPIB gleiche Führungs- und Kontrollrechte verleihen.

18. Entsprechend betrifft der beabsichtigte Zusammenschluss den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle durch Cinven und CPPIB über die Zielgesellschaft mittels des gemeinsam kontrollierten Investitionsvehikels Hotelbeds US Holdco Inc.

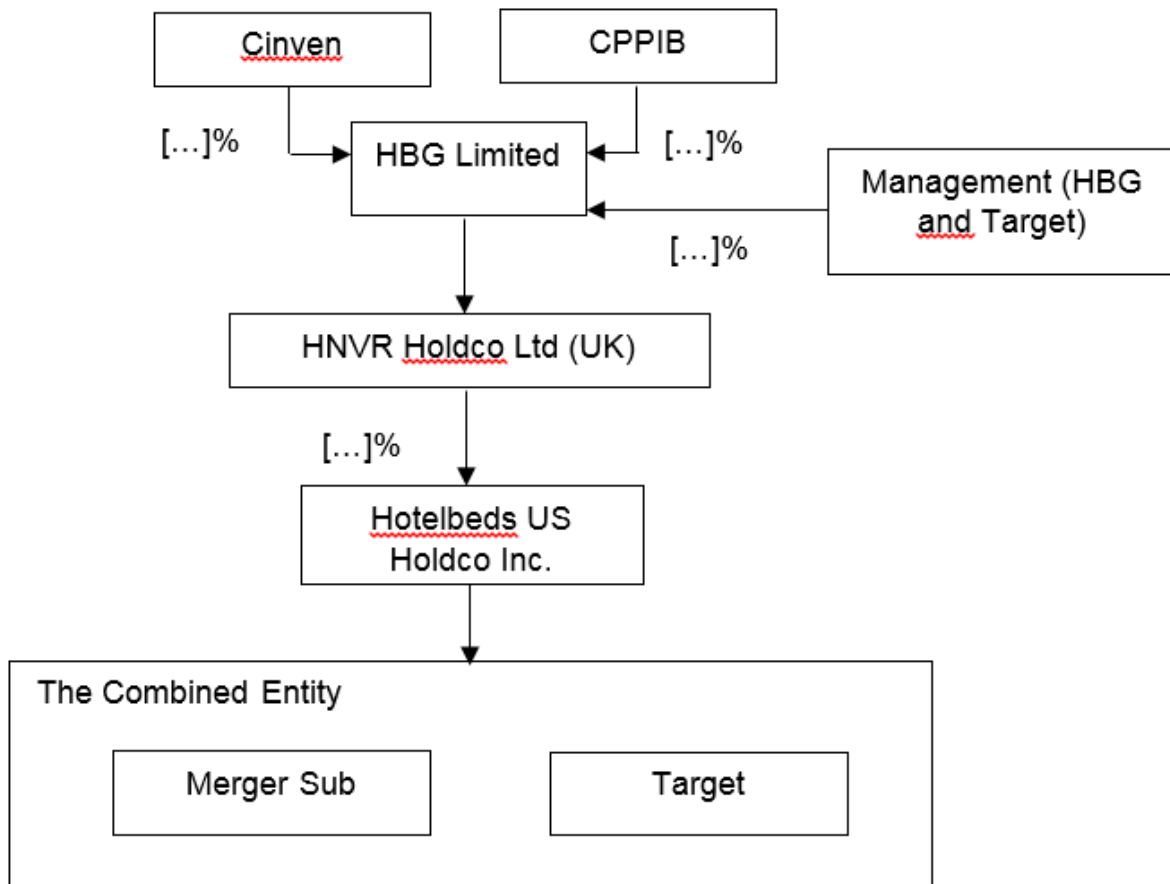
19. Skizze 1 beschreibt die Transaktion vor dem Zusammenschluss:



Quelle: Angabe der Parteien

³ Im Zusammenhang mit dem Vollzug des beabsichtigten Zusammenschlusses werden gewisse Mitglieder des Managements der Zielgesellschaft eine gewisse Anzahl ihrer Anteile an der Zielgesellschaft an HBG Limited (die Holding Gesellschaft des aus dem Zusammenschluss hervorgehenden Unternehmens) gegen Beteiligungen an HBG Limited tauschen. Diese Mitglieder des derzeitigen Management der Zielgesellschaft werden je lediglich eine de *minimis* Beteiligung erwerben und keiner wird Kontrollrechte über Hotelbeds US Holdco, Inc. oder dem aus dem Zusammenschluss hervorgehenden Unternehmen erwerben.

20. Skizze 2 beschreibt die Transaktion nach dem Zusammenschluss:



Quelle: Angabe der Parteien

21. In der Europäischen Kommission wurde das Zusammenschlussvorhaben am 10. April 2017 gemeldet. Diese hat das Zusammenschlussvorhaben am 22. Mai 2017 genehmigt.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

22. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

B.1.1 Unternehmen

23. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

24. Als Unternehmenszusammenschluss gilt jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder

der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG).

25. Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmten Einfluss auf die Tätigkeit des anderen Unternehmens auszuüben. Mittel zur Kontrolle können, einzeln oder in Kombination, insbesondere Rechte oder Verträge sein, die einen bestimmten Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratung oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren (Art. 1 VKU).

26. Aufgrund des oben geschilderten Zusammenschlussvorhabens (vgl. Rz 1 ff.) werden Cinven und CPPIB indirekt die gemeinsame Kontrolle über die Zielgesellschaft im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG i.V.m. Art. 1 VKU übernehmen.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

27. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

28. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt

mindestens CHF 2 Mia. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielten und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG).

29. Die Parteien erzielten 2015 folgende Umsätze in Mio.:

2015	Cinven	CPPIB	Zielgesellschaft	Total
Weltweit	CHF [...]	CHF [...]	CHF [...]	CHF [...]
Schweiz	CHF [...]	CHF [...]	CHF [...]	CHF [...]

Quelle: Angabe der Parteien

30. Die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG sind erreicht, weshalb das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

31. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

32. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

33. Die Geschäftstätigkeiten von HBG und der Zielgesellschaft überlappen sich in der Schweiz in folgenden Bereichen:

34. i) Hotelvermittlung (d.h. Beschaffung und Vertrieb von Hotelinventar);
- ii) Vermittlung von DMS (z.B. Transfers, Autovermietung, Ausflüge etc.)

35. Gemäss Angaben der Parteien handelt sich bei der Vermittlung von DMS in der Schweiz sowohl bei HBG als auch bei der Zielgesellschaft um einen kleinen und untergeordneten Geschäftsteil. Der von den Parteien geschätzte Marktanteil sowohl von HBG als auch von der Zielgesellschaft im DMS-Vermittlungsmarkt entspricht ungefähr je [0-5]%. Die Parteien gehen davon aus, dass es zu keinen nennenswerten Marktanteilsadditionen in der DMS-Vermittlung kommen wird. Auf dieses Tätigkeitsgebiet wird nachfolgend daher nicht eingegangen.

36. Nachfolgend wird der Fokus auf die Tätigkeit der Hotelvermittlung im Bereich von Bedbanks (vgl. Rz 40) gelegt.

B.4.1 Relevanter Markt

B.4.1.1 Sachlich relevanter Markt

37. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

38. Es gibt eine Reihe von möglichen Vertriebskanälen für Hotels, über welche diese ihre Dienstleistungen bzw. Zimmer an Endkunden verkaufen können. Es sind dies:⁴

- Wholesaler (auch Bedbanks genannt)
- Direkter Vertrieb durch das Hotel
- Online-Buchungsplattformen
- Tour-Operator / Reisebüros
- Globale Distributionssysteme (nachfolgend GDS)
- Tourismusorganisationen
- Event- und Kongressorganisatoren

39. Es stellt sich die Frage, ob die genannten Vertriebskanäle für Hotelinventar von den Hotels als Substitute für Bedbanks betrachtet werden.

40. *Bedbanks* arbeiten nach dem sogenannten Merchant-Modell. Sie erwerben Zimmerkontingente zu einem Nettopreis. Diese Zimmerkontingente werden nicht direkt dem Endkunden zugänglich gemacht, sondern an andere Intermediäre im Reisebereich verkauft. Bedbanks senken so das Inventarrisiko für Hotels und erhalten dafür Rabatte, also einen Preisabschlag für die Zimmerkontingente. Der Vertrieb über Bedbanks ist nur für gewisse Hotels attraktiv. Gemäss Erhebungen in der Untersuchung *Online-Buchungsplattformen für Hotels*⁵ waren dies insbesondere grössere Hotels in Städten und Wintersportdestinationen.

⁴RPW 2016/1, 94 ff. Rz 204 ff., *Online-Buchungsplattformen für Hotels*.

⁵RPW 2016/1, 97 Rz 222, *Online-Buchungsplattformen für Hotels*.

41. Der *direkte Vertrieb durch Hotels* umfasst sämtliche Buchungsmöglichkeiten, welche dem Endkunden bei einem Hotel zur Verfügung stehen. Der Endkunde kann eine Buchung per Telefon, Brief oder Fax oder auf elektronischem Weg (E-Mail, elektronisches Buchungsformular oder als Echtzeit-Buchung auf der hoteleigenen Homepage) vornehmen. Schliesslich besteht für den Endkunden noch die Möglichkeit das Hotel ohne Reservation aufzusuchen. Bedbanks hingegen verkaufen ihre Zimmerkontingente gerade nicht dem Endkunden, sondern den Reisebüros, welche das Zimmer unter Aufschlag einer Marge an den Endkunden weiterverkaufen.

42. *Online-Buchungsplattformen* arbeiten nach dem sogenannten Agentur-Modell. Dabei fungiert die Online-Buchungsplattform als reiner Vermittler zwischen Endkunden und Hotels. Bei einer erfolgreichen Vermittlung erhält die Online-Buchungsplattform eine prozentuale Kommission durch das Hotel. Der Zugang zur Plattform, die Aufschaltung der entsprechenden Daten sowie die eingangs erwähnten Unterstützungsdienstleistungen sind dabei für ein Hotel zunächst kostenlos. Auf erfolgreich vermittelte Buchungen wird hingegen eine Kommission erhoben. Durch die Vermittlung einer Online-Buchungsplattform kommt somit eine Transaktion zwischen dem Hotel und dem Endkunden zu Stande, wobei der Endkunde keine direkten Kosten für die Nutzung der Online-Buchungsplattform trägt. Im Vergleich zu diesem Vertriebskanal treten Bedbanks nicht in Kontakt mit den Endkunden.

43. GDS sind Informatiksysteme, welche Reisebüros den Zugriff auf Informationen bezüglich Reisedienstleistungen (insbesondere Flüge, Mietwagen und Hotels) ermöglichen sowie die Buchung der entsprechenden Reisedienstleistungen erlauben. Der direkte Zugriff auf GDS durch Endkunden ist praktisch ausgeschlossen. GDS wurde ursprünglich in der Airline-Branche entwickelt, um computerbasierte Flug-Reservierungen durch Reisebüros zu ermöglichen. Im Laufe der Jahre wurde ihre Funktionalität auf weitere Reisedienstleistungen, wie Automieten oder Hotelbuchungen erweitert. Der Zugriff erfolgt insbesondere durch stationäre Reisebüros, welche sich hauptsächlich an Privatkunden richten, oder Unternehmerreisebüros. Eine solche Anbindung ist somit, wie beim Vertrieb über Bedbanks, auch nur für diejenigen Hotels attraktiv, welche über solche Reisebüros überhaupt gebucht werden, also grössere Hotels in Städten sowie Wintersportdestinationen. Im Unterschied zu GDS kaufen Bedbanks Zimmerkontingente, welche an Reiseintermediäre weiterveräussert werden. Reisebüros können mittels GDS hingegen auf die Informationen zugreifen und für den Endkunden auch direkt eine Buchung vornehmen.

44. *Reiseveranstalter* sind im Bereich des Vertriebs von Hoteldienstleistungen tätig. Auch beim Reiseveranstalter erfolgt der Vertrieb wie bei den Bedbanks über das Merchant-Modell. Beide senken für ein Hotel das Inventarrisiko. Im Gegensatz zu den Bedbanks treten die Reiseveranstalter hingegen in direkten Kontakt mit den Kunden.

45. In der Schweiz gibt es eine Reihe von *weiteren Vertriebskanäle*, welche in der Schweiz von untergeordneter Bedeutung sind. Auf diese wird nicht näher eingegangen und es wird diesbezüglich direkt auf die Untersuchung *Online-Buchungsplattformen für Hotels* verwiesen.⁶

46. Zusammengefasst kann gesagt werden, dass Bedbanks einen Vertriebskanal für Hotels darstellen, welcher keinen direkten Endkundenkontakt hat. Des Weiteren kaufen Bedbanks grosse Kontingente an Hotelinventar und senken somit das Inventarrisiko der Hotels. Dafür erhalten die Bedbanks Rabatte von den Hotels für die Hotelzimmer. Bedbanks lohnen sich nur für grössere Hotels in Städten und Wintersportdestinationen.

47. Aufgrund der gemachten Ausführungen ist davon auszugehen, dass anderen Vertriebskanälen für Hotels eher keine Substitute für Bedbanks darstellen.

48. Die Parteien sind der Meinung, dass der sachlich relevante Markt sämtliche Vertriebskanäle für Hotelinventar umfasst.

49. In bisherigen Verfahren der WEKO wurde davon ausgegangen, dass verschiedene Vertriebskanäle aus Sicht von Hotels komplementär eingesetzt werden: Bei der Untersuchung *Online-buchungsplattformen für Hotels*⁷ ist man von einem separaten Markt für Online-Buchungsplattformen ausgegangen. GDS wurden in der Vergangenheit von der EU-Kommission wiederholt als eigene sachlich relevante Märkte betrachtet. Somit wird nachfolgend von der Hypothese ausgegangen, dass Bedbanks aus Sicht von Hotels ebenfalls einen eigenen sachlich relevanten Markt darstellen. Zumal auch bei einer solchen Betrachtung keine Bedenken bezüglich des Zusammenschlussvorhabens bestehen, kann die Marktabgrenzung jedoch letztlich offen gelassen werden.

B.4.1.2 Räumlich relevante/r Markt/Märkte

50. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

51. Die WEKO hat in ihrer bisherigen Praxis bei Verfahren im Bereich des Reisevertriebs grossmehrheitlich den räumlich relevanten Markt national abgegrenzt. Die Parteien sind der Meinung, dass die engste räumliche Marktabgrenzung national wäre. Hier wird wiederum von der Hypothese ausgegangen, dass es sich um einen nationalen Markt handelt. Zumal keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken bezüglich des Zusammenschlussvorhabens bestehen, kann die räumliche Marktabgrenzung jedoch offen gelassen werden.

B.4.2 Kein betroffener Markt

52. Die Parteien schätzen den Marktanteil in der Schweiz im Bereich Bedbanks der Zielgesellschaft im Jahre 2015 auf [0-10]%.⁸ Für die HBG wird der Marktanteil auf [0-10]% geschätzt. Der kumulierte Marktanteil beträgt daher [0-10]%.⁹

53. Die nachfolgende Tabelle zeigt die Marktanteile der fünf wichtigsten Konkurrenten der am Zusammenschluss beteiligten Parteien:

⁶ RPW 2016/1, 98 Rz 228 ff., *Online-Buchungsplattformen für Hotels*. Darunter fallen Buchungen durch Organisatoren von Konferenzen und Events, Social-Media-Kanäle und Tourismusorganisationen.

⁷ RPW 2016/1, 100 Rz 253, *Online-Buchungsplattformen für Hotels*.

⁸ Die Zahlen für das Jahr 2016 werden erst im Sommer 2017 vorliegen, weshalb sich die Parteien auf die Zahlen für das Jahr 2015 beziehen.

Nr.	Wettbewerber	Marktanteile	Marktanteile
		2015	2016
1	GTA	[10-20]%	[0-10]%
2	Exclusively / JacTravel	[0-10]%	[0-10]%
3	Expedia	[0-10]%	[0-10]%
4	W2M	[0-10]%	[0-10]%
5	Jumbo	[0-10]%	[0-10]%

Quelle: Schätzung der Parteien

54. Gemäss Schätzungen der Parteien weisen die fünf wichtigsten Konkurrenten 2016 in der Schweiz Marktanteile von [0-10]% bis [0-10]% auf. Der kumulierte Marktanteil von HBG und der Zielgesellschaft beträgt [0-10]%. GTA und Exclusively / Jac Travel weisen mit [0-10]% und [0-10]% höhere Marktanteile auf als HBG und die Zielgesellschaft gemeinsam. Überdies betragen die kumulierten Marktanteile weniger als 20%. Es liegt somit gar kein betroffener Markt vor.

55. Nachfolgend werden kurz mögliche vertikalen Beziehungen zwischen den Parteien betrachtet.

56. Weltweit hält keine der Parteien (Cinven und CPPIB eingeschlossen) eine kontrollierende Beteiligung an Hotels oder an Hotelketten. Zudem hält Cinven weder an Hotels noch an Hotelketten eine Minderheitsbeteiligung. Auch CPPIB hält keine Minderheitsbeteiligung von über [0-10]% an Hotels oder Hotelketten.

57. Überdies verkauft die Zielgesellschaft in der Schweiz kein Hotelinventar an Endkunden. Gemäss Angaben in der Meldung hat die Zielgesellschaft auch kein Interesse Verkauf von Hotelinventar an in Europa oder konkret in der Schweiz ansässige Kunden vorzunehmen.

58. Ferner beliefert HBG die Zielgesellschaft zurzeit auch nicht mit Hotelinventar. Ungeachtet des beabsichtigen Zusammenschlusses planen weder HBG noch die Zielgesellschaft vom jeweils anderen Inventar zu beziehen. Es ist indessen möglich, dass sich die Zielgesellschaft via Consolidators (Kunden, welche sich das Inventar von diversen B2B-Anbietern beschaffen und das aggregierte Portfolio anschliessend an Reisebüros und Reiseagenturen weiterverkaufen) Hotelinventar beschafft, welches ursprünglich von HBG stammt und von Consolidators zur Verfügung gestellt wurde. Jedoch ist es weder für HBG

noch für die Zielgesellschaft sichtbar, in welchem Ausmass die Zielgesellschaft letztlich HBG-Inventar beschafft.

59. HBG beschafft auch kein Hotelinventar von der Zielgesellschaft. Inskünftig wäre es auch ohne den beabsichtigten Zusammenschluss möglich, dass HBG Inventar von der Zielgesellschaft beschafft, da bereits ein Abkommen zwischen den Parteien in Bezug auf eine von HBG geführte B2C-Marke, easyjet Holidays, besteht. Bis anhin wurde indessen noch kein Inventar basierend auf diesem Abkommen beschafft.

60. Des Weiteren bietet die Zielgesellschaft kein DMS an.

61. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Bedbanks-Markt keinen betroffenen Markt darstellt. Ferner liegen in der Schweiz keine vertikalen Beziehungen vor.

C Ergebnis

62. Auch nach engst möglicher Marktabgrenzung, dem Markt für Bedbanks in der Schweiz, liegt kein betroffener Markt vor, da die kumulierten Marktanteile weniger als 20 % betragen. Überdies liegen in der Schweiz keine vertikalen Beziehungen vor.

63. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 2. März 2017

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 2. März 2017

1. En procédure

1. Le 3 février 2017, le Secrétariat a reçu par courrier électronique, un projet de notification concernant l'acquisition par La Bâloise Vie SA (ci-après: Bâloise Vie) de Pax SA de Placements (ci-après : Pax Placements).

2. Le 6 février 2017, le Secrétariat a accusé réception du projet de notification en indiquant au surplus qu'il acceptait que l'opération de concentration soit notifiée selon le projet de notification en référence à l'art. 12 (notification facilitée) de l'Ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE ; RS 251.4).

3. Le 13 février 2017, les parties ont déposé la notification complète de la transaction, accompagnée de ses annexes. Il a été précisé que les paragraphes nos 56, 58 et 59 ont été ajoutés.

4. Le 13 février 2017, le Secrétariat a informé les parties par courrier que la notification du 13 février 2017 était complète.

5. Selon la notification, Bâloise Vie vise à acquérir la majorité du capital et des droits de vote de Pax Placements, une société immobilière cotée à la bourse suisse. Une offre publique d'achat a été pré-annoncée pour 30% du capital-action détenu par le public.

1 En fait

1.1 Les entreprises

1.1.1 Bâloise Vie

6. Bâloise vie est active dans les secteurs de l'assurance-vie et de l'immobilier (achat, vente et location d'immeubles à usage commercial et résidentiel en Suisse).

1.1.2 Pax Placements

7. Pax Placements est aussi active dans le secteur immobilier en Suisse et détient 2 filiales à 100 % (Pax Verwaltungen AG et Pax Wohnbauten AG). Pax Placements a un portefeuille d'immeubles à usage commercial et résidentiel destiné à la location, des immeubles d'appartements en propriété par étages offerts à la vente ainsi que des projets immobiliers en cours de développement.

1.2 Les sociétés venderesses

8. Les sociétés venderesses, Pax Holding, Pax Assurances et Nürnberger Lebensversicherung sont les détentrices d'environ 70 % du capital de Pax Placements. Pax Holding détient 87'992 actions de Pax Placements soit

48.88 % du capital-action. Pax Assurances détient 15'744 actions de Pax Placements soit 8.75 % du capital-action. Nürnberger Lebensversicherung détient 24'000 actions de Pax Placements soit 13.33 % du capital-action.

1.3 Les objectifs poursuivis par la concentration

9. Bâloise Vie souhaite accroître son portefeuille d'immeubles en Suisse. Après l'accomplissement de la transaction, le portefeuille d'immeubles de rendement de Pax Placements sera intégré dans le portefeuille de Bâloise Vie. Les projets en cours de vente et de développement de Pax Placements seront soit intégrés dans le portefeuille immobilier, soit vendus à des tiers.

2 En droit

2.1 Applicabilité des prescriptions de la LCart

10. La LCart s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises (art. 2 LCart).

2.1.1 Entreprise

11. Selon l'art. 2 LCart, la LCart s'applique à toute entreprise, c'est-à-dire à tout acteur qui produit des biens ou des services et participe ainsi de manière indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande (FF 1995 I 533).

12. En l'espèce, les entreprises qui participent à la concentration tombent dans le champ d'application de la LCart.

2.1.2 Acquisition du contrôle

13. Selon l'art. 1 OCCE, une entreprise est réputée acquérir le contrôle d'une entreprise jusque-là indépendante lorsque, par la prise de participations au capital, elle est en mesure d'exercer une influence déterminante sur l'activité de cette entreprise.

14. En l'occurrence, Bâloise Vie vise à acquérir le contrôle de Pax Placements

2.1.3 Prescriptions réservées

15. Dans les marchés concernés, il n'existe aucune prescription qui exclut la concurrence. Par ailleurs, les réserves de l'art. 3 al. 1 LCart n'ont pas été invoquées par les parties.

2.2 Obligation de notifier

16. Selon l'art. 9 al. 1 LCart, les opérations de concentration d'entreprises doivent être notifiées avant leur réalisation à la Commission de la concurrence (ci-après: la COMCO) lorsque, dans le dernier exercice précédant la concentration, les entreprises participantes ont réalisé ensemble un chiffre d'affaires minimum de 2 milliards de francs ou un chiffre d'affaires en Suisse d'au moins 500 millions de francs, et au moins deux des entreprises participantes ont réalisé individuellement en Suisse un chiffre d'affaires minimum de 100 millions de francs.

17. En l'espèce, les chiffres d'affaires mondiaux et suisses réalisés par les entreprises participantes en 2015 figurent dans le tableau suivant¹:

Chiffre d'affaires 2015 en millions de CHF²

Entreprises participantes	Chiffres d'affaires en millions de CHF	
	Suisse	Monde
Bâloise Group	4'465.5	8'918.6
Pax Placements	100.4	0
Chiffres cumulés	4'565.9	8'918.6

18. Il ressort des montants ci-dessus que le seuil du chiffre d'affaires mondial cumulé est atteint par Bâloise Group et Pax Placements. En outre, le seuil du chiffre d'affaires en Suisse est aussi atteint par Bâloise Group et Pax Placements. La concentration est donc sujette à notification en Suisse.

2.3 Appréciation de la concentration dans le cadre de l'examen préalable

19. Les concentrations d'entreprises soumises à l'obligation de notifier font l'objet d'un examen par la COMCO lorsqu'un examen préalable (art. 32 al. 1 LCart) fait apparaître des indices qu'elles créent ou renforcent une position dominante (art. 10 al. 1 LCart).

20. Afin de déterminer s'il existe des indices que la concentration crée ou renforce une position dominante, il y a d'abord lieu de délimiter les marchés de produits et géographique pertinents. Dans un deuxième temps, il sera examiné si la concentration entraîne une modification de la position des entreprises participantes sur ces marchés. Les autorités de la concurrence n'ont toutefois pas à rechercher s'il y a des indices que cette position serait susceptible de supprimer la concurrence. L'examen limité est justifié par le caractère sommaire de l'examen préalable.³

2.3.1 Marché pertinent

2.3.1.1 Marché de produits

21. Selon l'art. 11 al. 3 let. a OCCE, le marché de produits comprend tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés.

22. En l'espèce, Pax Placements détient un portefeuille d'immeubles offerts à la location et en vente en Suisse.

23. Dans l'affaire *Swiss Primer Site/Tertianum*, la COMCO a décidé de laisser ouvert dans des précédentes décisions la délimitation du marché immobilier en Suisse.⁴ La COMCO a considéré que des différences d'attractivités régionales existent en Suisse ainsi qu'une mobilité limitée. De plus, la COMCO a aussi considéré possible de distinguer les biens immobiliers à usage commercial et résidentiel pour les centres économiques (comme Zürich et Genève).⁵

2.3.1.2 Marché géographique

24. Selon l'art. 11 al. 3 let. b OCCE, le marché géographique comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché des produits.

25. A la vue des faibles parts de marché, le Secrétariat estime que la délimitation d'un ou de plusieurs marchés géographiques dans le secteur de l'immobilier en Suisse peut rester ouverte.

2.3.2 Position future des entreprises participantes sur les marchés affectés

26. Selon l'art. 11 al. 1 let. d OCCE, seuls les marchés de produits et les marchés géographiques sur lesquels la part de marché totale en Suisse de deux ou plusieurs entreprises participantes est de 20 % ou plus, ou sur lesquels la part de marché en Suisse de l'une des entreprises participantes est de 30 % ou plus, sont soumis à une analyse détaillée. Ces marchés sont décrits comme „marchés affectés par l'opération de concentration“. Si les seuils précités ne sont pas atteints, l'opération de concentration est supposée n'avoir pas d'effets pertinents dans les marchés concernés et il n'est généralement pas utile de procéder à une analyse plus approfondie.

2.3.3 Part de marché de Bâloise Vie sur le marché affecté par l'opération de concentration

27. Le portefeuille d'immeubles de La Bâloise Vie contient au 31 décembre 2016, [...] immeubles pour une valeur comptable de CHF [...].

28. Le portefeuille d'immeubles de Pax Placements contient au 31 décembre 2016, [...] immeubles pour une valeur comptable de CHF [...].

¹ Selon les états financiers 2015 de Bâloise Group et Pax Placements.

² Les chiffres mentionnés sont ceux indiqués par les parties dans la notification.

³ SILVIO VENTURI/PASCAL G. FAVRE, in : Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Tercier/Bovet (édit.), 2012, art. 10 LCart N 10 et les références citées.

⁴ DPC 2010/2, 238 ch. 26, *Stoffel Participations Group/Bau-engineering/Swissbuilding Concept*; DPC 2009/2, 188 ch. 20, *Swiss Prime Site AG/Jelmoli Holding AG*.

⁵ DPC 2009/2, 188 ch. 22, *Swiss Prime Site AG/Jelmoli Holding AG*.

29. Part de marché des entreprises dans le secteur de l'immobilier en Suisse:⁶

2.3.3.1 Immeubles résidentiels

Q3 2016	Total en millions	La Bâloise Vie		Pax Placements		Part de marché combinée (en %)
		Part de marché en millions	Part de marché en %	Part de marché en millions	Part de marché en %	
Suisse	978'000.00	[...]	[0-5]%	[...]	[0-5]%	[0-5]%

2.3.3.2 Immeubles à usage commercial

Q3 2016	Total en millions	La Bâloise Vie		Pax Placements		Part de marché combinée (en %)
		Part de marché en millions	Part de marché en %	Part de marché en millions	Part de marché en %	
Suisse	454'000.00	[...]	[0-5]%	[...]	[0-5]%	[0-5]%

2.3.3.3 Part de marché totale

Q3 2016	Total en millions	La Bâloise Vie		Pax Placements		Part de marché combinée (en %)
		Part de marché en millions	Part de marché en %	Part de marché en millions	Part de marché en %	
Suisse	1'432'000.00	[...]	[0-5]%	[...]	[0-5]%	[0-5]%

30. Il en résulte que la part de marché combinée estimée en 2016 est de [0-5] %.

31. En conséquence, la part de marché de La Bâloise Vie et de Pax Placements est largement inférieure à 20 %.

3 Résultat de l'analyse

32. Pour les raisons énoncées, l'examen préalable n'a fait apparaître aucun indice que la concentration créera ou renforcera une position dominante capable de supprimer une concurrence efficace. Par conséquent, il n'y a pas lieu de procéder à un examen approfondi de l'opération de concentration au sens de l'art. 10 LCart.

⁶ Selon l'étude de marché de Wüest Partner du 1^{er} février 2017.

B 3

Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale

B 3

1. Arrêt du 25 avril 2017 – Cartels – publication de la décision relative au marché du livre en français

Arrêt du 25 avril 2017 X. SA, représentée par [...], recourante, contre Commission de la concurrence COMCO, Berne, autorité inférieure. Objet: Cartels - publication de la décision relative au marché du livre en français.

Faits:

A.

A.a Par décision du 27 mai 2013, la Commission de la concurrence (ci-après: l'autorité inférieure) a sanctionné la société X. SA (ci-après: la recourante) considérant que son système de distribution, fondé sur un régime d'exclusivité, avait cloisonné de manière illicite le marché suisse relatif au livre écrit en français.

A.b Par mémoire du 19 août 2013, la recourante a exercé un recours auprès du Tribunal administratif fédéral contre cette décision, concluant principalement à l'annulation de celle-ci et subsidiairement au renvoi de la cause à l'autorité inférieure (procédure: B 4669/2013).

B.

B.a Le secrétariat de la commission de la concurrence (ci-après: le secrétariat) a remis, le 11 juin 2013, à la recourante une version de la décision du 27 mai 2013 expurgée des secrets d'affaires, en vue de sa publication dans la revue « Droit et politique de la concurrence, DPC », et invité cette dernière à se déterminer sur l'anonymisation proposée.

B.b Par déterminations du 11 juillet 2013, la recourante a exprimé son accord pour les passages caviardés; elle a toutefois jugé ceux-ci insuffisants. Elle estime que les passages relatifs à sa structure, aux dates des contrats, (...) et ceux mentionnant la société Y. ainsi que Messieurs A., B. et C. constituent respectivement des secrets d'affaires et des éléments relevant de la protection de la personnalité. Elle a en outre fait valoir que le caviardage requis était justifié par la loi sur le Tribunal fédéral qui prévoit la publication anonymisée des arrêts.

B.c Par courrier du 6 septembre 2013, l'autorité inférieure a partiellement accepté les requêtes de la recourante en anonymisant les noms de Messieurs A., B. et C. mais a refusé de caviarder les passages relatifs à la structure de la recourante, aux dates des contrats, (...) et ceux mentionnant la société Y., ces informations ne constituant pas des secrets d'affaires ni ne relevant de la protection de la personnalité. Elle a également exclu que la loi sur le Tribunal fédéral puisse justifier une telle anonymisation.

B.d La recourante a fait savoir, par courrier du 25 septembre 2013, au secrétariat qu'elle maintenait ses requêtes et arguments, contestant ainsi le caviardage tel que proposé.

B.e Le 27 septembre 2013, le secrétariat a publié sur le site internet de la COMCO la décision du 27 mai 2013 en tenant compte des caviardages supplémentaires demandés par la recourante. Le même jour, elle a averti la recourante qu'il serait statué sur ses requêtes. Le 5 novembre 2013, la recourante a indiqué qu'elle renonçait au caviardage de son nom.

C.

Par décision du 1^{er} octobre 2014, l'autorité inférieure a décidé que la décision du 27 mai 2013 serait publiée dans la revue DPC/RWP dans sa version annexée à la décision contestée avec la mention que celle-ci n'est pas entrée en force de chose jugée. Elle a également mis à la charge de la recourante des émoluments d'un montant de 5'960 francs.

A titre liminaire, l'autorité inférieure rappelle que tant la loi sur les cartels que celle sur la transparence l'oblige à publier ses décisions. En outre, en raison de l'absence de délibérations publiques et eu égard au caractère pénal de la sanction prononcée, la publication des décisions est nécessaire afin de garantir les principes de transparence, de prévisibilité et de sécurité du droit. Elle expose ensuite qu'elle est néanmoins tenue de préserver les secrets d'affaires, à savoir les éléments qui ne sont pas notoires ou accessibles au public, pour lesquels le titulaire a exprimé la volonté de préserver le secret et dont le maintien de leur confidentialité est objectivement justifié.

Concernant (...), l'autorité inférieure considère que cette information n'a pas de valeur économique et consiste en un pur élément de fait, qui ne constitue pas un secret d'affaires. De même, les informations relatives à l'organisation structurelle de la recourante n'ont pas la qualité de secrets d'affaires dès lors que, durant la procédure, cette dernière n'a jamais exprimé la volonté de garder celles-ci secrètes. Ces éléments étant désormais connus des autres parties et non plus d'un cercle restreint, l'autorité inférieure estime qu'ils ont perdu leur caractère confidentiel. Elle admet certes que les dates des contrats ne sont pas notoires et accessibles au public. Néanmoins, elle considère que celles-ci n'ont, d'une part, aucune valeur économique ou d'influence sur le résultat économique de la recourante et que, d'autre part, elles sont nécessaires à la compréhension de la décision. Enfin, elle relève que l'appartenance de la recourante au groupe Y. est notoirement connue en tant que celle-là est présentée, sur internet, comme la filiale de celui-ci. Elle prétend, en conséquence, que les éléments pour lesquels un caviardage supplémentaire est requis ne constituent pas des secrets d'affaires et que, partant, leur publication ne saurait être empêchée.

L'autorité inférieure conteste, par ailleurs, que la publication du nom de la recourante et du groupe Y. soit proscrite en vertu de la protection de la personnalité. Elle relève tout d'abord que la recourante a consenti à la publication de son nom. Elle souligne ensuite que le mandataire de celle-ci n'est pas légitimé à défendre le groupe Y., lequel n'est pas partie à la procédure ni visé par les sanctions de la décision du 27 mai 2013. En outre, l'anonymisation de toutes références au groupe Y. nuirait à la compréhension de la décision dès lors qu'il serait nécessaire, selon l'autorité inférieure, de caviarder tout fait susceptible d'en permettre l'identification, notamment des éléments factuels relatifs à la recourante. De plus, l'autorité inférieure nie, en l'espèce, que la mention du groupe Y. puisse causer à celui-ci un dommage considérable. Enfin, elle ne s'estime nullement liée par la loi sur le Tribunal fédéral en matière de publication.

D.

Par acte du 7 novembre 2014, la recourante a formé recours auprès du Tribunal administratif fédéral contre la décision du 1er octobre 2014 et pris les conclusions suivantes:

« A la forme »

1. *Déclarer le présent recours recevable*

Au fond

A titre principal

2. *Interdire à la COMCO de publier sa décision du 27 mai 2013 relative à l'enquête 31-0277: marché du livre écrit en français dans la revue DPC dans la version qui se trouve annexée à sa décision du 1er octobre 2014.*
3. *Dire et constater que le nom du Groupe Y., de l'appartenance d'X. SA à ce dernier, du passage relatif à (...) (Décision de publication n° 31), des données relatives aux locaux et à l'organisation structurelle d'X. SA ainsi que la date des contrats cités dans la décision de la COMCO du 27 mai 2013 sont des secrets d'affaires d'X. SA et que ceux-ci doivent être intégralement caviardés;*
4. *Annuler et mettre à néant la décision rendue le 1er octobre 2014;*
5. *Dire et constater qu'X. SA n'a pas à supporter les émoluments liés à la décision du 1er octobre 2014;*
6. *Débouter la COMCO de toutes autres ou contraires conclusions.*

A titre subsidiaire

7. *Interdire à la COMCO de publier la décision qu'elle a rendue le 27 mai 2013 relative à l'enquête n° 31-0277 jusqu'à ce qu'il soit connu au fond;*
8. *Interdire à la COMCO de publier la décision qu'elle a rendue le 1er octobre 2014;*
9. *Renvoyer la cause à la COMCO pour décision dans le sens des considérants; »*

Elle allègue que les informations relatives à son organisation structurelle et les dates de conclusion des contrats de distribution constituent des secrets d'affaires. Elle fait valoir que ses données ont indéniablement une valeur économique et ne sont ni notoires ni accessibles au public; le fait qu'elles aient été révélées lors de la procédure, en particulier à l'audition, n'y change rien. Par ailleurs, sa volonté de conserver celles-ci secrètes a été signifiée à plusieurs reprises à l'autorité inférieure. Elle considère ainsi avoir un intérêt objectif au maintien de ses secrets d'affaires vis-à-vis de la concurrence, de ses partenaires commerciaux et du marché en général.

Par ailleurs, la recourante s'oppose, en vertu de la présomption d'innocence, à toute publication de la décision du 27 mai 2013 jusqu'à ce qu'il soit connu sur le recours déposé contre celle-ci auprès du Tribunal administratif fédéral. Elle estime que cette publication serait interprétée par le public comme une conviction de culpabilité et porterait préjudice au groupe Y. en le liant à cette affaire. De plus, elle considère que la mention de (...) porte atteinte à sa bonne réputation et à son honneur commercial, cette indication étant de plus inutile à la compréhension de la décision.

Elle conteste, en l'espèce, tout intérêt public à la publication de son nom et de celui du groupe Y., lesquels sont, en raison des sanctions prononcées, des données sensibles. Elle estime encore que la décision entreprise est disproportionnée dès lors que les caviardages requis permettent une atteinte moins grave à ses intérêts privés tout en garantissant les intérêts publics de la transparence, de la sécurité du droit et de l'effet préventif de la loi visé par la publication. Enfin, elle rappelle que la loi sur la concurrence n'oblige pas l'autorité inférieure à publier sa décision avant que celle-ci ne soit entrée en force.

E.

Par mémoire de réponse du 19 janvier 2015, l'autorité inférieure conclut, sous suite de frais, au rejet du recours. Elle revient tout d'abord (...). La mention de cet incident étant conforme aux faits et résultant du seul comportement de la recourante, il n'a, selon l'autorité inférieure, pas à être caviardé. En tant que ce grief relève de la constatation des faits, il revenait à la recourante de l'alléguer dans son recours contre la décision du 27 mai 2013.

S'agissant des secrets d'affaires liés aux dates des contrats et à l'organisation structurelle de la recourante, l'autorité inférieure maintient l'argumentaire développé dans la décision entreprise. Elle conteste, en outre, que la présomption d'innocence fasse obstacle à la publication de la décision: d'une part, le mandataire de la recourante n'est pas légitimé à représenter le groupe Y. et, d'autre part, l'indication dans la décision que celle-ci n'est pas entrée en force est suffisante, selon la jurisprudence, pour garantir dite présomption. En outre, elle estime que la protection des droits de la personnalité ne justifie pas de caviarder (...). Concernant la protection des données, l'autorité inférieure précise que la recourante a consenti, dans un premier temps, à la publication de son nom et qu'elle n'est pas habilitée à représenter le groupe Y. Dès lors que la publication envisagée respecte la protection des secrets d'affaires, des droits de la personnalité et des données de même que la présomption d'innocence, la dé-

cision entreprise ne viole pas le principe de la proportionnalité. Celle-ci rappelle enfin que la publication de ses décisions est nécessaire à la réalisation des objectifs de transparence, de sécurité du droit et de l'effet dissuasif de la loi, lesquels ne seraient pas atteints si pour publier ses décisions elle devait attendre, après plusieurs années de procédure, leur entrée en force de choses jugées.

F.

Par décision incidente du 23 février 2015, le tribunal a suspendu la présente procédure de recours jusqu'à droit connu dans la cause 2C_1065/2014 pendante devant le Tribunal fédéral. Le 5 juillet 2016, le tribunal a informé les parties de la reprise de la procédure à la suite de l'arrêt du Tribunal fédéral du 26 mai 2016.

G.

Dans sa réplique du 13 septembre 2016, la recourante a confirmé ses conclusions. En substance, (...), elle juge le caviardage de ce passage justifié, ce d'autant plus que (...). Par ailleurs, elle constate que (...). Pour le reste, elle conteste qu'elle ait dû faire valoir ces griefs dans son recours à l'encontre de la décision du 27 mai 2013.

Elle maintient que l'organisation interne d'une entreprise est, comme il ressort de la jurisprudence, un secret d'affaires. De plus, elle indique avoir toujours manifesté la volonté que ces données soient traitées de façon confidentielle et estime que le caviardage sollicité n'empêche pas la compréhension de la décision. Concernant la présomption d'innocence, elle souligne que, lors de l'ouverture de l'enquête, les noms des sociétés concernées n'avaient pas été divulgués. Partant, elle considère qu'il n'est pas utile pour la compréhension du public que l'identité du groupe Y. soit maintenant dévoilée. De même, elle juge que la sécurité juridique et l'effet préventif de la loi sont garantis indépendamment de la publication du nom des entreprises sanctionnées; la protection des droits de la personnalité et des données devant primer en l'espèce. En conséquence, elle allègue que la décision querellée ne respecte pas le principe de la proportionnalité et résulte d'un abus du pouvoir d'appréciation de l'autorité inférieure.

H.

Par duplique du 4 octobre 2016, l'autorité inférieure fait valoir que la recourante s'est (...). Elle relève en outre qu'il y a pas de lien entre (...). Elle indique encore que (...). Concernant les critiques relatives aux secrets d'affaires, elle relève que la seule qualification subjective d'un élément de secret d'affaires n'est pas pertinente mais que la question doit être examinée à la lumière des trois critères cumulatifs définis par la jurisprudence. Par ailleurs, elle souligne n'avoir pas publié, lors de l'ouverture de l'enquête, l'identité des entreprises concernées pour des raisons pratiques et relève que, selon la jurisprudence, la publication des noms des entreprises visée par l'une de ses décisions ne viole pas le principe de la présomption d'innocence, notamment lorsqu'il est mentionné que dite décision n'est pas entrée en force.

I.

Dans ses remarques du 5 décembre 2016, la recourante précise ne s'être nullement (...) et (...). Elle estime par ailleurs que (...), l'autorité inférieure ayant, en l'espèce, (...).

Enfin, elle relève que (...); elle considère ainsi que l'autorité inférieure a fait preuve d'une inégalité de traitement crasse en mentionnant, dans la décision du 27 mai 2013, (...). Pour le surplus, la recourante renvoie à ses précédentes écritures.

Droit:

1.

1.1 Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour statuer sur le présent recours (cf. art. 31, 32 et 33 let. f LTAF et 5 al. 1 let. a PA).

1.2 La qualité pour recourir doit être reconnue à la recourante (cf. art. 48 al. 1 PA en relation avec l'art. 37 LTAF). Les dispositions relatives à la représentation, au délai de recours, à la forme et au contenu du mémoire de recours, ainsi qu'à l'avance de frais (cf. art. 11 al. 1, 50 al. 1, 52 al. 1 et 63 al. 4 PA) sont en outre respectées.

Le recours est ainsi recevable.

2.

2.1 Selon l'art. 48 al. 1 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart; RS 251), la Commission de la concurrence et son secrétariat peuvent publier leurs décisions; celles-ci doivent être publiées si elles présentent un intérêt suffisant (cf. ATF 142 II 268 consid. 4.2.2). Le choix de la publication relève du pouvoir d'appréciation des autorités de la concurrence; il s'agit d'une question d'opportunité (cf. ATF 142 II 268 consid. 4.2.3).

2.2 La publication des décisions de la Commission de la concurrence vise plusieurs buts.

Tout d'abord, elle tend à assurer une prévention et à garantir la sécurité du droit. Il s'agit de faire connaître la pratique des autorités de la concurrence, dès lors qu'elles ont une incidence sur la gouvernance des entreprises, lesquelles adaptent leurs pratiques commerciales en fonction des décisions de la COMCO. La publication des décisions de première instance se justifie tout particulièrement en l'occurrence compte tenu de la durée des procédures jusqu'au prononcé final d'un arrêt par le Tribunal fédéral et du fait que tous points litigieux ne sont pas nécessairement portés devant la plus haute instance.

Elle sert ensuite à promouvoir la transparence quant à la mission, l'organisation et l'activité de l'administration. La LCart participe ainsi, avec la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration (LTrans; RS 152.3), à rendre le processus décisionnel de l'administration plus transparent dans le but de renforcer le caractère démocratique des institutions publiques et la confiance des citoyens en leurs autorités ainsi qu'à améliorer le contrôle de l'administration (cf. Message du Conseil fédéral du 12 février 2003 relatif à la loi sur la transparence dans l'administration, FF 2003 1807, spéc. 1819). La LTrans n'est toutefois pas applicable en l'espèce dès lors qu'il ne s'agit nullement de déterminer quelles informations il y aurait lieu de transmettre à la suite d'une demande mais de délimiter celles qu'une autorité décide d'elle-même de rendre public. La publication des décisions de l'autorité inférieure vise en particulier à informer le public sur le résultat de l'enquête.

La publication des décisions de la COMCO permet encore à celle-ci de faire connaître sa pratique aux différentes autorités cantonales et fédérales également amenées à appliquer le droit de la concurrence dans des procédures civiles comme administratives.

En définitive, les objectifs de la publication des décisions de la COMCO se recoupent pour l'essentiel avec ceux de la publication des décisions judiciaires, le législateur étant bien conscient que celles-là pouvaient être par la suite annulées ou corrigées (cf. pour le tout: ATF 142 II 268 consid. 4.2.5 et réf. cit.).

2.3 L'art. 48 al. 1 LCart vise la publication de la décision dans son ensemble. Aussi, si l'autorité a correctement fait usage de son pouvoir d'appréciation dans le choix ou non de publier une décision (cf. supra consid. 2.1), la loi permet uniquement à la personne ou l'entreprise concernée de garantir que la publication soit effectuée de manière conforme au droit, en particulier que celle-ci respecte les secrets d'affaires (art. 25 al. 4 LCart).

3.

En l'occurrence, la recourante s'oppose à la publication de la décision du 27 mai 2013 telle que le propose l'autorité inférieure; elle fait valoir différents griefs en ce sens sans toutefois remettre en cause le principe même d'une publication. Au demeurant, rien ne permet de déduire que le choix de publier la décision sanctionnant la recourante serait contraire au droit. Seule est dès lors litigieuse la question de savoir si la publication, telle que proposée par l'autorité inférieure, satisfait à la réglementation légale.

4.

La recourante prétend tout d'abord que les informations relatives à son organisation structurelle ainsi que les dates de conclusion des contrats de distribution constituent des secrets d'affaires ne devant pas être publiés. De même, elle estime que son appartenance au groupe Y. constitue un secret d'affaires dès lors que ce lien de connexité n'est ni notoire ni accessible au public.

4.1 Les publications des autorités en matière de concurrence ne doivent révéler aucun secret d'affaires (art. 25 al. 4 LCart). L'objet et les parties concernées par l'enquête ne constituent toutefois pas des secrets d'affaires dès lors qu'ils doivent être communiqués de manière officielle (art. 28 al. 2 phr. 1 LCart). La description de l'objet de l'enquête doit notamment permettre aux tiers de décider s'ils entendent participer à l'enquête en application de l'art. 43 LCart.

4.1.1 La préservation des secrets d'affaires est garantie par d'innombrables autres dispositions légales faisant chacune référence au terme général de secret (cf. ATF 142 II 268 consid. 5.2.1 et réf. cit.). Constitue un secret d'affaires, toute connaissance particulière qui n'est pas de notoriété publique, qui n'est pas facilement accessible, dont le détenteur a un intérêt légitime à conserver l'exclusivité et qu'en fait il n'entend pas divulguer (cf. ATF 118 Ib 547 consid. 5a et réf. cit.). L'intérêt au maintien du secret est un critère objectif (cf. ATF 142 II 268 consid. 5.2.2.1 et réf. cit.) et n'est admis qu'avec réserve (cf. arrêt du TF 4A_195/2010 du 8 juin 2010 consid. 2.2; Hohl, Procédure civile, tome I, 2016, n° 1557 p. 256). En particulier, des faits constitutifs d'un comportement contraire à la LCart ne sauraient être maintenus secrets faute de contrevenir

aux buts de la LCart même (cf. ATF 142 II 268 consid. 5.2.2.3 et réf. cit.).

4.1.2 En règle générale, on admet que le secret d'affaires couvre les données techniques, organisationnelles, commerciales et financières qui sont spécifiques à l'entreprise et qui peuvent avoir une incidence sur le résultat commercial et en conséquence sur la capacité concurrentielle (cf. ATF 142 II 268 consid. 5.2.3, 109 Ib 47 consid. 5c; 103 IV 283 consid. 2b). Il s'agit dès lors des secrets de fabrication, soit notamment les recettes et moyens de fabrication qui ne sont pas publics et qui revêtent une grande valeur pour le fabricant (ATF 103 IV 283 consid. 2b) et de secrets commerciaux, à savoir la connaissance de sources d'achat et de ravitaillement, de l'organisation, du calcul du prix, de la publicité et de la production (ATF 109 Ib 47 consid. 5c).

4.1.3 Il existe, en règle générale, un intérêt au maintien du secret des parts de marché des entreprises, des chiffres d'affaires, des prix, des rabais et primes, des sources d'approvisionnement, de la clientèle, de l'organisation interne, ainsi que de la stratégie commerciale (cf. ATF 142 II 268 consid. 5.2.4).

4.2

En l'espèce, la question de savoir si certaines informations sont facilement accessibles au public est contestée.

4.2.1

Tout d'abord, s'agissant de l'appartenance de la recourante au groupe Y., il ressort du site internet de celui-ci que cette dernière est l'une de ses filiales de diffusion et de distribution (cf. [www. \(...\)](http://www. (...)) consulté le 2 mars 2017). Cette information apparaît également sur la page Wikipedia dédiée au groupe Y.

Force est dès lors de constater que le lien de connexité entre la recourante et le groupe Y. n'est pas un secret en tant que cette information est aisément accessible au public. Bien plus, les intéressés en cause présentent officiellement cette connexité au public. Point n'est besoin dès lors d'examiner si la recourante a un intérêt digne de protection au maintien de la confidentialité de cet élément.

4.2.2

4.2.2.1 La recourante sollicite également le caviardage des chiffres 96 et 97 de la décision du 27 mai 2013 en tant qu'ils donnent des indications sur son organisation interne.

L'autorité inférieure considère que ces éléments n'ont pas valeur de secret dès lors qu'ils ont été divulgués sans réserve, en présence des autres parties, par la recourante. Elle estime que celle-ci n'avait ainsi pas la volonté subjective que ces informations soient traitées de manière confidentielle.

4.2.2.2 Le chiffre 96 de la décision du 27 mai 2013, tel qu'il figure dans la version caviardée aux fins de publication, mentionne que la recourante (...); cette version de la décision a également été transmise aux autres parties à la procédure. Il convient ensuite de relever que lors de son audition du 10 décembre 2012, la recourante, assistée d'un mandataire professionnel, a livré, en présence d'autres parties à la procédure et sans la moindre réserve, (...) (cf. procès-verbal d'audition du 10 décembre 2012,

lignes 225 à 245 [acte 847 du bordereau de pièces relatifs à la décision du 27 mai 2013]). Elle n'a aussi pas usé de la faculté d'évoquer ces éléments de manière confidentielle - hors de la présence des autres parties à la procédure - avec l'autorité inférieure. Elle n'a pas non plus requis a posteriori, en particulier dans sa prise de position du 18 janvier 2013 concernant ledit procès-verbal (cf. acte 847), que les faits exposés aux lignes 225 à 245 soient considérés comme des secrets d'affaires et caviardés, au contraire du passage figurant aux lignes 665 à 740 dudit procès-verbal. En outre, il ressort de l'extrait du registre du commerce du canton de Z. relatif à la recourante et librement accessible sur la plateforme en ligne de l'index des raisons de commerce (...) que (...).

Sur le vu de ce qui précède, la qualification de secret de ces éléments, qui ne sont pas notoirement connus, ne saurait être niée du seul fait de leur évocation lors d'une audition et de leur transcription dans un procès-verbal; en effet, ils ne sont connus que des seules parties à la procédure et non accessibles au public. De même, si (...) est certes accessible au public; il faut encore procéder à une recherche spécifique. Cette information ne permet en outre pas encore de déduire que la recourante (...). Aussi, compte tenu de ces circonstances particulières, on ne saurait d'emblée exclure que ces éléments constituent des secrets. La question peut toutefois demeurer indécise compte tenu des considérants suivants (consid. 4.3 ss).

4.2.3

Enfin, la recourante considère que la date de la conclusion des contrats constitue des secrets, ce que l'autorité inférieure ne conteste pas.

4.3

Demeure ainsi litigieux le point de savoir si le maintien du secret des éléments indiqués par la recourante et pour lesquels le caractère secret n'a pas été nié peut être justifié par un intérêt digne de protection.

4.3.1 Contrairement à ce qui prévaut selon la LTrans et la LPD, l'art. 25 al. 4 LCart ne prévoit aucune pesée des intérêts en présence entre, d'une part, l'intérêt public à la publication de la décision et, d'autre part, le maintien des secrets d'affaires. L'autorité amenée à se prononcer sur les conditions à la reconnaissance d'un secret d'affaires dispose toutefois d'une certaine latitude de jugement imposant de tenir compte des différents intérêts. Si des secrets d'affaires sont reconnus, ils doivent être protégés et les faits les concernant ne pas être publiés. De tels secrets ne sont toutefois pas dévoilés s'ils sont présentés de manière dissimulée ou peu précise. La communication du contenu essentiel peut dès lors intervenir par des résumés, par le caviardage de certains passages et par le remplacement de chiffres exacts par des approximations; il convient alors de prendre en compte, outre la préservation des secrets, le mandat légal de l'art. 48 LCart de publier des décisions compréhensibles (cf. arrêt du TF 2C_1065/2014 du 26 mai 2016 consid. 5.3.2 non publié aux ATF 142 II 268).

4.3.2 A titre liminaire, il convient de relever que la seule question déterminante est celle de savoir si les développements de la COMCO contiennent des secrets d'affaires. L'éventuelle impression que la publication, même après une éventuelle annulation de la décision à la suite

d'un recours, pourrait laisser dans le public importe peu; comme on l'a vu (cf. supra consid. 2.2), c'est en effet en connaissance de cause que le législateur a arrêté l'art. 48 LCart. De même, il n'y a pas lieu d'examiner lors de la publication d'une décision de la COMCO si les faits décrits constituent un agissement contraire à la LCart; cette question sera l'objet d'une procédure ultérieure.

Le contexte dans lequel les différents arguments ont été développés relève de l'application de l'art. 5 al. 4 LCart, à savoir la suppression de la concurrence par des accords verticaux de distribution attribuant des territoires et interdisant les ventes par d'autres fournisseurs agréés, plus précisément la mise en place d'un système cloisonnant la distribution des livres écrits en français sur le territoire suisse.

4.3.3 S'agissant des éléments mentionnés au chiffre 96, la recourante indique que son intérêt réside dans le maintien de la confidentialité de données économiques vis-à-vis d'autres entreprises actives sur le marché du livre. Néanmoins, l'importance accordée par la recourante à la confidentialité de ces informations est toute relative. En effet, elle n'a pris aucune mesure utile afin de garantir le secret de ces éléments vis-à-vis des autres parties à la procédure, lesquelles représentent en l'espèce ses principaux concurrents et ses partenaires commerciaux actuels ou potentiels. Cette manière de procéder trahit une absence d'intérêt réel et légitime à la préservation des secrets invoqués. Par ailleurs, le passage litigieux ne mentionne que (...). On ne voit pas en quoi ces indications structurelles révéleraient une stratégie économique particulière ou des données économiquement sensibles qui pourraient avoir une incidence sur le résultat commercial et en conséquence sur la capacité concurrentielle de la recourante.

Il suit de là que la recourante n'a pas d'intérêt objectif au maintien de ce secret.

4.3.4

4.3.4.1 La recourante fait encore valoir que la date des contrats donne à ses concurrents et à ses partenaires commerciaux des indications quant à la période de négociation et la durée de ceux-ci. Elle considère que ces indications ont indéniablement une valeur économique importante et qu'elle possède un intérêt à ce qu'elles ne soient pas divulguées aux autres entreprises actives sur le marché du livre.

L'autorité inférieure considère que la date d'un contrat n'a pas de valeur économique et n'est pas un élément susceptible d'influencer le résultat économique de la recourante.

4.3.4.2 En l'occurrence, l'argument de l'autorité inférieure ne prête pas le flanc à la critique. En effet, les dates exposées dans la décision du 27 mai 2013 déterminent uniquement le jour de la conclusion du contrat; mais elles ne fournissent aucune indication quant à son contenu ou sa durée. On ne voit d'ailleurs pas quelles informations de nature économique les concurrents de la recourante pourraient retirer de ces dates.

Là encore, la recourante échoue à démontrer un intérêt digne de protection au maintien du secret.

4.4 Il s'ensuit que les indications portant sur l'appartenance de la recourante au groupe Y., sa structure ainsi que la date des contrats n'ont pas la qualité de secret d'affaires au sens de l'art. 25 al. 4 LCart. Mal fondé, le recours doit être rejeté sur ce point.

5.

Il convient ensuite d'examiner si une publication des éléments susmentionnés est susceptible de contrevenir à la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD, RS 235.1), laquelle régit des activités transversales (cf. arrêt du TF 2C_1065/2014 consid. 6 et réf. cit. non publié aux ATF 142 II 268).

5.1 La LPD vise à protéger la personnalité et les droits fondamentaux des personnes qui font l'objet d'un traitement de données (art. 1 LPD). Elle concrétise les garanties de l'art. 13 al. 2 Cst. (cf. ATF 131 II 413 consid. 2.6 p. 419). Les données personnelles (données) consistent en toutes les informations qui se rapportent à une personne physique ou morale, identifiée ou identifiable (art. 3 let. a et b LPD).

En l'occurrence, le contenu de la décision du 27 mai 2013 constitue des données personnelles; il s'agit de plus de données sensibles dès lors qu'elles ont trait à une sanction (art. 3 let. c LPD). La LPD est pour le reste applicable aux procédures pendantes devant la première instance (art. 2 let. b et c ainsi que 16 LPD; cf. ATF 142 II 268 consid. 6.2).

5.2 En cas de traitement de données personnelles, il y a lieu de respecter les principes de la légalité (art. 4 al. 1 LPD), de la bonne foi et de la proportionnalité (art. 4 al. 2 LPD); celles-ci doivent être traitées dans le but indiqué, lequel doit être reconnaissable pour la personne concernée (art. 4 al. 3 et 4 LPD). Ledit traitement implique une obligation d'exactitude et de sécurité (art. 5 et 7 LPD). Le législateur peut toutefois, lors de l'adoption de lois spéciales, déroger aux principes de la LPD au point de leur ôter toute portée (cf. ATF 126 II 126 consid. 5b et 142 II 268 consid. 6.3).

5.2.1 La communication de données sensibles - laquelle comprend également la publication - doit être prévue par une loi au sens formel (art. 17 al. 2 LPD; cf. ATF 137 I 167 consid. 3.2), la LPD ne constituant pas cette loi (ATF 142 II 268 consid. 6.4.1). Les organes fédéraux peuvent communiquer des données personnelles dans le cadre de l'information officielle du public, d'office ou en vertu de la loi du 17 décembre 2004 sur la transparence (LTrans, RS 152.3) si celles-ci sont en rapport avec l'accomplissement de tâches publiques ou si la communication répond à un intérêt public prépondérant (art. 19 al. 1^{bis} LPD). Même en présence d'une base légale, la communication des données est refusée, restreinte ou assortie de charges lorsqu'un important intérêt public ou un intérêt légitime manifeste de la personne concernée l'exige ou si une obligation légale de garder le secret ou une disposition particulière relevant de la protection des données l'exige (art. 19 al. 4 LPD). Il y a dès lors lieu de mettre en balance, d'une part, l'intérêt public à la communication et, d'autre part, l'intérêt privé au maintien du secret (ATF 142 II 268 consid. 6.4.1 et réf. cit.).

5.2.2 L'art. 48 LCart constitue une base légale suffisante au sens de l'art. 19 al. 1 LPD, pour la publication de données personnelles; elle implique même une activité d'information de la part de l'autorité. Dans ces conditions, il n'est pas nécessaire d'avoir recours à l'art. 19 al. 1^{bis} LPD, la base légale autorisant la communication de données; les principes généraux de la LPD doivent toutefois encore être respectés, à moins que les dispositions de la LCart consiste en une réglementation spéciale de la protection des données (ATF 142 II 268 consid. 6.4.2 et réf. cit.).

5.2.3 Selon l'art. 48 en lien avec l'art. 25 al. 4 LCart, les secrets d'affaires ne doivent pas être divulgués (cf. surpa consid.4.3.1). La LPD est moins stricte sur ce point puisque leur préservation (art. 19 al. 4 let. b LPD) est soumise à une pesée des intérêts en présence, de laquelle il ne résulte pas nécessairement à chaque fois une non-divulgaration (ATF 124 III 170 consid. 3). Cette différence s'explique par le fait que la LCart vise à garantir la concurrence et la liberté de commerce de chacun et qu'une divulgation de secrets d'affaires lors de la publication de décisions de la COMCO, à la suite d'une pesée des intérêts telle que prescrite par le LPD, pourrait induire une distorsion de la concurrence contraire à la Cst. Il s'ensuit que les art. 48 al. 1 et 25 al. 4 LCart constituent des dispositions spéciales par rapport à la LPD en ce qui concerne le traitement des données contenant des secrets d'affaires. Les autres données personnelles doivent être examinées à l'aune des principes de l'art. 19 al. 4 LPD afin de déterminer si un intérêt s'oppose à leur divulgation (ATF 142 II 268 consid. 6.4.3).

5.3 La recourante estime que la publication de son nom, de celui du groupe Y. et (...) ne sont pas nécessaires à la bonne compréhension de la décision du 27 mai 2013 et que leur caviardage n'entraverait pas le devoir de transparence de l'autorité inférieure, laquelle n'avait d'ailleurs pas publié le nom des entreprises concernées par l'enquête lors de l'ouverture de celle-ci. Elle relève en particulier (...) et l'atteinte que cette indication fait porter à son honneur commercial. De même, en tant que la décision à publier concerne le prononcé d'une sanction, la publication du nom Y. menacerait, compte tenu de l'intérêt médiatique de cette affaire, les droits de la personnalité et la protection des données du groupe éponyme. De manière plus générale, elle considère que la publication des informations dont elle requiert l'anonymisation n'est pas justifiée par un intérêt public suffisant au regard de la loi sur la protection des données.

5.4 L'autorité inférieure constate à titre liminaire qu'elle est légitimée à publier le nom de la recourante dès lors que celle-ci y avait consenti dans son courrier du 5 novembre 2013 (cf. acte 11). De même, elle conteste que l'absence de publication du nom des parties, en raison de leur nombre, lors de l'ouverture de l'enquête lui interdise de publier le nom de la recourante à l'issue de celle-ci. Concernant la publication du nom du groupe Y., elle indique préalablement que le mandataire de la recourante, à défaut de procuration, n'est pas légitimé à défendre les intérêts dudit groupe. Elle relève ensuite qu'il ne s'agit pas d'une donnée sensible dès lors que le groupe Y. n'est pas partie à la procédure et que la sanction n'a été prononcée qu'à l'encontre de la recourante. Enfin, elle relève qu'une anonymisation efficace du « groupe Y. » compromettrait

la compréhension de la décision en tant qu'il serait nécessaire de supprimer toutes les indications permettant l'identification du groupe y compris des éléments factuels relatifs à la recourante. Le cas échéant le caviardage serait tel que le devoir de transparence vis-à-vis du public ne serait, selon l'autorité inférieure, plus respecté.

5.5

5.5.1 Tout d'abord, s'agissant du nom de la recourante, il sied de rappeler que, en principe, les noms des parties à la procédure doivent être publiés (cf. consid. 4.1) et que celle-là avait consenti à cette publication.

La recourante n'apporte pour le reste aucun argument justifiant de déroger au principe précité. En effet, le fait que le nom de cette dernière n'ait pas été publié, pour des raisons pratiques, lors de l'ouverture de l'enquête n'empêche nullement l'autorité inférieure de publier celui-ci une fois la décision rendue. Enfin, le seul fait que le nom de la recourante soit en définitive associé à la décision du 27 mai 2013 prononçant une sanction à son encontre n'est pas suffisant pour renoncer à la publication de celui-ci, l'intérêt public à l'information du public primant largement celui de la recourante à rester anonyme.

5.5.2 Concernant le nom du groupe Y., il a été établi que le lien de connexité de celui-ci avec la recourante n'était pas secret mais connu du public (cf. consid. 4.2.1). De plus, en droit suisse des cartels, lorsque plusieurs filiales appartenant à un même groupe sont effectivement contrôlées par leur société mère, il est admis, par la jurisprudence et la doctrine, dès lors que les différentes entités du groupe ne peuvent se comporter de manière indépendante les unes des autres, que celles-ci forment une seule entreprise, au sens de la LCart (cf. arrêts du TAF B-7633/2009 du 14 septembre 2015 consid. 29 et B-2977/2007 du 27 avril 2010 consid. 4.1; VINCENT MARTENET/PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: Commentaire romand du droit de la concurrence, ad art. 2 n° 30-35, JENS LEHNE, in: Basler Kommentar Kartellgesetz, ad art. 2 n° 27-29). Le groupe constitue ainsi le sujet de droit des cartels au sens de l'art. 2 LCart (cf. arrêt du TF 2C_484/2010 du 29 juin 2012 consid. 3 non publié aux ATF 139 I 72). Par conséquent, il existe un intérêt public légitime à ce que le nom du groupe soit publié; cette publication est d'autant plus justifiée que le groupe Y. présente officiellement, sur son site internet, la recourante comme étant l'une de ses filiales.

5.5.3 La recourante se plaint également de ce que l'autorité inférieure mentionne (...).

En l'occurrence, le chiffre 31 de la décision du 27 mai 2013 ne fait que relater (...). Ce passage ne (...). L'autorité inférieure ne fait, conformément à son devoir de transparence vis-à-vis du public, qu'exposer le déroulement de la procédure par devant elle. Le point de savoir si cette constatation de fait est erronée ou non constitue un grief à l'encontre de la décision matérielle du 27 mai 2013. Or, il ne revient pas au tribunal d'examiner, dans le cadre de la présente procédure, l'exactitude de dite décision. Pour le reste, une éventuelle constatation inexacte des faits n'empêche nullement la publication de la décision (cf. consid. 2.2 et 4.3.2).

5.5.4 Finalement, concernant la date des contrats et les informations structurelles dont la recourante sollicite

l'anonymisation; leur divulgation, dès lors qu'il ne s'agit pas de secrets d'affaires (cf. consid. 4.3), nécessite encore une pesée des intérêts publics et privés en présence. La publication de ces éléments doit ainsi permettre de réaliser les objectifs publics de prévention, de sécurité du droit et de transparence (cf. consid. 2.2), l'intérêt privé de la recourante résidant quant à lui dans la volonté de celle-ci de ne pas dévoiler au public ces informations. En l'occurrence, la recourante n'expose pas précisément en quoi son intérêt privé à la non-divulgation de ces éléments serait supérieur aux intérêts publics précités. Or, en l'espèce, l'indication des dates des contrats dans la décision du 27 mai 2013 sert à délimiter temporellement l'accord présumé illicite et à définir la période de l'enquête; ce renseignement est essentiel à la compréhension de la décision. De même, les données organisationnelles de la recourante favorisent la description du fonctionnement du marché du livre, en particulier elle apporte un éclairage sur les tâches de diffusion et de distribution ainsi que sur les besoins logistiques propres à chacune de ces activités.

5.6

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il y a lieu d'admettre que la publication telle que proposée ne contrevient pas à la LPD. Mal fondés, les griefs de la recourante doivent donc être rejetés.

6.

En tant que la recourante invoque une violation des art. 5 al. 2, 7, 10 et 13 Cst., ses griefs n'ont pas de portée propre. En effet, c'est le rapport de droit administratif réglé par la LCart et la LPD qui est déterminant en l'espèce. Ces lois définissent le cadre de l'examen du recours dès lors que le fondement légal de la décision entreprise n'est pas remis en cause (cf. arrêt du TF 2C_1065/2014 consid. 7.2 non publié aux ATF 142 II 268).

7.

La recourante prétend encore qu'une publication de la décision avant son entrée en force contreviendrait à la présomption d'innocence.

7.1 La présomption d'innocence, garantie par l'art. 32 al. 1 Cst. et l'art. 6 ch. 2 CEDH, interdit au juge de prononcer une condamnation lorsque la culpabilité de l'accusé ne repose pas sur une appréciation objective des preuves recueillies, mais aussi, à toute autorité ayant à connaître de la cause à un titre quelconque, de désigner, sans réserve et sans nuance, une personne comme coupable d'un délit, incitant ainsi l'opinion publique à tenir la culpabilité de celle-ci pour acquise et préjugant de l'appréciation des faits par l'autorité appelée à statuer au fond (ATF 124 I 327 consid. 3b et réf. cit.). En l'occurrence, la procédure portant sur des sanctions à caractère quasi pénal (ATF 139 I 72 consid. 4.4), le principe de la présomption d'innocence est applicable; il préside notamment à l'administration des preuves (cf. arrêt du TAF B-5685/2012 du 17 décembre 2015 consid. 4.5.2 et réf. cit.).

Il faut toutefois préciser que la procédure de sanction du droit des cartels demeure une procédure administrative pour laquelle le respect des exigences de l'art. 6 CEDH n'est assuré qu'au stade du recours devant le Tribunal administratif fédéral. L'administration est néanmoins admise

à prononcer des sanctions à caractère pénal (cf. ATF 139 I 72 consid. 4.4) si bien que la décision de sanction suffit à justifier le verdict de culpabilité. Aussi, avant d'avoir formellement mis un terme à la procédure, la COMCO ne peut considérer une entreprise comme coupable, notamment en transmettant préalablement sa décision à la presse (cf. arrêt du TF 2C_1065/2014 consid. 8.2 non publié aux ATF 142 II 268).

7.2 L'art. 6 ch. 2 CEDH n'empêche nullement les autorités d'informer le public sur une enquête ou une procédure pénale en cours. Cela vaut d'autant plus dans un cas quasi pénal pour lequel les garanties ne doivent pas s'appliquer dans toute leur rigueur (ATF 139 I 72 consid. 4.4). Aussi, sur le vu de l'intérêt prépondérant du public à comprendre les motifs des décisions de la COMCO, de celui des entreprises à connaître les pratiques susceptibles d'être sanctionnées et de celui des différentes autorités cantonales et fédérales également amenées à appliquer le droit de la concurrence dans des procédures civiles comme administratives à être informées, l'intérêt de la recourante à ce que sa manière d'agir ne soit pas divulguée se révèle moins digne de protection. De plus, une publication de la décision et des motifs, après que le public a été informé de l'ouverture d'une enquête, peut même servir les intérêts de la recourante dès lors qu'il permettra au public de confronter les comptes rendus des médias à la décision et incitera ceux-ci à correctement présenter les faits et à respecter la présomption d'innocence (cf. arrêt du TF 2C_1065/2014 consid. 8.3 et réf.cit. non publié aux ATF 142 II 268).

7.3 La recourante se plaint de ce que son nom soit publié avant que la décision n'entre en force, ce qui porterait atteinte à la présomption d'innocence.

Tout d'abord, l'indication des noms n'est pas interdite pour autant qu'il existe un intérêt légitime du public à être informé, ce qui est comme susmentionné le cas en l'espèce (cf. consid. 2.2 et 4.1). De plus, la procédure devant le Tribunal administratif fédéral est publique en vertu de l'art. 6 ch. 1 CEDH de sorte que le nom de la recourante ne peut demeurer caché jusqu'à l'entrée en force de la décision (cf. arrêt du TF 2C_1065/2014 consid. 8.4.1 non publié aux ATF 142 II 268).

7.4 S'agissant ensuite du groupe Y., il convient, à titre liminaire, de relever que la sanction, selon le dispositif de la décision du 27 mai 2013, a été prononcée à l'encontre de la seule recourante. En outre, la publication du nom de la recourante, du lien de connexité de celle-ci avec le groupe Y. et du nom de celui-ci est conforme à la LCart et à la LPD (consid. 4.2.1 et 5.5.2). Aussi, le groupe Y. ne peut pas faire valoir sa propre présomption d'innocence afin d'obtenir l'anonymisation requise dès lors que la recourante ne peut s'opposer pour ce motif à la publication de ces informations.

Le recours est dès lors également infondé sur ce point.

8.

Il résulte de ce qui précède que la décision attaquée ne viole pas le droit fédéral, ne repose pas sur une constatation inexacte ou incomplète des faits. Mal fondé, le recours doit en conséquence être rejeté.

9.

Vu l'issue de la cause, les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, doivent être mis à la charge de la recourante qui succombe (cf. art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (art. 2 al. 1 1ère phrase et art. 4 FITAF).

En l'espèce, les frais de procédure doivent être fixés à 1'500 francs. Ils sont compensés par l'avance de frais du même montant déjà versée.

10.

Compte tenu de l'issue de la procédure, la recourante n'a pas droit à des dépens (art. 64 al. 1 PA et art. 7 al. 1 FITAF a contrario).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce:

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais de procédure, d'un montant de 1'500 francs, sont mis à la charge de la recourante. Ce montant est compensé par l'avance de frais du même montant déjà perçue.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé:

- à la recourante (acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. 31-0277; acte judiciaire)
- au Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche DEFR (acte judiciaire)

[Indication des voies de droit]

B 3

2. Urteil vom 13. April 2016 – Verfügung des Vizepräsidenten der Wettbewerbskommission vom 8. August 2014

Urteil vom 13. April 2016 X. AG, vertreten durch [...] Beschwerdeführerin, gegen Y. AG, vertreten durch [...], Beschwerdegegnerin, Wettbewerbskommission WEKO, Vorinstanz. Gegenstand: Verfügung des Vizepräsidenten der Wettbewerbskommission vom 8. August 2014.

Sachverhalt:

A.

Am 3. April 2013 reichte die Y. AG (Beschwerdegegnerin) beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) eine Selbstanzeige ein, welche sie am 4., 18. und 25. April 2013 durch Protokollaussagen und Beweismittel ergänzte. Diese sog. Bonusmeldung bezog sich auf mutmassliche Wettbewerbsabreden zwischen der Beschwerdegegnerin, der X. AG (Beschwerdeführerin), sowie drei weiteren Unternehmen über eine gemeinsame Rabattpolitik, insbesondere betreffend Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen für Neufahrzeuge [...].

B.

Am 22. Mai 2013 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (Vorinstanz) eine kartellgesetzliche Untersuchung [...] gegen alle oben erwähnten Gesellschaften. Zwischen dem 11. Juni und dem 2. Juli 2013 wurden diese vom Sekretariat vernommen, wobei ihnen jeweils ein Vorschlag für eine einvernehmliche Regelung unterbreitet wurde.

C.

Mit Schreiben vom 8. Oktober 2013 präsentierte das Sekretariat den Verfahrensparteien sein vorläufiges Beweisergebnis und gab ihnen Gelegenheit zur Akteneinsicht. Gleichzeitig schlug es ihnen nochmals eine einvernehmliche Regelung vor. Eine solche kam in der Folge allein zwischen dem Sekretariat und der Beschwerdegegnerin zustande. Sie datiert vom 16. April 2014. Ein Vizepräsident der Wettbewerbskommission genehmigte sie mit Verfügung vom 8. August 2014. Kopien dieser Verfügung wurden am 18. August 2014 den übrigen Parteien der Untersuchung zugeschiedt. Das Dispositiv lautet wie folgt:

- „1. Die nachfolgende von der Y. AG mit dem Sekretariat der Wettbewerbskommission vereinbarte einvernehmliche Regelung vom 16. April 2014 wird genehmigt:

'Die Y. _____ verpflichtet sich:

- 1) die Vereinbarungen des 'Projekt [...]' über die Festsetzung von Preisnachlässen und Ablieferungspauschalen für den Verkauf von Neufahrzeugen [...] nicht anzuwenden und keine 'Stammische' im Rahmen der Vereinigung [...] oder ausserhalb dieser durchzuführen, mit dem Ziel gemeinsame Konditionenlisten zu erläutern und deren Einhaltung durch Mitglieder und Nicht-Mitglieder des [...] sicherzustellen;
- 2) mit ihren Konkurrenten im Rahmen der [...] oder ausserhalb der [...] keine Informationen über künftige Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen

für den Verkauf von Neufahrzeugen auszutauschen; und

- 3) keine anderen preisrelevanten Informationen mit ihren Konkurrenten im Rahmen der [...] oder ausserhalb der [...] zum Zweck der Koordination des Wettbewerbsverhaltens auszutauschen.'
2. Die Y. wird sämtliche Vereinbarungen der einvernehmlichen Regelung vom 16. April 2014 innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft dieser Verfügung vollständig umsetzen.
3. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF [...] werden der Y. AG auferlegt.
4. [Eröffnung]
5. [Zustellung].“

In der Begründung der Verfügung vom 8. August 2014 wird ausserdem festgehalten, die Y. erfülle die Bedingungen des vollständigen Sanktionserlasses. So habe die Y. als erstes Unternehmen eine Selbstanzeige eingereicht, und sie habe diese mit ausführlichen Aussagen und Beweismitteln ergänzt. Die gelieferten Informationen und Beweismittel hätten die Eröffnung einer Untersuchung ermöglicht. Es bestünden keine Hinweise auf eine anstiftende oder führende Rolle der Y. beim untersuchten Wettbewerbsverstoss. Die von den anderen Verfahrensparteien geltend gemachten hohen Marktanteile und eine allfällige Preisführerschaft der Y. könnten nicht ohne Weiteres mit einer führenden Rolle bei einem Wettbewerbsverstoss gleichgesetzt werden. Ferner habe die Y. ihre Beteiligung an der von ihr angezeigten Absprache spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige eingestellt.

D.

Mit Eingabe vom 18. September 2014 focht die Beschwerdeführerin die Genehmigungsverfügung vom 8. August 2014 beim Bundesverwaltungsgericht an. Sie beantragt Folgendes:

1. Es sei die Verfügung der Vorinstanz vom 8. August 2014 in Rechtssache [...] betreffend die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung mit Y. AG aufzuheben.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen einschliesslich Mehrwertsteuer zu Lasten der Vorinstanz.
3. Es seien die Akten der Vorinstanz in Sachen [...] für das vorliegende Beschwerdeverfahren beizuziehen.

Zusammenfassend begründet die Beschwerdeführerin ihre Anträge wie folgt: Als Verfahrenspartei, aber auch unter den für Dritte geltenden Voraussetzungen, sei sie zur Beschwerde legitimiert. Die Vorinstanz habe die angefochtene Verfügung zu Unrecht nur der Beschwerdegegnerin formell eröffnet. Den Entscheid über die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung habe die Wettbewerbskommission unzulässigerweise an einen Vizepräsidenten delegiert. Daher sei dessen Verfügung vom 8. August 2014 nicht bloss anfechtbar, sondern nichtig. Insbe-

sondere könne vorliegend nicht von einem Fall „untergeordneter Bedeutung“ gesprochen werden, da mit der Verfügung des Vizepräsidenten zum ersten Mal eine Untersuchung gegenüber einer potentiellen Kronzeugin mit einer „Teilverfügung“ vorab abgeschlossen werden solle. Ausserdem habe die Vorinstanz den Untersuchungsgrundsatz sowie das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt und das materielle Kartellrecht falsch angewendet.

E.

In ihrer Beschwerdeantwort vom 27. November 2014 beantragte die Beschwerdegegnerin, auf die Beschwerde sei (mangels Legitimation) nicht einzutreten, eventualiter sei sie vollumfänglich abzuweisen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin. Mit Vernehmlassung vom 12. Januar 2015 beantragte auch die Vorinstanz, auf die Beschwerde sei (mangels Legitimation) nicht einzutreten; eventualiter sei sie abzuweisen, beides unter Kostenfolgen. Vorinstanz und Beschwerdegegnerin widersprechen der Auffassung der Beschwerdeführerin, die Verfügung vom 8. August 2014 sei nichtig.

Die Beschwerdeführerin bekräftigte ihre Anträge mit Replik vom 16. April 2015. Ebenso hielten die Beschwerdegegnerin mit Duplik vom 20. Mai 2015 und die Vorinstanz mit Duplik vom 5. Juni 2015 an ihren Rechtsbegehren fest.

F.

Auf die entscheidungswesentlichen Vorbringen der Verfahrensbeteiligten wird in den nachfolgenden Erwägungen näher eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (BVGE 2007/6 E. 1 m.H.).

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Formal liegt eine solche zwar vor, doch fragt sich, ob sie rechtswirksam ist.

Für das kartellgesetzliche Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht gilt das VwVG, soweit das Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) nicht davon abweicht (Art. 39 KG).

2.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe die angefochtene Verfügung zu Unrecht nur der Beschwerdegegnerin formell eröffnet. Den Entscheid über die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung habe die Wettbewerbskommission unzulässigerweise an einen Vizepräsidenten delegiert. Daher sei dessen Verfügung vom 8. August 2014 nicht bloss anfechtbar, sondern nichtig.

3.

Die Nichtigkeit einer Verfügung muss von Amtes wegen beachtet werden; sie kann von jedermann jederzeit geltend gemacht werden (vgl. etwa BGE 140 III 651 E. 3, 139 II 243 E. 11.2 ff., 137 III 217 E. 2.4.3 und 127 II 32 E. 3; Urteile des BVGer A-173/2015 vom 8. Juni 2015 E. 1.3.1, B-672/2014 vom 3. März 2015 E. 3.1, A-2654/2014 vom 5. Februar 2015 E. 2.3 und B-2343/2013 vom 4. Juni 2014 E. 1.1; ULRICH HÄFELIN / GEORG MÜLLER / FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. A., 2016, N. 1096). Nichtig ist eine Verfügung nur ausnahmsweise, nämlich dann, wenn sie an einem besonders schweren, offensichtlichen oder zumindest leicht erkennbaren Mangel leidet und die Nichtigkeit die Rechtssicherheit nicht ernsthaft gefährden würde. Als Nichtigkeitsgründe fallen nach der Praxis hauptsächlich die funktionelle und die sachliche Unzuständigkeit einer Behörde sowie schwerwiegende Verfahrensfehler in Betracht (BGE 139 II 243 E. 11.2, 138 II 501 E. 3.1 und 137 I 273 E. 3.1; Urteil des BGer 2C_657/2014 vom 12. November 2014 E. 2.2).

Sollte sich die strittige Verfügung vom 8. August 2014 als nichtig erweisen, wäre mangels eines Anfechtungsobjekts auf die Beschwerde nicht einzutreten (BGE 132 II 342 E. 2.3; vgl. Urteile des BVGer B-672/2014 vom 3. März 2015 E. 3.1 und A-2654/2014 vom 5. Februar 2015 E. 2.3); rechtlich gälte die Verfügung als inexistent (vgl. PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., 2014, § 31 N. 14). Anlässlich des Beschwerdeverfahrens wäre die Nichtigkeit im Urteilsdispositiv festzustellen (BGE 132 II 342 E. 2.2 f.; Urteil des BVGer A-2654/2014 vom 5. Februar 2015 E. 2.3).

4.

4.1 Als einen Nichtigkeitsgrund nennt die Beschwerdeführerin die ihrer Meinung nach mangelhafte Eröffnung der Verfügung vom 8. August 2014. Sie hält fest, zufolge Art. 34 Abs. 1 VwVG hätte die Verfügung gegenüber sämtlichen Parteien der vorinstanzlichen Untersuchung formell eröffnet werden müssen.

4.2 Darauf entgegnet die Vorinstanz, da der Beschwerdeführerin die Beschwerdelegitimation gemäss Art. 48 VwVG fehle, sei ihr die angefochtene Verfügung nicht eröffnet, aber (immerhin) in Kopie zur Kenntnisnahme zugestellt worden. Mangelhafte Eröffnung führe auch nicht automatisch zur Nichtigkeit der Verfügung. Art. 38 VwVG bestimme vielmehr, dass einer Partei aus mangelhafter Eröffnung kein Nachteil erwachsen dürfe. Selbst wenn die Eröffnung der angefochtenen Verfügung mangelhaft gewesen wäre, wie die Beschwerdeführerin unzutreffenderweise behaupte (weil eine Zustellung gar nicht erforderlich gewesen sei), wäre der Beschwerdeführerin aufgrund des angeblichen Formfehlers kein Nachteil entstanden. Somit bestünde auch unter der Annahme des Zustellungserfordernisses kein (krasser) Verfahrensfehler, der zur Nichtigkeit der Verfügung führen würde.

4.3 Die Beschwerdegegnerin bringt vor, die angefochtene Verfügung sei eine Teilverfügung, mit der das Untersuchungsverfahren gegenüber einer Partei, nämlich der Beschwerdegegnerin, abgeschlossen werde. Sie regle nur Rechte und Pflichten der Beschwerdegegnerin, nicht aber der Beschwerdeführerin, die nicht materielle Verfügungsadressatin sei. Ausserdem sei die Beschwerdeführerin mangels Beschwer nicht beschwerdelegitimiert. Daher

sei die angefochtene Verfügung der Beschwerdeführerin zu Recht nicht im Sinne von Art. 34 Abs. 1 VwVG eröffnet, sondern bloss mitgeteilt worden. Im Übrigen sei die angefochtene Verfügung der Beschwerdeführerin unbestrittenmassen schriftlich zugestellt worden, sodass sie Beschwerde dagegen habe einreichen können. Ein allfälliger (tatsächlich aber nicht bestehender) Mangel in der Eröffnung wäre damit jedenfalls geheilt.

4.4 Nach Art. 34 Abs. 1 VwVG eröffnet die Behörde Verfügungen den Parteien schriftlich. Gemäss Art. 38 VwVG darf diesen aus mangelhafter Eröffnung kein Nachteil erwachsen. Mangelhafte Eröffnung führt aber nicht zwingend zur Nichtigkeit der Verfügung; grundsätzlich genügt es, wenn der Zweck der Eröffnungsvorschriften erreicht wird (vgl. Urteil des BGer 2C_657/2014 vom 12. November 2014 E. 2.4).

Die Beschwerdeführerin war nicht Adressatin der angefochtenen Verfügung, und es ist umstritten, ob ihr Parteistellung im Sinne von Art. 34 Abs. 1 sowie Art. 38 VwVG zukommt. Allerdings wurde ihr am 18. August 2014 eine Kopie der Verfügung des Vizepräsidenten der Wettbewerbskommission vom 8. August 2014 zugesandt. Auch wenn die Eröffnung dieser Verfügung fehlerhaft gewesen sein sollte, hätte sie deswegen keinen Nachteil erlitten.

Wie das Bundesgericht in seinem Urteil 2C_657/2014 vom 12. November 2014 (E. 2.4.2) erwog, wäre es der Rechtssicherheit abträglich, wenn stets Nichtigkeit angenommen würde, sobald sich herausstellt, dass eine Drittperson (auch) Parteistellung gehabt hätte, beim Erlass der Verfügung aber nicht begrüsst wurde.

Vorliegend wurde die Beschwerdeführerin - offensichtlich noch innerhalb der gegenüber der Adressatin laufenden Beschwerdefrist - mit einer Kopie der Verfügung vom 8. August 2014 bedient. Umso weniger drängt es sich auf, diese Verfügung infolge eines Zustellungsmangels als nichtig zu taxieren.

5.

Als weiteren Nichtigkeitsgrund macht die Beschwerdeführerin sinngemäss geltend, die strittige Verfügung sei nicht von der Wettbewerbskommission, sondern unzulässigerweise - auch in Verletzung der Delegationsnorm - von einem ihrer Vizepräsidenten erlassen worden.

5.1 Gemäss Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die Wettbewerbskommission auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. In der angefochtenen Verfügung führte die Vorinstanz aus, sie habe am 14. Juli 2014 auf Antrag des Sekretariats entschieden, A. als Mitglied des Präsidiums gemäss Art. 19 Abs. 1 KG zu ermächtigen, über den Antrag des Sekretariats gegen die Y. AG nach Art. 30 Abs. 1 KG zu entscheiden.

5.2 Nach Art. 19 Abs. 1 Satz 3 KG kann die Wettbewerbskommission ein Mitglied des Präsidiums im Einzelfall ermächtigen, dringliche Fälle oder Fälle untergeordneter Bedeutung direkt zu erledigen. Unter Bezugnahme auf Art. 19 Abs. 1 KG hielt der zum Zeitpunkt der fraglichen Delegation (14. Juli 2014) gültige Art. 7 Abs. 3 des Geschäftsreglements der Wettbewerbskommission vom

1. Juli 1996 (GR-WEKO, AS 1996 2870) fest, die Kommission könne im Einzelfall ihren Präsidenten ermächtigen, dringliche Fälle oder Fälle untergeordneter Bedeutung direkt zu erledigen. Von einem Vizepräsidenten oder einem Präsidiumsmitglied spricht diese Bestimmung nicht.

5.3 Zur Begründung ihrer Auffassung legt die Beschwerdeführerin dar, die Vorinstanz erachte die angefochtene Verfügung als „Teilverfügung“ in einem Verfahren untergeordneter Bedeutung, ohne Präjudiz für Fälle von „grösserer Bedeutung“. Die Beschwerdeführerin selber hält den Vizepräsidenten der Wettbewerbskommission indessen für funktionell unzuständig. Sie argumentiert, eine Delegation sei entgegen dem Wortlaut von Art. 19 Abs. 1 KG nur an den Präsidenten, nicht jedoch an den Vizepräsidenten zulässig. Hinzu komme, dass nicht von einem Fall untergeordneter Bedeutung im Sinne von Art. 19 Abs. 1 KG gesprochen werden könne, denn die Vorinstanz wolle zum bisher ersten Mal das Verfahren gegenüber einer potentiellen Kronzeugin vorab abschliessen. Dieser Entscheid sei von grundlegender Bedeutung und hätte vom Gesamtgremium der Wettbewerbskommission gefällt werden müssen. Da der Vizepräsident der Vorinstanz somit von Bundesrechts wegen nicht über die Kompetenz zur direkten Entscheidung in Fällen untergeordneter Bedeutung verfüge, sei die angefochtene Verfügung nichtig.

5.4 Die Vorinstanz erwidert, Art. 7 Abs. 3 Satz 1 GR-WEKO habe seit der Teilrevision vom 15. Dezember 2008 zwar effektiv nur eine Delegation an den Präsidenten vorgesehen, doch sei diese Inkonsistenz im Verhältnis zu Art. 19 Abs. 1 KG ein redaktioneller Fehler. Von untergeordneter Bedeutung sei der Fall, weil die Beschwerdegegnerin den Sachverhalt nicht bestritten habe, weil deren künftig gesetzeskonformes Verhalten durch die einvernehmliche Regelung bestimmt werde und weil keine Sanktion zu verhängen sei.

5.5 Die Beschwerdegegnerin erklärt, die Vorinstanz habe allgemeine Entscheidungsgewalt und ihren Vizepräsidenten jedenfalls gesetzeskonform ermächtigt. Inhaltlich handle es sich um einen Fall von untergeordneter Bedeutung, da das Anfechtungsobjekt eine Teilverfügung sei, mit der das Verfahren gegenüber der Beschwerdegegnerin gestützt auf eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen werde, ohne dass eine materielle Beurteilung in der Sache erfolge und ohne dass eine Sanktion ausgesprochen werde.

5.6 Erachtet das Sekretariat eine Wettbewerbsbeschränkung als unzulässig, so kann es den Beteiligten eine einvernehmliche Regelung über die Art und Weise ihrer Beseitigung vorschlagen (Art. 29 Abs. 1 KG). Art. 29 Abs. 2 KG bestimmt, dass einvernehmliche Regelungen schriftlich abgefasst werden und der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission bedürfen. Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die Wettbewerbskommission auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung.

In den Art. 18 ff. KG werden die Zuständigkeiten der Wettbewerbskommission, ihres Präsidenten und des Sekretariats geregelt. Nach Art. 18 Abs. 3 Satz 1 KG trifft die Wettbewerbskommission die Entscheide und erlässt die

Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind. Nicht vorgesehen ist im Gesetz eine Zuständigkeit eines Vizepräsidenten der Wettbewerbskommission, einvernehmliche Regelungen zu genehmigen. Art. 29 und 30 KG enthalten Spezialnormen über einvernehmliche Regelungen. Ihr klarer Wortlaut lässt keinen Interpretationsspielraum hinsichtlich der Zuständigkeit für den Entscheid über solche Regelungen und deren Genehmigung. Vielmehr ordnete der Gesetzgeber diese Kompetenz eindeutig der Wettbewerbskommission zu, ohne dabei eine Delegationsmöglichkeit vorzusehen (vgl. auch Art. 18 Abs. 3 Satz 1 KG, wonach die Wettbewerbskommission die Entscheide trifft und die Verfügungen erlässt, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind; gleichlautend Art. 4 Abs. 1 GR-WEKO). Als (End-) Entscheid in der Hauptsache liegt die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung in der Zuständigkeit der Wettbewerbskommission, nicht in derjenigen ihres Präsidenten oder eines ihrer Vizepräsidenten (vgl. BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, BSK KG, 2010, Art. 30 N. 54 ff.).

Mit der angefochtenen Verfügung beabsichtigt der betreffende Vizepräsident der Wettbewerbskommission, die Untersuchung [...] gegenüber der Selbstanzeigerin frühzeitig abzuschliessen. Das Dispositiv der angefochtenen Verfügung enthält zwar keine Bestimmung über den Abschluss der Untersuchung [...] im Verhältnis zur Beschwerdegegnerin. Aus den Erwägungen zu den Verfahrenskosten lässt sich jedoch schliessen, dass ihn die Vorinstanz durch die Genehmigungsverfügung mindestens faktisch herbeiführen möchte. So hielt sie auf S. 7 derselben fest, „dass der Zeitaufwand ab dem Zeitpunkt des Abschlusses der einvernehmlichen Regelung bis zum Abschluss des Verfahrens gegenüber der Y. [...] Stunden beträgt [...]“. Unter Ziff. 3 des Dispositivs wurden diese Kosten der Beschwerdegegnerin auferlegt. Darüber hinaus findet sich in den Vorbemerkungen des Anhangs zur angefochtenen Verfügung, welcher die einvernehmliche Regelung wörtlich wiedergibt, folgende Passage:

„Die vorliegende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 [KG] erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren [...] zu vereinfachen, zu verkürzen und - unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (WEKO) - zu einem förmlichen Abschluss zu bringen.“

Entsprechend erklärte die Wettbewerbskommission in Ziff. 13 ihrer Duplik vom 5. Juni 2015:

„Mit der angefochtenen Verfügung wurde einzig die EVR vom 16. April 2014 gemäss Art. 29 Abs. 2 KG genehmigt und somit die Untersuchung gegen die Y. abgeschlossen.“

Einerseits beendet die Genehmigungsverfügung die Untersuchung zwar nicht explizit auf förmliche Weise. Andererseits aber betrachtet die Vorinstanz sie mit ebendieser Verfügung im Verhältnis zur Beschwerdegegnerin doch als abgeschlossen. Materiell würde der Vizepräsident der Wettbewerbskommission damit im Verhältnis zur Beschwerdegegnerin einen Endentscheid in der Hauptsache treffen. Dazu ist er nach den oben zitierten Bestimmungen aber nicht befugt. Die Vorinstanz beruft sich zwar auf Art. 19 Abs. 1 KG und vertritt die Meinung, der hier zu beurteilende Fall sei von untergeordneter Bedeutung. Art. 19 Abs. 1 KG lautet wie folgt:

„Die Wettbewerbskommission ist von den Verwaltungsbehörden unabhängig. Sie kann sich in Kammern mit selbständiger Entscheidungsbefugnis gliedern. Sie kann ein Mitglied des Präsidiums im Einzelfall ermächtigen, dringliche Fälle oder Fälle untergeordneter Bedeutung direkt zu erledigen.“

Soll wie mit der angefochtenen Verfügung in der Hauptsache entschieden werden, kann kaum von einem Fall untergeordneter Bedeutung die Rede sein. Allein schon die neuartige Vorgehensweise, welche grundlegende (verfahrens-) rechtliche Fragen aufwirft, spricht gegen eine untergeordnete Bedeutung im Sinne von Art. 19 Abs. 1 Satz 3 KG. Diese Gesetzesbestimmung räumt dem ermächtigten Präsidiumsmitglied keine selbständige Entscheidungsbefugnis ein, und sie erlaubt eine Ermächtigung explizit nur im Einzelfall. Soweit ersichtlich, wurden einvernehmliche Regelungen bis anhin auch stets von der Wettbewerbskommission als Gesamtgremium, nicht aber von einem Präsidiumsmitglied bzw. Vizepräsidenten, beurteilt (vgl. etwa BGE 139 I 72 bzw. Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 sowie das Urteil des BGer 2A.440/2005 vom 26. Juli 2006).

Laut Vorinstanz liegt ein Grund für die behauptete untergeordnete Bedeutung des Falles darin, dass „mit der Genehmigung der einvernehmlichen Regelung vom 16. April 2014 das zukünftige KG-konforme Verhalten der Beschwerdegegnerin geregelt wird“. Für eine einvernehmliche Regelung erscheinen Bestimmungen über das künftige Verhalten nach der Formulierung des Art. 29 Abs. 1 KG („Beseitigung einer Wettbewerbsbeschränkung“) jedoch geradezu charakteristisch (vgl. BGE 139 I 72 E. 6.2.1, publiziert im Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012), weshalb das Argument der Vorinstanz ins Leere stösst. Sonst müsste praktisch jeder Fall, der zu einer einvernehmlichen Regelung führt, als untergeordnet qualifiziert werden. Damit aber würde die Kategorisierung auch noch mittels eines formalen statt eines inhaltlichen Kriteriums vorgenommen. Ähnliches gilt für den Umstand, dass ein Sachverhalt nicht bestritten wird, denn daraus lässt sich nicht einfach eine geringere Bedeutung herleiten. Ebensowenig erlaubt der Verzicht auf eine Sanktion eine derartige Schlussfolgerung, zumal dieser wiederum wegen des Verhaltens einer Partei (Bonusmeldung) und nicht unbedingt wegen der Tragweite der Angelegenheit erfolgt. Im Übrigen eignet sich das Geständnis der Beschwerdegegnerin nicht als Indiz für die Bedeutung des Falles, denn diese kann bezüglich der einzelnen Verfahrensparteien nicht unterschiedlich sein. Bezeichnenderweise wurde in der angefochtenen Verfügung auch nicht dargelegt, weshalb die Sache eine solche von untergeordneter Bedeutung im Sinne von Art. 19 Abs. 1 KG sein könnte.

5.7 Gegenstand einer einvernehmlichen Regelung bildet gemäss Art. 29 Abs. 1 KG die Art und Weise der Beseitigung einer Wettbewerbsbeschränkung. Eine solche Regelung ist zukunftsgerichtet (vgl. BGE 139 I 72, nicht publizierte E. 6.2.1 m.H., publiziert im Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012; TAGMANN/ZIRLICK, Art. 49a N. 176 ff.; MICHAEL TSCHUDIN, Die verhandelte Strafe, einvernehmliche Regelung neben kartellrechtlicher Sanktion, AJP 7/2013 1017 ff., 1018). Die angefochtene Verfügung aber beinhaltet zwei Komponenten, einer-

seits eine zukünftige Regelung, andererseits den frühzeitigen Abschluss der Untersuchung gegenüber einer Partei.

Nach Art. 8 Abs. 1 der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004 (SVKG, SR 251.5) erlässt die Wettbewerbskommission einem Unternehmen die Sanktion vollständig, wenn es seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG anzeigt und als erstes entweder Informationen liefert, welche die Eröffnung eines Verfahrens nach Art. 27 KG ermöglichen oder Beweismittel vorlegt, welche die Feststellung eines entsprechenden Wettbewerbsverstosses erlauben. Gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG erlässt die Wettbewerbskommission die Sanktion nur, wenn das betreffende Unternehmen kein anderes zur Teilnahme am Wettbewerbsverstoss gezwungen und nicht die anstiftende oder führende Rolle darin eingenommen hat.

Ob eine Partei sanktioniert wird oder aufgrund einer Selbstanzeige von einer Sanktionsbefreiung profitiert, kann insofern keinen Unterschied machen, als es in jedem Fall einer materiellen Beurteilung des Vergangenheits Sachverhaltes bedarf. Deshalb erscheint es fraglich, ob sich eine Untersuchung, bei der es um die Beteiligung an einer Abrede geht, überhaupt für eine Partei vorab abschliessen lässt.

5.8 Nach der Rechtsprechung leidet ein Entscheid einer sachlich bzw. funktionell unzuständigen Behörde an einem schwerwiegenden Mangel mit Nichtigkeitsfolge, es sei denn, die verfügende Behörde habe allgemeine Entscheidungsgewalt auf dem betreffenden Gebiet und Nichtigkeit vertrage sich nicht mit der Rechtssicherheit (BGE 137 III 217 E. 2.4.3; 129 V 485 E. 2.3 und 127 II 32 E. 3g; BVGE 2008/59 E. 4.3, Urteil des BVGer A-2654/2014 vom 5. Februar 2015 E. 2.3 und 4.3, Teilurteil und Zwischenentscheid des BVGer A-5536/2014 vom 14. November 2014 S. 4).

Wegen fehlender Zuständigkeit als nichtig befand das Bundesgericht beispielsweise eine Verfügung der Wettbewerbskommission vom 6. September 1999 gegenüber der damaligen Schweizerischen Meteorologischen Anstalt, weil diese dem KG nicht unterlag (BGE 127 II 32 E. 3g). In BGE 129 V 485 (E. 2.2) urteilte es, die Kompetenzdelegation einzelner Aufgaben der kantonalen Amtsstelle an die regionalen Arbeitsvermittlungszentren bedürfe eines formellen, den Publikationsvorschriften des Kantons unterliegenden Erlasses. Eine bloss gestützt auf interne Verwaltungsweisungen vorgenommene Zuständigkeitsübertragung genüge nicht, was zur Nichtigkeit der Verfügungsverfügung führe. Als nichtig bewertete das Bundesgericht auch eine Verfügung des Bundesamtes für Justiz, da dieses nicht dafür zuständig gewesen sei, die Anfrage einer Ausländerin, ob ihr Heimatstaat sie international zur Fahndung ausgeschrieben habe, zu behandeln (BGE 132 II 342 E. 2.2 f.). In BGE 137 III 217 E. 2.4.3 stellte das Bundesgericht die Nichtigkeit eines Entscheides der Justizdirektion des Kantons Zürich fest, hatte diese doch statt des eigentlich zuständigen oberen kantonalen Gerichts über einen handelsregisterrechtlichen Rekurs befunden. Bezüglich eines Abtragungsverbots für Kachelöfen urteilte das Bundesgericht, eine schwerwiegende Verletzung der Zuständigkeitsordnung mit Nichtigkeitsfolge

wäre allenfalls dann zu bejahen, wenn über die Schutzwürdigkeit der Öfen an Stelle der Exekutive als Gesamtbehörde ein ausserhalb der Exekutive stehendes Gemeindeorgan, die Verwaltung oder bloss ein einzelnes Exekutivmitglied befunden hätte (Urteil 1P.629/2005 vom 11. August 2006 E. 3.2.2).

Mit Teilurteil A-5536/2014 vom 14. November 2014 (S. 4 f.) erklärte das Bundesverwaltungsgericht einen Entscheid des Konzernrechtsdienstes der Schweizerischen Bundesbahnen (SBB) in einer personalrechtlichen Angelegenheit für nichtig, weil nach einer Gesetzesrevision nicht mehr dieser, sondern das Gericht selber für die Behandlung einer Beschwerde gegen eine Verfügung der SBB als Arbeitgeberin zuständig war.

5.9 Mangels Zuständigkeit und allgemeiner Entscheidungsgewalt des Vizepräsidenten der Wettbewerbskommission erweist sich dessen Verfügung vom 8. August 2014 über die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung in der Untersuchung [...] als nichtig. Dadurch wird die Rechtssicherheit nicht tangiert, zumal die Verfügung zeitnah angefochten wurde. Im Übrigen ist die fehlende Zuständigkeit angesichts des klaren Gesetzeswortlautes leicht erkennbar (vgl. oben E. 5.6).

6.

Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung hat die Beschwerdeführerin zwar geltend gemacht. Sie hat jedoch kein entsprechendes Rechtsbegehren formuliert. Die Nichtigkeit der Verfügung ist vom Bundesverwaltungsgericht aber ohnedies von Amtes wegen festzustellen (vgl. oben E. 3 sowie Art. 25 Abs. 1 VwVG).

7.

Aufgrund der Nichtigkeit der strittigen Verfügung vom 8. August 2014 fehlt es an einem Anfechtungsobjekt, weshalb auf die vorliegende Beschwerde vom 18. September 2014 nicht einzutreten ist. Die Nichtigkeit der Verfügung ist im Urteilsdispositiv festzustellen.

8.

8.1 Tritt das Bundesverwaltungsgericht auf eine Beschwerde nicht ein, weil sich die angefochtene Verfügung als nichtig erwiesen hat, berücksichtigt es dies regelmässig bei der Festlegung der Verfahrenskosten (Art. 63 VwVG; vgl. Urteile des BVGer A-2654/2014 vom 5. Februar 2015 E. 8.1.1 und A-916/2014 vom 4. Dezember 2014 E. 2.1 f. m.H.).

Da die Vorinstanz den Erlass der nichtigen Verfügung ihres Vizepräsidenten zu vertreten hat und die Beschwerdeführerin ein Interesse an deren Anfechtung hatte, ist auf die Erhebung von Verfahrenskosten zu verzichten (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

Nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils ist der Beschwerdeführerin ihr Kostenvorschuss von Fr. 4'000.- zurückzuerstatten.

8.2 Der obsiegenden Beschwerdeführerin ist eine Parteientschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 ff. des Reglementes über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008, VGKE, SR 173.320.2). Da keine

Kostennote eingereicht wurde, setzt das Gericht die Entschädigung auf Grund der Akten fest. Zu berücksichtigen ist dabei, dass ein Teil des Aufwandes für das vorliegende Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht von der Beschwerdeführerin und drei weiteren Untersuchungsadressatinnen, welche die Genehmigungsverfügung vom 8. August 2014 ebenfalls angefochten haben, offensichtlich gemeinsam getragen wurde. Vor diesem Hintergrund erscheint eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 4'000.- (inkl. Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE) als angemessen.

Die Entschädigung ist im Sinne der Erwägungen nicht der im Ergebnis unterliegenden Gegenpartei, sondern der Vorinstanz aufzuerlegen (Art. 64 Abs. 2 VwVG), da diese für den Erlass der nichtigen Verfügung verantwortlich zeichnet und die Beschwerdeführerin damit zum Beschreiten des Rechtsweges veranlasst hat.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Es wird festgestellt, dass die Verfügung des Vizepräsidenten der Wettbewerbskommission vom 8. August 2014 über die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung mit der Beschwerdegegnerin in der Untersuchung [...] nichtig ist.

2.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

3.

Verfahrenskosten werden keine erhoben.

4.

Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss von Fr. 4'000.- wird ihr nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils aus der Gerichtskasse zurückerstattet.

5.

Der Beschwerdeführerin wird zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 4'000.- zugesprochen.

6.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin;
- die Beschwerdegegnerin;
- die Vorinstanz.

[Rechtsmittelbelehrung]

B 4

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale

B 4

1. Urteil vom 28. Juni 2016 Colgate-Palmolive Europe Sàrl (ehemals Gaba International AG) gegen Wettbewerbskommission – Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2013

Urteil vom 28. Juni 2016 Colgate-Palmolive Europe Sàrl (ehemals Gaba International AG in Therwil vertreten durch [...], Beschwerdeführerin gegen Wettbewerbskommission in Bern – Gegenstand: Verfügung der WEKO vom 30. November 2009 im Untersuchungsverfahren betreffend Gaba und Gebro wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG, Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 19. Dezember 2013.

Sachverhalt:
A.

Die Gaba International AG (Gaba) mit Sitz in Therwil, Kanton Basel-Landschaft, entwickelt und vertreibt Mund- und Zahnpflegeprodukte - darunter u.a. verschiedene Elmexprodukte. Das Unternehmen wurde 2004 Teil der Colgate-Palmolive-Gruppe. Mit Ausnahme von Österreich ist Gaba in den an die Schweiz angrenzenden Ländern mit Tochtergesellschaften am Markt tätig. In Österreich ist die Gebro Pharma GmbH (Gebro) mit Sitz in Fieberbrunn, Österreich, seit 25 Jahren Lizenznehmerin von Gaba. Gebro ist auf die Herstellung und den Vertrieb chemischer und pharmazeutischer Produkte spezialisiert.

Vom 1. Februar 1982 bis zum 1. September 2006 bestand zwischen Gaba und Gebro ein Vertrag, dessen Ziff. 3.2 folgendes vorsah:

"GABI [Gaba International AG] verpflichtet sich, die Ausfuhr der Vertragsprodukte [Elmex Zahnpaste, Elmex Gelée, Elmex Fluid und Aronal forte Zahnpaste] nach Oesterreich mit allen ihr zu Gebote stehenden Mitteln zu verhindern und auch selbst weder direkt noch indirekt in Oesterreich zu vertreiben. Gebro verpflichtet sich ihrerseits, die Vertragsprodukte ausschliesslich in dem ihr vertraglich zustehenden Gebiet [Österreich] herzustellen und zu vertreiben und weder direkt noch indirekt Exporte in andere Länder vorzunehmen."

Am 1. September 2006 wurde der Vertrag vom 1. Februar 1982 durch ein neues Vertragswerk abgelöst, bestehend aus einem "Distribution Agreement" und einem "Agreement on the Manufacture of Dental Products". In Bezug auf den Vertrieb der Gaba-Produkte in Österreich sieht das Distribution Agreement in Ziff. 12.1 Folgendes vor:

"The distributor [Gebro] shall not make any active endeavours to solicit orders for the products [Gaba-Produkte] outside the territory [Österreich] and shall not establish any centre for the distribution of the products outside the territory. [The] distributor shall inform [the] principal [Gaba] of any request of supply of products coming from outside the territory. The principal or its affiliates shall not make any active endeavours to sell products in the territory."

B.

Die Denner AG - zwischenzeitlich durch den Migros-Genossenschafts-Bund unter Berücksichtigung der Vorgaben der Verfügung vom 3. September 2007 übernommen (vgl. RPW 2008, S. 129 ff.) - mit Sitz in Zürich ist ein in der Schweiz tätiges Detailhandelsunternehmen. Sie bietet als Discounter ein Sortiment in den Bereichen Food und Near-Food an. Sie reichte am 30. November 2005 beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) eine Anzeige gegen Gaba wegen angeblicher Wettbewerbsbeschränkung ein, da ihre Versuche, zwischen 2003 und 2005 das von Gaba hergestellte Produkt Elmex rot direkt zu kaufen bzw. parallel aus Österreich zu importieren, gescheitert seien, und beantragte gleichzeitig die Einleitung einer Untersuchung im Sinne von Art. 26 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251).

Das Sekretariat eröffnete am 10. Mai 2006 eine *Vorabklärung* nach Art. 26 KG und durch Publikation im Bundesblatt am 13. März 2007 (Art. 28 KG; BBl 2007 1784) eine *Untersuchung* im Einvernehmen mit einem Mitglied der Wettbewerbskommission (WEKO) gemäss Art. 27 KG. Untersucht wurde dabei, ob unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG in Form von Preisvorgaben der Gaba für den Verkauf von Elmex rot oder eine Behinderung von Parallelimporten von Elmex rot vorliegen. Zudem sollte analysiert werden, ob die Nichtbelieferung der Denner AG mit Elmex rot als Verstoss gegen Art. 5 Abs. 1 KG oder Art. 7 KG zu werten sei.

C.

Nach der Ausweitung des Verfahrens auf die Gebro, der Gewährung des rechtlichen Gehörs (Art. 30 Abs. 2 KG) zum Antrag des Sekretariats und zur Einvernahme der Denner AG als Zeugin erliess die WEKO am 30. November 2009 eine Verfügung (RPW 2010, S. 65 ff.; Versand: 7. Dezember 2009; Zustellung: 8. Dezember 2009) mit folgendem Dispositiv:

- "1. Es wird festgestellt, dass der Lizenzvertrag vom 1. Juli 1982 zwischen Gaba International AG und Gebro Pharma GmbH bis zum 1. September 2006 eine unzulässige Gebietsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG enthielt.
2. Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.
3. Gaba International AG wird gemäss Art. 49a Abs. 1 KG für das unter der Ziff. 1 beschriebene Verhalten mit einem Betrag von CHF 4'820'580.-- belastet.

4. Gebro Pharma GmbH wird für das unter der Ziff. 1 beschriebene Verhalten mit einem Betrag von CHF 10'000.-- belastet.
5. Die Verfahrenskosten belaufen sich insgesamt auf CHF 306'215.-- und werden den Parteien wie folgt auferlegt: Gaba International AG CHF 296'215.--, Gebro Pharma GmbH CHF 10'000.--.
6. [Rechtsmittelbelehrung]
Eröffnung]."

D.

Gaba erhob am 25. Januar 2010 gegen die Verfügung der WEKO vom 30. November 2009 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht mit folgenden Rechtsbegehren:

- "1. Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 30. November 2009 sei bezüglich Ziff. 1, 3 und 5 des Dispositivs aufzuheben.
2. Eventualiter sei die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 30. November 2009 bezüglich Ziff. 1, 3 und 5 des Dispositivs aufzuheben und vom Bundesverwaltungsgericht in der Sache neu zu entscheiden.
3. Subeventualiter sei die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 30. November 2009 bezüglich Ziff. 1, 3 und 5 des Dispositivs aufzuheben und an die Wettbewerbskommission zur Neuurteilung zurückzuweisen. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Staates.

Verfahrensantrag: Falls das Bundesverwaltungsgericht in der Sache entscheidet, sei vor dem Entscheid eine Verhandlung durchzuführen und die Beschwerdeführerin anzuhören."

E.

Am 19. Dezember 2013 erliess das Bundesverwaltungsgericht seinen Entscheid mit folgendem Dispositiv:

- "1. Die Beschwerde vom 25. Januar 2010 wird betreffend die Sanktionierung der Beschwerdeführerin abgewiesen.
2. Betreffend die von der Vorinstanz vorgenommenen Kostenliquidation wird die Beschwerde vom 25. Januar 2010 teilweise gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird. Ziff. 5 des Dispositivs der Verfügung vom 30. November 2009 im Untersuchungsverfahren 22-0349 wird wie folgt abgeändert:

"5. Die Verfahrenskosten belaufen sich insgesamt auf CHF 306'215.- und werden den Parteien wie folgt auferlegt:

Gaba International AG CHF 98'738.30."
3. Der redaktionelle Fehler in Ziff. 1 des Dispositivs der Verfügung vom 30. November 2009 im Untersuchungsverfahren 22-0349 wird wie folgt berichtigt:

"1. Es wird festgestellt, dass der Lizenzvertrag vom 1. Februar 1982 zwischen Gaba International AG und Gebro Pharma GmbH bis zum 1. September 2006 eine unzulässige Gebietsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG enthielt."
4. Von den Kosten des vorliegenden Verfahrens in Höhe von insgesamt CHF 50'000.-- werden der Beschwerdeführerin CHF 48'000.-- auferlegt. Sie werden nach Rechtskraft des Urteils mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von CHF 40'000.-- verrechnet. Die Beschwerdeführerin hat den Restbetrag von CHF 8'000.-- innert 30 Tagen nach

Rechtskraft des Urteils der Gerichtskasse zu überweisen.

5. Der Beschwerdeführerin wird eine Parteientschädigung in Höhe von CHF 1'000.-- zulasten der Vorinstanz zugesprochen.
6. [Zustellung]."

F.

Vor Bundesgericht beantragt die Colgate Palmolive Europe Sàrl (Rechtsnachfolgerin von Gaba), das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2013 und die Verfügung der WEKO vom 30. November 2009 in Bezug auf die Ziffern 1, 3 und 5 des Dispositivs aufzuheben, eventualiter das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2013 in Bezug auf die Ziffern 1 und 4 sowie die Verfügung der WEKO vom 30. November 2009 in Bezug auf die Ziffern 3 und 5 aufzuheben. Gerügt wird im Wesentlichen eine Verletzung von Bundesrecht (KG und BV) und von Völkerrecht (Art. 7 EMRK).

Die WEKO hat sich innert erstreckter Frist am 1. Mai 2014 vernehmen lassen, während dem das Bundesverwaltungsgericht und das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) auf eine Stellungnahme verzichteten. Mit Stellungnahme vom 7. Juli 2014 hat sich die Beschwerdeführerin zur Vernehmlassung der WEKO geäußert. Mit Schreiben vom 22. Dezember 2014 hat sich die Beschwerdeführerin nochmals geäußert.

G.

Das Bundesgericht hat die Angelegenheit am 28. Juni 2016 öffentlich beraten.

Erwägungen:

1. Eintreten

1.1. Öffentlich-rechtliche Endentscheide der WEKO können beim Bundesverwaltungsgericht und dessen Entscheide hernach mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 31, Art. 32 i.V.m. Art. 33 lit. f VGG bzw. Art. 82, Art. 83 i.V.m. Art. 86 Abs. 1 lit. a und Art. 90 BGG; vgl. BGE 135 II 60 E. 1 S. 62; Urteil 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 1.1).

1.2. Die beschwerdeführende juristische Person ist direkte Adressatin des angefochtenen Entscheides; sie wird materiellrechtlich durch die Sanktionierung beschwert und insofern hat sie ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des Entscheids. Sie ist deshalb zur Beschwerdeerhebung berechtigt (vgl. Art. 89 Abs. 1 BGG). Auf das frist- (Art. 100 Abs. 1 BGG) und formgerecht (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) eingereichte Rechtsmittel ist einzutreten.

1.3. Mit der Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht unter Einschluss des Bundesverfassungsrechts sowie von Völkerrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a und b BGG). Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat. Es kann deren Sachverhaltsfeststellung auf Rüge hin oder von Amtes wegen nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder an einer massgeblichen Rechtsverletzung leidet (vgl. Art. 97 und 105 BGG).

2. Inhaltsübersicht

Thema des vorliegenden Falls bildet die Frage, ob die Beschwerdeführerin nach Art. 49a KG zu sanktionieren ist, weil sie an einer vertikalen Abrede über Gebietsaufteilungen beteiligt war. Art. 49a KG verweist auf unzulässige Abreden u.a. nach Art. 5 Abs. 4 KG. Zu klären sind deshalb die beiden Begriffe "unzulässige Abreden" und "Abreden nach Art. 5 Abs. 4". Dies ist in mehreren Schritten zu prüfen.

Art. 5 KG handelt von unzulässigen Wettbewerbsabreden. Unzulässig sind nach Art. 5 Abs. 1 KG Abreden, die zum einen den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen *erheblich beeinträchtigen* und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie zum anderen nicht rechtfertigbare Abreden, die zur *Beseitigung* wirksamen Wettbewerbs führen. Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird bei gewissen vertikalen Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG vermutet. Die geglückte Widerlegung der Vermutung war bereits vor Vorinstanz unbestritten; die strittigen Abreden beseitigen den Wettbewerb deshalb *nicht* (vgl. E. 4.2). Zu prüfen ist deshalb lediglich, ob diese Abreden den Wettbewerb auf einem Markt *erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen* (Art. 5 Abs. 1 in initio KG).

Dementsprechend gliedert sich der vorliegende Entscheid wie folgt: Zu klären ist zunächst der Begriff der Erheblichkeit (E. 5.1 - 5.3). Dabei kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass die Abredetypen nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG grundsätzlich erheblich sind (E. 5.2.5). Alsdann stellt sich die Frage, was mit "beeinträchtigen" in Art. 5 Abs. 1 KG gemeint ist (E. 5.4). Zu bestimmen ist danach der relevante Markt (E. 5.5). Ob im konkreten Fall überhaupt eine Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG vorliegt, wird in E. 6. geprüft, die Frage der Rechtfertigung in E. 7.

Schliesslich stellt sich die Frage, ob eine Sanktionierung nach Art. 49a KG zulässig ist. Art. 49a Abs. 1 KG weist einen strafrechtsähnlichen Charakter auf, weshalb dieser Artikel am Grundsatz "keine Strafe ohne Gesetz" zu messen ist (E. 9.3). Daran wird in E. 9.5 das Auslegungsergebnis von Art. 49a Abs. 1 KG (E. 9.4) gemessen. Die Subsumtion erfolgt in E. 9.6 und die Sanktionsbemessung in E. 9.7.

Zunächst muss allerdings die Frage beantwortet werden, ob der strittige Sachverhalt überhaupt im räumlichen Geltungsbereich des KG liegt (E. 3.).

3. Räumlicher Geltungsbereich

3.1. Die Verfügung der WEKO vom 30. November 2009 stützt sich auf das KG. Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass der Sachverhalt im räumlichen Geltungsbereich des KG liegt. Unbestritten ist vor Bundesgericht der persönliche (Unternehmen) und der sachliche Geltungsbereich (Wettbewerbsabreden).

3.2.

3.2.1. Nach Art. 2 Abs. 2 KG ist das Gesetz auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden. Die Schweiz hat somit - wie viele andere Staaten (vgl. statt vieler DIETMAR BAETGE, Globalisierung des Wettbewerbsrechts, 2009,

S. 261 ff.) - angesichts der Globalisierung des Wettbewerbs das Auswirkungsprinzip im Kartellrecht *ausdrücklich* übernommen. Damit erstreckt sich die Regelungsbezugnis eines Staates auch auf Verhaltensweisen, die zwar ausserhalb seiner Grenzen verübt, jedoch innerhalb des Staatsgebiets wirksam werden (vgl. etwa ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005 [Kartellrecht], N. 268; PETER HÄNNI/ANDREAS STÖCKLI, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2013, N. 155; PATRIK DUCREY, in: von Büren/ Marbach/Ducrey, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2008 [nachfolgend: Kartellrecht], Rz. 1262; VINCENT MARTENET/ANDREAS HEINEMANN, Droit de la concurrence, 2012, S. 69 f.; JENS LEHNE, in: Marc Amstutz/Mani Reinert [Hrsg.], Kartellgesetz, Basler Kommentar [BSK KG], 2010, N. 40 f. ad Art. 2; VINCENT MARTENET/PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, N. 83 ff. ad Art. 2 LCart; JÜRGEN BORER, Wettbewerbsrecht, Schweizerisches Kartellgesetz, Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2011, N. 20 ad Art. 2; BAETGE, a.a.O., S. 271; FLORIAN WAGNER-VON PAPP, Internationales Wettbewerbsrecht (§ 11), in: Christian Tietje [Hrsg.], Internationales Wirtschaftsrecht, 2009, N. 2 ad § 11; CHRISTOPH OHLER, Die Kollisionsordnung des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2005, S. 336; MARTIN KMENT, Grenzüberschreitendes Verwaltungshandeln, 2010, S. 116; WERNER MENG, Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht, 1994, S. 503; KARL MATTHIAS MEESSEN, Völkerrechtliche Grundsätze des internationalen Kartellrechts, 1975, S. 15 ff.; siehe auch DIREKTION FÜR VÖLKERRECHT DES EIDGENÖSSISCHEN DEPARTEMENTS FÜR AUSWÄRTIGE ANGELEGENHEITEN, VPB 45 [1981] Nr. 47). Es handelt sich m.a.W. um eine *extraterritoriale Anwendungserstreckung*.

Zu unterscheiden ist zwischen dem *Geltungsbereich* und dem *Anwendungsbereich des Rechts*. Der Anwendungsbereich (= jurisdiction to prescribe; compétence normative) soll denjenigen Raum definieren, in dem sich die Tatbestände abspielen, die von der Rechtsordnung bzw. den Staatsorganen geschaffen werden, während der Geltungsbereich (= jurisdiction to enforce; compétence d'exécution) denjenigen Bereich umschreibt, in dessen Grenzen die staatlichen Rechtsakte zusätzlich mit Staatsgewalt durchgesetzt werden können (vgl. etwa VOLKER EP-PING, in: Knut Ipsen, Völkerrecht, 6. Aufl. 2014, N. 70 ad § 5; KMENT, a.a.O., S. 69 f.; OHLER, a.a.O., S. 327 ff., 353; WERNER MENG, Völkerrechtliche Zulässigkeit und Grenzen wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Hoheitsakte mit Auslandswirkung, ZaöRV 1984, S. 675 ff., 727 f.; ANTON K. SCHNYDER, Wirtschaftskollisionsrecht, 1990, S. 61 ff.; GEORG DAHM/JOST DELBRÜCK/RÜDIGER WOLFRUM, Völkerrecht Bd. I/1, 2. Aufl. 1989, S. 319).

3.2.2. Das Auswirkungsprinzip ist *als solches* durch die klare Positivierung in der Schweiz unumstritten (zur Entwicklungsgeschichte vgl. etwa DIREKTION FÜR VÖLKERRECHT DES EIDGENÖSSISCHEN DEPARTEMENTS FÜR AUSWÄRTIGE ANGELEGENHEITEN, VPB 45 [1981] Nr. 47; MARINO BALDI/FELIX SCHRANER, Gaba-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts als wettbewerbspolitischer Markstein, SJZ 2014 [nachfolgend: SJZ 2014], 501 ff., 507; LEHNE, a.a.O., N. 48 ff. ad Art. 2). Strittig ist lediglich noch, ob die Auswirkung einer gewissen *Nachhaltigkeit* bzw. *Intensität* bedarf.

3.2.3. Der Wortlaut von Art. 2 Abs. 2 KG gibt keinen Hinweis darauf, dass die Auswirkung in der Schweiz eine gewisse Intensität aufweisen muss. Das systematische Element ist diesbezüglich ebenfalls nicht hilfreich, im Gegensatz zum teleologischen Element:

Das in Art. 2 Abs. 2 KG festgehaltene Auswirkungsprinzip findet seine teleologische Begründung im Schutz der nationalen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung - Regelungsziel des KG. Handlungen sollen unterbunden werden können, sofern sie negative Wirkungen auf den nationalen Markt haben (vgl. MATTHIAS HERDEGEN, Internationales Wirtschaftsrecht, 10. Aufl. 2014, § 3 Rz. 58; siehe auch BGE 118 Ia 137 E. 2c S. 143); insofern ist zum Schutz des nationalen Marktes auf Auswirkungen und nicht auf Handlungs- bzw. Unternehmensstandorte abzustellen (vgl. etwa ROLF BÄR, Extraterritoriale Wirkung von Gesetzen, in: Die Schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen, Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1988, 1988, S. 3 ff., 16; BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellrecht [nachfolgend: Kommentar KG], 1996 [1. Lieferung] und 1997 [2. Lieferung], N. 38 ad Art. 2; JÖRG PHILIPP TERHECHTE, Das Internationale Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht zwischen Kooperation und Konvergenz, ZaöRV 2008, S. 689 ff., S. 727; BAETGE, a.a.O., S. 269, 298; MENG, Völkerrechtliche Zulässigkeit, a.a.O., S. 683, 748, 750, 774; ECKARD REHBINDER, Internationales Wettbewerbsrecht, Internationaler Anwendungsbereich (IntWbR/IntAnwB) in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1 EU/Teil 1, 5. Aufl., 2012, N. 13 ad IntWbR/IntAnwB; WAGNER-VON PAPP, a.a.O., N. 6 f. ad § 11; KMENT, a.a.O., S. 117; siehe auch MEESSEN, a.a.O., S. 112); andere Anknüpfungskriterien wären zu Lasten des nationalen Marktes zu leicht manipulierbar (vgl. etwa WAGNER-VON PAPP, a.a.O., N. 7 ad § 11; MEESSEN, a.a.O., S. 149 ff.). Wann allerdings die nationale Wirtschaftsordnung des Schutzes bedarf, wann m.a.W. Auswirkungen auf den schweizerischen Markt derart sind, dass Handlungsbedarf besteht, ergibt sich nicht aus einem abstrakt formulierten Auswirkungsprinzip, sondern nur aus den einzelnen *Sachnormen* (vgl. ROLF H. WEBER, A. Einleitung, Geltungsbereich und Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften, in: Kartellrecht, SIWR Bd. V/2, 2000, S. 1 ff., 41; ROLF H. WEBER/PRISKA ZEIER, Vertikale Wettbewerbsabreden nach schweizerischem Kartellrecht, in: ZWeR 2005, S. 178 ff., 179; PHILIPP ZURKINDEN, Wettbewerbsrecht, Das Kartellrecht im völker- und europarechtlichen Rahmen, in: Kronke/Melis/Schnyder [Hrsg.], Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht, 2005, N. 8 i.f. ad M; DERSELBE/BERNHARD C. LAUTERBURG, Vorbemerkung zu den Artikeln 101 bis 105 AEUV/III. Anwendung auf Unternehmen in Drittstaaten, in: Schröter/ Jakob/Klotz/Mederer [Hrsg.], Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2014, N. 105 ff. ad A.; WAGNER-VON PAPP, a.a.O., N. 52 ad § 11; ANTON K. SCHNYDER, Einleitung/Sachlicher, zeitlicher und räumlicher Geltungsbereich (G.), in: Münchner Kommentar, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht. Kartellrecht. Missbrauchs- und Fusionskontrolle, Bd. 1 Europäisches Wettbewerbsrecht, 2007 [1. Aufl.], S. 210 ff., N. 808 ff., 927 ad G.; FLORIAN WAGNER-VON PAPP/WOLFGANG WURMNEST, Einleitung/I. Sachlicher, zeitlicher und internationaler Anwendungsbereich, in: Münchner Kommentar, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht. Kar-

tellrecht. Missbrauchs- und Fusionskontrolle, Bd. 1 Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2015, N. 1489 ff., 1543 ad I.; ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER/JEIKE SCHWEITZER, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 7 Rz. 71; ähnlich SCHMIDHAUSER, a.a.O., N. 40 ad Art. 2; so auch in Bezug auf das Immaterialgüterrecht nach Art. 3 Abs. 2 KG RETO M. HILTY, Lizenzverträge und Art. 5 KG [nachfolgend: Art. 5 KG], in: Zäch [Hrsg.], Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis [nachfolgend: Das revidierte KG], 2006, S. 27 ff., 37; BGE 118 Ia 137 E. 2c i.f. S. 143). Nur diese legen fest, wann ein Verhalten die schweizerische Wirtschaftsordnung bzw. den Wettbewerb in der Schweiz beeinträchtigt und deshalb Massnahmen zu ergreifen sind (so bereits auch BGE 118 Ia 137 E. 2c i.f. S. 143). Damit sind auch die für die Beurteilung von Auswirkungen auf den schweizerischen Wettbewerbsmarkt notwendigen vertieften Abklärungen - wie etwa die Bestimmung des relevanten Marktes - verbunden (vgl. Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG] BBl 1995 I 468, 554 [nachfolgend: Botschaft KG I]; prägnant BORER, a.a.O., N. 9 ad Art. 5; siehe auch SCHMIDHAUSER, a.a.O., N. 40 ad Art. 2). Insofern will Art. 2 Abs. 2 KG lediglich klarstellen, dass auch Auslands Sachverhalte, welche sich in der Schweiz auswirken bzw. auswirken können, unter das KG fallen. Art. 2 Abs. 2 KG hat - wie dies bereits die Botschaft KG I umschrieben hat (vgl. Botschaft KG I, BBl 1995 I 533) - somit einen weiten Geltungsbereich.

3.3. Die Beschwerdeführerin will indes bereits im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG eine gewisse Intensität berücksichtigen haben. Kriterien hierfür nennt sie keine, sondern verweist generell auf die Praxis der EU und Deutschland. In der Regel sind die in der Literatur genannten Kriterien unscharf und nicht zielführend, um zu bestimmen, ob Handlungen in den Geltungsbereich fallen oder nicht (siehe etwa KMENT, a.a.O., S. 118; BAETGE, a.a.O., S. 274, 275 f., 277 [Zusammenfassung]; WAGNER-VON PAPP, a.a.O., N. 43 ff. ad § 11; OHLER, a.a.O., S. 337 f.; HERDEGEN, a.a.O., § 3 Rz. 69). Eine Berücksichtigung einer Spürbarkeit ist im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG nicht möglich: Wäre die Auffassung der Beschwerdeführerin korrekt, bedürfte es bereits bei der Beurteilung im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG einer umfassenden materiellen Prüfung und nicht nur einer rudimentären Abklärung, welche die Gefahr einer willkürlichen und rechtungleichen Behandlung in sich birgt (vgl. dazu bereits Botschaft KG I, BBl 1995 I 533; siehe auch GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl. 2013, Rz. 193). Damit würde Art. 2 Abs. 2 KG unter der Hand zu Art. 5 KG mutieren. Zu berücksichtigen ist des Weiteren, dass das Schutzgut "schweizerische Wettbewerbsordnung" nach Art. 2 Abs. 2 KG *nicht teilbar* ist; für Inlands Sachverhalte gelten die gleichen Kriterien wie für Auslands Sachverhalte; beide fallen entsprechend Art. 2 Abs. 2 KG dann unter das KG, *wenn sie sich in der Schweiz auswirken bzw. auswirken können*. Besondere Kriterien für Auslands Sachverhalte würden das Rechtsgleichheitsgebot verletzen; werden dagegen für Inlands Sachverhalte die von der Beschwerdeführerin für Auslands Sachverhalte verlangten Kriterien zugrunde gelegt, werden in der Folge mindestens *teilweise* die Art. 5 ff. KG unterlaufen und obsolet. Schliesslich spricht auch eine Konsequenz der *jurisdiction*

to prescribe gegen die Auffassung der Beschwerdeführerin: Die völkerrechtliche Gleichbehandlung der unterschiedlichen staatlichen Handlungsformen führt dazu, dass jeder staatliche Hoheitsakt einer hinreichenden Anknüpfung bedarf, wenn er über die nationalen Grenzen hinaus Wirksamkeit beanspruchen will. Unter die Kategorie der jurisdiction to prescribe fallen neben den Gesetzen auch Vollzugsakte und Urteile der Judikative (vgl. KMENT, a.a.O., S. 149; OHLER, a.a.O., S. 354; MENG, Völkerrechtliche Zulässigkeit, a.a.O., S. 715). Es ist also selbst dann, wenn - wie von der Beschwerdeführerin gefordert - bei einer ersten Prüfung im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG eine Auswirkung festgestellt würde und der Sachverhalt unter das KG fiele, das konkret zu ergehende Urteil immer noch auf seine Völkerrechtsverträglichkeit zu überprüfen.

3.4. Mit Vertrag vom 1. Februar 1982 zwischen der Beschwerdeführerin und der Gebro (Ziff. 3.2) hat sich u.a. diese gegenüber jener verpflichtet, "die Vertragsprodukte ausschliesslich in dem ihr vertraglich zustehenden Gebiet [Österreich] herzustellen und zu vertreiben und weder direkt noch indirekt Exporte in andere Länder vorzunehmen". Während der erste Teil vordergründig nur die Herstellung und den Vertrieb der Vertragsprodukte in Österreich regelt, bezieht sich der zweite Teil auf den direkten bzw. indirekten Export in andere Länder, was auch bereits mit der erwähnten Passage "ausschliesslich [...] vertreiben" des ersten Teils insinuiert wird. Unter "andere Länder" fällt auch die Schweiz. Mit dem Lizenzvertrag wird demnach der direkte und indirekte Import in die Schweiz von Elmex rot untersagt. Damit wird möglicher Wettbewerb in Bezug auf Elmex rot auf dem schweizerischen Markt unterbunden, wie die Vorinstanz und die WEKO zu Recht festhalten. Insofern sind durch das Verhalten der Beschwerdeführerin und der Gebro mögliche *Auswirkungen* auf dem Schweizer Markt gegeben (siehe auch BERNHARD RAFAEL KELLER, Kartellrechtliche Schranken für Lizenzverträge, 2004, S. 122; zustimmend BALDI/SCHRAMER, SJZ 2014, a.a.O., S. 507 f.; PATRICK L. KRAUSKOPF/SEBASTIAN D. RUSS, Lizenzverträge und Wettbewerbsrecht, in: sic! 2014, S. 753 ff., 757 Fn. 35). Der genannte Lizenzvertrag als Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG fällt somit unter das KG.

3.5. Die Beschwerdeführerin vertritt zudem die Auffassung, dass die von der Vorinstanz vorgenommene Auslegung dem Verbot der internationalen Einmischung widerspreche.

Nach der geltenden Völkerrechtslage ist es zulässig, dass sich die Regelungsbefugnis eines Staates nicht auf die Grenzen seiner Gebietshoheit, also den räumlichen Geltungsbereich, beschränkt (vgl. HANS Kelsen, Principles of International Law, 1952 (reprint 2012), S. 209 ff.; EPPING, a.a.O., N. 69 f. ad § 5; MENG, Völkerrechtliche Zulässigkeit, a.a.O., 737 ff.; ANDREAS VON ARNAULD, Völkerrecht, 2. Aufl. 2014, N. 344 f.). Die Anwendungserstreckung über den räumlichen Geltungsbereich hinaus *verbietet* das Völkerrecht nicht. Da die Völkerrechtsordnung auf dem Willen der Gemeinschaft souveräner Staaten fusst, bleiben die Staaten grundsätzlich frei, wo nichts geregelt ist (vgl. EPPING, a.a.O., N. 70 ad § 5; MENG, Völkerrechtliche Zulässigkeit, a.a.O., S. 740). Sie unterliegen allerdings völkerrechtlichen *Beschränkungen*, namentlich durch das allgemeine Prinzip des Völkerrechts, wonach

zwischen dem normierenden Staat und dem von ihm normierten Auslandssachverhalt eine *echte Verknüpfung* (*genuine link*, *sufficient connection*) vorliegen muss, mit dem der erfasste Auslandssachverhalt echt oder substantiell und hinreichend verknüpft sein muss (vgl. BÄR, a.a.O., S. 16 ff.; EPPING, a.a.O., N. 71 ad § 5; MENG, Völkerrechtliche Zulässigkeit, a.a.O., S. 740 ff.; VON ARNAULD, a.a.O. N. 345; MEESSEN, a.a.O., S. 101 ff.; ALFRED VERDROSS/BRUNO SIMMA, Universelles Völkerrecht, Theorie und Praxis, 3. Aufl. 1984, § 1183 ff.; DAHM(DELBRÜCK/WOLFRUM, a.a.O., S. 321; OHLER, a.a.O., S. 336 ff.). Das *Auswirkungsprinzip* wird völkerrechtlich als zulässiger *genuine link* betrachtet (vgl. etwa MENG, Völkerrechtliche Zulässigkeit, a.a.O., S. 743 ff.; MEESSEN, a.a.O., S. 101 ff., 171; ECKARD REHBINDER, Extraterritoriale Wirkungen des deutschen Kartellrechts, 1965, S. 47 ff.; BÄR, a.a.O., S. 17; VON ARNAULD, a.a.O. N. 345; BAETGE, a.a.O., S. 269, 272; VERDROSS/SIMMA, a.a.O., § 1188 f.; DAHM/DELBRÜCK/WOLFRUM, a.a.O., S. 324 f.; TERHECHTE, a.a.O., S. 729 ["gegenwärtige Dominanz"]), weshalb - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin - offengelassen werden kann, ob das Lotus-Urteil (Publications de la cour permanente de justice internationale, Serie A, Nr. 10 [le 7 septembre 1927], Recueil des Arrêts, Affaire du Lotus) überhaupt Grundlage für das kartellrechtliche Auswirkungsprinzip bildet. Über ein Verbot exzessiver Rechtssetzung (i.S. der jurisdiction to prescribe) durch einen Staat reicht das Völkerrecht nach dem gegenwärtigen Stand nicht hinaus. Diese Grenze ist jedenfalls noch nicht aufgrund des Umstands erreicht, dass mehrere Staaten gleichzeitig den gleichen Sachverhalt regeln (vgl. OHLER, a.a.O., S. 345; KMENT, a.a.O., S. 118). Im Gegenteil: Es ist stets möglich, dass mehrere Staaten gleichzeitig den gleichen Sachverhalt regeln. Dabei bildet Exklusivität der Zuständigkeit weder Ziel des Völkerrechts noch kann sie je nach Sachlage im Einzelfall zu allein zutreffenden Ergebnissen für die Regulierung eines internationalen Sachverhalts führen. Dies bildet einen grundlegenden Unterschied zum Privatrecht (vgl. etwa OHLER, a.a.O., S. 345 f.; EPPING, a.a.O., N. 75 ad § 5; KMENT, a.a.O., S. 72, 104 ff.; BAETGE, a.a.O., S. 286; siehe auch MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 7 Rz. 72 ff.; WERNER MENG, Neuere Entwicklungen im Streit um die Jurisdiktionshoheit der Staaten im Bereich der Wettbewerbsbeschränkungen, ZaöRV 1981, S. 469 ff., 504 f.).

Zwar statuiert das Völkerrecht gewisse Beschränkungen bei der jurisdiction to prescribe. Mit Art. 2 Abs. 2 KG verletzt - wie noch zu zeigen sein wird (E. 8.) - die Schweiz das völkerrechtliche Verbot exzessiver Rechtssetzung nicht. Angesichts dieses Umstands kann die Beschwerdeführerin aus dem Völkerrecht auch nichts zu ihren Gunsten folgern.

3.6. Inwieweit die Auslegung der Vorinstanz im Widerspruch zu Art. 96 BV und dem konkretisierenden Zweckartikel in Art. 1 KG steht, führt die Beschwerdeführerin nicht aus; es ist deshalb nicht darauf einzugehen. Hinzuweisen ist indes darauf, dass - wie dargestellt - das Auswirkungsprinzip anerkanntermassen gerade im Zweck des Kartellrechts seine ordnungspolitische Begründung erhält (siehe auch WALTHER HABSCHIED, Territoriale Grenzen der staatlichen Rechtssetzung, in: Referate und Diskussionen der 12. Tagung der Deutschen Gesellschaft für

Völkerrecht in Bad Godesberg vom 14. bis 16. Juni 1971, S. 47 ff., 59 f.).

3.7. Zusammenfassend ist festzuhalten: Bei der Beurteilung des räumlichen Geltungsbereichs eines Erlasses ist zwischen dem nationalen Recht und dem Völkerrecht zu unterscheiden. Art. 2 Abs. 2 KG stellt dabei - entsprechend dem Ziel des KG: Schutz des nationalen Wettbewerbsmarktes - lediglich klar, dass auch Auslandssachverhalte, welche sich in der Schweiz auswirken können, unter das KG fallen; die Prüfung einer bestimmten Intensität der Auswirkungen ist im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 nicht notwendig und auch nicht zulässig. Das Auswirkungsprinzip stellt grundsätzlich einen genügenden genuine link für die Regelung von Auslandssachverhalten dar. Mit Art. 2 Abs. 2 KG verletzt die Schweiz das völkerrechtliche Verbot exzessiver Rechtssetzung nicht.

4. Keine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs

4.1. Mit dem Kartellgesetz sollen nach Art. 1 volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen verhindert und damit der Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung gefördert werden. Die Durchsetzung dieses Ziels soll mit den materiellrechtlichen Bestimmungen des 2. Kapitels des KG erfolgen. Dazu gehören u.a. auch Regelungen über unzulässige Wettbewerbsabreden nach Art. 5 KG. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (vgl. Art. 4 Abs. 1 KG). Allerdings sind nicht alle Wettbewerbsabreden unzulässig i.S. von Art. 5 KG (vgl. etwa Botschaft KG I, BBl 1995 I 553, 555; BGE 129 II 18 E. 3 S. 22). *Unzulässig* sind nach Art. 5 Abs. 1 KG einerseits Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen *erheblich beeinträchtigen* und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 rechtfertigen lassen, sowie andererseits Abreden, die zur *Beseitigung* wirksamen Wettbewerbs führen. In diesem Fall ist eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ausgeschlossen (vgl. Botschaft KG I, BBl 1995 I 555; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 439; RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2011, § 21 N. 40; BORER, a.a.O., N. 3, 28, 44 ad Art. 5; ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2013, Rz. 2.176; BGE 129 II 18 E. 3 S. 23).

Die *Beseitigung* wirksamen Wettbewerbs kann zum einen direkt nachgewiesen werden; sie kann sich zum anderen auch über die vom Gesetzgeber in Art. 5 Abs. 3 KG aufgelisteten Tatbestände für horizontale bzw. über die von ihm in Art. 5 Abs. 4 KG für vertikale Abreden vorgesehenen Tatbestände ergeben, bei denen vermutet wird, dass wirksamer Wettbewerb beseitigt wird. Der Vermutungsmechanismus von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG führt dazu, dass sich die Beurteilung von Einzelfällen auf zwei Fragen konzentriert (vgl. WALTER A. STOFFEL, Wettbewerbsabreden, in: Kartellrecht, SIWR Bd. V/2, 2000, S. 55 ff., 115; Botschaft KG I, BBl 1995 I 565; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 448; YVO HANGARTNER, Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen durch vertikale Abreden, in: sic! 2005

[nachfolgend: sic! 2005], S. 609 ff., 610; WEBER/ZEIER, a.a.O., S. 183): zunächst auf die Frage des Vorliegens des Vermutungstatbestands, also des Tatbestands von Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG; sodann auf die Frage der Widerlegung der Vermutung, d.h. auf die Frage, ob trotz Vorliegens des Vermutungstatbestands im konkreten Fall wirksamer Wettbewerb besteht, was durch genügenden Innen- (Handlungsfreiheit *der an der Wettbewerbsabrede Beteiligten* ist nicht beschränkt) oder genügenden Aussenwettbewerb (Handlungsfreiheit *eines durch die Abrede betroffenen Dritten* ist nicht beschränkt) zu erbringen ist (BGE 129 II 18 E. 8.1 S. 35; Botschaft KG I, BBl 1995 I 565 i.V.m. 556; ANDREA DOSS, Vertikalabreden und deren direkte Sanktionierung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, 2009, Rz. 216 ff., 220 ff.; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 487, siehe auch N. 476 f., 478 ff.; BORER, a.a.O., N. 30 ad Art. 5; a.a.O., Rz. 2. WEBER/VOLZ 272 ff.; Botschaft KG I, BBl 1995 I 565).

4.2. Eine *Beseitigung* wirksamen Wettbewerbs liegt nicht vor: Vor Bundesgericht - wie auch bereits vor Vorinstanz - ist die Widerlegung der Vermutung nach Art. 5 Abs. 4 KG unbestritten. Eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs durch einen direkten Nachweis ist nicht erbracht und auch nicht reklamiert worden; sie ist auch sonst wie nicht ersichtlich. Ob im Rahmen der Widerlegung der Vermutung nach Art. 5 Abs. 4 KG Aussenwettbewerb nur durch genügend *Intrabrand*-Wettbewerb nachgewiesen werden kann (vgl. ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 476; DOSS, a.a.O., Rz. 247; HANGARTNER, sic! 2005, S. 611; ADRIAN KÜNZLER, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit, 2008, S. 387; HILTY, Art. 5 KG, a.a.O., S. 47 f., 70) oder daneben auch der *Interbrand*-Wettbewerb zu berücksichtigen ist, kann hier deshalb offengelassen werden.

5. Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf einem Markt

Führt die Abrede zu keiner Beseitigung wirksamen Wettbewerbs, so ist zu prüfen, ob sie den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen nach Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigt (vgl. etwa WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.308, 2.313; HÄNNI/STÖCKLI, a.a.O., N. 222). Trifft dies zu, so ist in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob die Abrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann (Art. 5 Abs. 2 KG; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.310; HÄNNI/STÖCKLI, a.a.O., N. 222; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, a.a.O., § 20 Rz. 42). Zunächst ist allerdings zu beantworten, was mit *erheblich* gemeint ist (E. 5.1 - 5.3) und was beeinträchtigen heisst (E. 5.4). Schliesslich muss die erhebliche Beeinträchtigung auf einem *Markt* erfolgen (E. 5.5).

5.1. Erheblichkeit: Auslegung des Begriffs

5.1.1. Der *Wortlaut* der Begriffe "erheblich", "notable" und "notevole" erschliesst für sich genommen noch nicht, was sie bedeuten; immerhin lässt sich - vor allem aus den Begriffen der romanischen Sprachen - folgern, dass bereits ein geringes Mass für eine Erheblichkeit genügend ist (vgl. ANDREAS HEINEMANN, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, Jusletter vom 29. Juni 2015 [nachfolgend: Erheblichkeit], Rz. 10, 12 = in: Hochreutener/Stoffel/ Amstutz (Hrsg.), Grundlegende Fragen zum Wettbewerbsrecht, 2016, S. 7 ff., 11

f.; zum Ganzen auch RALF MICHAEL STRAUB, Die Erheblichkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen, AJP 2016, 559 ff., S. 561).

5.1.2. Näheren Aufschluss über die intendierte Bedeutung der Begriffe gibt in allen Sprachen die Botschaft KG I (BBl 1995 I 554; FF 1995 I 472 ff., 551; FF 1995 I 389 ff., 443). Sie bezeichnet das Kriterium der Erheblichkeit ausdrücklich als *Bagatellklausel*: "Von den materiellen Bestimmungen des Gesetzesentwurfs soll nicht jede geringfügige Beeinträchtigung des Wettbewerbs erfasst werden. Mit Bagatellen sollen sich die Wettbewerbsbehörden nicht beschäftigen müssen. In einem ersten Schritt sind folglich die unerheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigungen auszuschneiden." Etwas später im Text folgt sodann ein ausdrücklicher Hinweis auf die Erheblichkeits- und Spürbarkeitskriterien ausländischer Kartellgesetze (Botschaft KG I, BBl 1995 554), womit vor allem auf das Spürbarkeitskriterium des EU-Rechts Bezug genommen wird (vgl. Botschaft KG I, BBl 1995 554 i.V.m. 531; siehe etwa auch HEINEMANN, Erheblichkeit, a.a.O., Rz. 11 bzw. S. 12; MARINO BALDI, "Zweimal hü und zweimal hott" beim Schweizer Kartellgericht. Nach dem Altimur-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zur Erheblichkeit, AJP 2016 [nachfolgend: "hü und hott"], 315 ff., 319; PATRICIA M. HAGER/ANGELIKA S. MURER, Wie hast du's mit der Erheblichkeit? Zur kartellrechtlichen Gretchenfrage vor dem Bundesgericht, recht 2015, S. 197 ff., 205). Gestützt auf das *historische* Auslegungselement lässt sich folgern, dass das Kriterium der Erheblichkeit die Verwaltung entlasten soll und an gleichläufige Kriterien anderer Rechtsordnungen, insbesondere des EU-Rechts, anknüpft.

5.1.3. Aus *systematischer Sicht* sind zwei Aspekte - ein gesetzessystematischer und ein inner-Art. 5-systematischer - hervorzuheben: Im ersten Abschnitt des zweiten Kapitels werden die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen geregelt, welche unzulässige Abreden (Art. 5 KG) und unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG) sind. Während für diese ausdrücklich eine marktbeherrschende Stellung verlangt wird, fehlt ein solcher Hinweis für jene. Dass dies nicht auf einem Versehen beruht, bestätigen auch die Begriffsbestimmungen (Art. 4 KG): Die Qualifikation eines Unternehmens als marktbeherrschend erfüllt für Art. 7 KG dieselbe Funktion als *Aufgreifkriterium* wie dies die Erheblichkeit für Art. 5 KG leistet (vgl. KÜNZLER, a.a.O., S. 347). Insofern bedarf es für die Prüfung von Abreden nach Art. 5 Abs. 1 KG nicht nur keiner marktbeherrschenden Stellung oder Marktmacht (vgl. BORER, a.a.O., N. 19 ad Art. 5; STRAUB, a.a.O., S. 562). Vielmehr wäre das Abstützen auf eine solche Stellung gesetzeswidrig und damit unzulässig. Art. 5 Abs. 1 und 2 KG unterscheiden sodann klar zwischen erheblicher Beeinträchtigung und Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz. Insofern kann in der Erheblichkeitsprüfung nicht bereits die Effizienzprüfung enthalten sein, weshalb Art. 5 Abs. 1 erster Halbsatz KG eine auf volkswirtschaftliche Wirkung abstellende Erheblichkeitsprüfung nicht zulässt; die gesetzlich vorgesehene Effizienzprüfung würde keinen Sinn mehr ergeben (vgl. MARINO BALDI/JÜRGEN BORER, Das neue schweizerische Kartellgesetz - Bestimmungen über Wettbewerbsabreden und marktbeherrschende Unternehmen, WuW 1998, S. 343 ff., S. 349; BORER, a.a.O., N. 19, 46 i.i. ad Art. 5; MARINO BALDI/FELIX SCHRANER, 20 Jahre

- und kein bisschen weiter? Zum wettbewerbspolitischen Verständnis von Art. 5 Kartellgesetz, AJP 2015 [nachfolgend: 20 Jahre], S. 1529 ff., S. 1535; so auch KÜNZLER, a.a.O., S. 345).

5.1.4. Zweck der Regelung von Art. 5 Abs. 1 KG bildet zunächst die Aussonderung unerheblicher Fälle von erheblichen Fällen, um damit die Verwaltung zu entlasten (vgl. Botschaft KG I, BBl 1995 I 554). Dies rechnet sich für die Verwaltung indes nur dann, wenn das Abgrenzungskriterium einfach ist. Anders zu entscheiden würde mangels vorhandener Kriterien keine Entlastung für die Behörde bedeuten, was sich offensichtlich auch in der älteren Praxis der WEKO zeigt. Insofern kann die Vornahme einer umfassenden und differenzierten Beurteilung von Wettbewerbsabreden im Einzelfall anhand des Erheblichkeitsmerkmals vom Gesetzgeber nicht vorgesehen sein (vgl. STRAUB, a.a.O., S. 564). Dafür spricht auch, dass nach Art. 6 KG nur für die Effizienzprüfung konkretisierende Vorschriften zu erlassen sind. Das Kartellgesetz ist sodann dem Schutz wirksamen Wettbewerbs verpflichtet; Schutzobjekt ist der wirksame Wettbewerb (vgl. Botschaft KG I, BBl 1995 I 511 ff.; z.B. BORER, a.a.O., N. 18 ff. ad Art. 1; BALDI/SCHRANER, 20 Jahre, a.a.O., S. 1531). Dieser ist entsprechend Art. 5 KG zentraler Prüfungsmaßstab und Markstein für die Beurteilung von Wettbewerbsabreden (BORER, a.a.O., N. 18 ad Art. 1; BALDI/BORER, a.a.O., S. 344). Demzufolge steht bei der Beurteilung von Wettbewerbsabreden nach Art. 5 KG die Wirkung auf den Wettbewerb und nicht die volkswirtschaftliche Bedeutung einer Beeinträchtigung im Fokus; eine auf volkswirtschaftliche Wirkung abstellende Erheblichkeitsprüfung ist demnach nicht zulässig (vgl. BORER, a.a.O., N. 19 ad Art. 5; BALDI/BORER, a.a.O., S. 349; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 397).

5.1.5. Aus Art. 96 BV lassen sich in Bezug auf die Funktion der erheblichen Beeinträchtigung keine Schlüsse ziehen, denn der Verfassung muss nicht das Kriterium für sich genügen, sondern das Zusammenspiel von Art. 5 Abs. 1 und 2 KG gerecht werden.

5.1.6. *Zusammenfassend ergibt* sich folgendes: Der Wortlaut gibt keine Anhaltspunkte, wie der Begriff der Erheblichkeit zu verstehen ist; immerhin lässt sich folgern, dass schon ein geringes Mass ausreichend ist, um als erheblich qualifiziert zu werden. Nach dem historischen Auslegungselement ist das Kriterium der Erheblichkeit eine *Bagatellklausel*. Sowohl das systematische als auch das teleologische Element bestätigen dies.

5.2. Erheblichkeit: Materieller Gehalt

Zu beantworten bleibt noch, wie der Begriff der Erheblichkeit inhaltlich zu füllen ist oder m.a.W. wann die Bagatellschwelle erreicht ist.

5.2.1. Aus der bisherigen Auslegung kann Folgendes mitgenommen werden: Mit der Erheblichkeitsschwelle soll die Verwaltung entlastet werden, was mit einer umfassenden und differenzierten Beurteilung nicht erfolgen kann, wozu im Übrigen auch die verfassungsrechtlich verlangten Konkretisierungen fehlen. Insofern ist eine quantitative, auf ökonomische Modelle abgestützte Methode zur Bestimmung von Marktanteilen oder Umsätzen weniger geeignet, die Aufgreifschwelle in der gebotenen zeitlichen

Kürze zu bestimmen (so auch ANJA WALKER, *Globalisierungstaugliches Schweizer Kartellrecht*, Jusletter 10. Februar 2014 C.III. [ohne Rz.]). Bereits aus der bisherigen Auslegung folgt demnach, dass *qualitative Kriterien*, die sich aus dem Gesetzestext ableiten lassen, zu bevorzugen sind.

5.2.2. Anerkannt ist, dass die Erheblichkeitsschwelle mit quantitativen und mit qualitativen Kriterien bestimmt werden kann (vgl. BGE 129 II 18 E. 5.2.1 S. 24). Daraus folgt indes keineswegs, dass es sowohl einer quantitativen als auch einer qualitativen Erheblichkeit bedarf. Vielmehr verlangt Art. 5 Abs. 1 KG, der nur von "erheblich beeinträchtigen" spricht und nicht zwischen zwei Erheblichkeiten unterscheidet, nur *eine Erheblichkeit* (vgl. BALDI, "hü und hott", a.a.O., S. 319; STRAUB, a.a.O., S. 567). Diese kann zwar sowohl quantitativ als auch qualitativ bestimmt werden, doch bleibt die zu *erreichende Güte zur Bestimmung der Aufgreifschwelle* in einem Fall insgesamt gleich. Ist deshalb das qualitative Element sehr gewichtig, so bedarf es kaum eines quantitativen Elements. Gibt es demgegenüber keine qualitativen Elemente oder nur solche mit geringem Gewicht, so ist die Erheblichkeitsschwelle (vor allem) durch quantitative Elemente zu bestimmen. Quantitative und qualitative Erheblichkeit verhalten sich demnach wie zwei kommunizierende Röhren.

5.2.3. Zur näheren Konkretisierung des Inhalts der Erheblichkeit ist aus *historischer Sicht* auf die parlamentarischen Debatten zur Änderung des Kartellgesetzes in den Jahren 2002 und 2003 zu verweisen. So hat die NR Kommissionssprecherin FÄSSLER im Rahmen der Debatte zum vorgeschlagenen Art. 5 Abs. 4 KG darauf hingewiesen, dass "die WEKO [...] in ihrer Bekanntmachung vom 19. Februar 2002 zwar aufgeführt [habe], was sie in diesem Bereich als erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen erachtet. Wenn nun die Vertikalabsprachen nicht ins Kartellgesetz aufgenommen würden, dann könnten auch keine direkten Sanktionen dagegen ergriffen werden" (AB N 2002 1440). Auch MEIER-SCHATZ hat verlangt, dass "die gesetzliche Verankerung der Bekanntmachung der WEKO im Bereich der Vertikalabsprachen [zu erfolgen habe]. [...] Wichtig ist, dass wir in diesem Bereich [scil. Vertikalabsprachen], und zwar explizit, den Wettbewerb zulassen und Preisbindungen und Marktabschottungen verhindern" (AB N 2002 1295). Sowohl Bundesrat COUCHEPIN als auch Bundesrat DEISS nehmen ausdrücklich Bezug auf die Ausführungen der VertBek 2002 (Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 18. Februar 2002 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden [VertBek 2002]; BBl 2002 3895) *zur Erheblichkeit aufgrund des Gegenstandes* und konstatieren, dass für vertikale Abreden somit Rechtssicherheit bestünde (AB N 2002 1298 bzw. AB S 2003 323). Auch haben die Parlamentarier in verschiedenen Voten *ausdrücklich* auf gewisse *Gegenstände von Abreden*, wie etwa den absoluten Gebietsschutz (z.B. SCHIESSER und BÜTTIKER, AB S 2003 329 bzw. 330), Bezug genommen, die in jedem Fall nicht toleriert werden können. Insofern folgt aus dem mehrfach explizit oder implizit geäußerten Willen, die VertBek 2002 *materiell* ins Gesetz zu übernehmen, dass gewisse Abreden *bereits aufgrund ihres Gegenstandes erheblich* (vgl. Ziff. 3 VertBek 2002) sind. Bereits 1995 ging auch der Bundesrat davon aus, dass nach

Widerlegung der Vermutung einer Beseitigung des Wettbewerbs in der Regel eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt (vgl. Botschaft KG I, BBl 1995 I 566).

5.2.4. Aus *systematischer Sicht* ist vor allem auf Art. 5 Abs. 3 und 4 KG zu verweisen. Danach sind Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen, über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen oder über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern (Abs. 3) und Abreden über Mindest- oder Festpreise sowie Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (Abs. 4), *besonders schädlich*, da der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, dass diese vermutungsweise den wirksamen Wettbewerb beseitigen. Die Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs ändert an der Qualifikation der Abrede nichts, denn die Widerlegung der Vermutung bezieht sich aufgrund des geglückten Haupt- bzw. des missglückten Gegenbeweises nicht auf die Abrede (als Vermutungsbasis) selbst, sondern lediglich auf den wirksamen Wettbewerb, da nachzuweisen (Beweis des Gegenteils) ist, dass *trotz der Abrede* wirksamer Wettbewerb besteht. Ändert die Widerlegung der Vermutung somit nichts an der Qualifikation der Abrede, so sind die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführten Abreden notwendigerweise nach wie vor besonders schädlich: die besonders schädliche Qualität bleibt bestehen (in diesem Sinn auch FREDY GUJER, *Parallelimporte patentrechtlich geschützter Güter - missbräuchliche Zustimmungsverweigerung des Schutzrechtsinhabers*, 2005, 135; KÜNZLER, a.a.O., S. 347). Da die Qualität der Schädlichkeit der Abrede sich auf die Folgen auswirkt (beeinträchtigen bzw. beseitigen), sind somit die besonders schädlichen Abreden, die zu einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führen können, notwendigerweise auch solche, die zu einer erheblichen Beeinträchtigung führen können (in diesem Sinne auch KÜNZLER, a.a.O., S. 347 f.; siehe auch GUJER, a.a.O., S. 134 f.; WEBER/ZEIER, a.a.O., S. 191, 192; BALDI/SCHRANER, SJZ 2014, a.a.O., S. 510; ZÄCH, *Kartellrecht*, a.a.O., N. 395, 397; WALKER, a.a.O.; BORER, a.a.O., N. 44 ad Art. 5). Dies bestätigt auch die Auslegung von Art. 49a Abs. 1 KG (siehe E. 9.4).

Neben der Entlastung der Verwaltung bezweckt Art. 5 KG auch eine Erleichterung der "Kontrolle[n] der Wettbewerbsabreden" (Botschaft KG, BBl 1995 I 564). Aus diesen Gründen ist es naheliegend, dass vom Gesetzgeber getroffene, *grundsätzliche* materielle Einschätzungen auf keiner Abarbeitungsstufe unbeachtet bleiben sollen. Gleichzeitig wird damit im Übrigen auch Rechtssicherheit gewonnen. Unternehmen wissen aufgrund des Gegenstands ihrer Abrede, ob sie unter den Tatbestand von Art. 5 Abs. 1 KG fallen.

5.2.5. *Zusammenfassend* ergibt sich somit: Bereits aus der Bedeutung des Erheblichkeitskriteriums folgt, dass qualitative Kriterien, die sich aus dem Gesetzestext ableiten lassen, zu bevorzugen sind. Das historische Auslegungselement bestätigt dies, insbesondere dadurch, dass explizit oder implizit mehrfach der Wille geäußert wurde, die VertBek 2002 *materiell* ins Gesetz zu übernehmen. Damit sind gewisse Abreden *grundsätzlich bereits aufgrund ihres Gegenstandes erheblich*. Unbestritten waren

in jedem Fall die in Art. 5 Abs. 4 KG aufgelisteten Abreden. Bereits 1995 hat der Bundesrat zudem ausgeführt, dass die Abreden im Vermutungstatbestand in der Regel erheblich sind. Sowohl das *systematische* als auch das *teleologische Auslegungselement* führen ebenfalls zum Schluss, dass die in Art. 5 Abs. 3 und 4 aufgeführten besonders schädlichen Abreden in der Regel die Erheblichkeitsschwelle erreichen. Wo genau die Erheblichkeitsschwelle bei Wettbewerbsbeeinträchtigungen liegt, welche nur oder vorwiegend mit quantitativen Elementen bestimmt werden kann, braucht im vorliegenden Fall nicht beantwortet zu werden.

5.3. Rügen der Beschwerdeführerin

Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, vermag, soweit es nicht bereits aufgrund der Auslegung obsolet geworden ist, nicht zu überzeugen.

5.3.1. Mit dieser Auslegung wird kein Teilkartellverbot geschaffen. Die strittige Abrede ist nicht bereits mit der Feststellung, dass sie erheblich ist, unzulässig. Sie ist es erst dann, wenn sie sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz i.S. von Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen lässt.

5.3.2. Zwar trifft es zu, dass vertikale Abreden je nach Kontext wettbewerbsintensivierende oder wettbewerbsbeschränkende Wirkung haben können (in Bezug auf Technologietransfer-Vereinbarungen vgl. z.B. ANDREAS FUCHS, F. Verordnung (EG) Nr. 772/2004 der Kommission vom 27. April 2004 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarung [TT-GVO], in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O., S. 1425 ff., N. 7 ad Einl. TT-GVO; BECHTOLD/BRINKER/HIRSBRUNNER, EG-Kartellrecht, Kommentar, 2. Aufl. 2009, S. 590 f. Rz. 1; allgemein vgl. etwa ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 361; RETO M. HILTY/ALFRED FRÜH, Potenzial und Grenzen der Revision von Art. 5 KG, in: Zäch/Weber/Heinemann [Hrsg.], Revision des Kartellgesetzes. Kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler, 2012, S. 81 ff., 87; ADRIAN KÜNZLER/RETO A. HEIZMANN, Art. 5 Abs. 4 des schweizerischen Kartellgesetzes im Lichte der Leegin-Entscheidung des U.S. Supreme Court, in: Weber/Heinemann/Vogt [Hrsg.], Methodische und konzeptionelle Grundlage des Schweizer Kartellrechts im europäischen Kontext, 2009, S. 133 ff., 138 ff., 140 ff., 142 ff., 147 f. [mehrheitlich wettbewerbschädliche Wirkung]). Indem die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG erfassten Abreden grundsätzlich erheblich sind, wird indes eine Einzelfallbeurteilung nicht erheben möglich. Eine solche erfolgt im Rahmen der Effizienzprüfung, wo auch beurteilt werden kann, ob eine wettbewerbsbeschränkende Abrede im Ergebnis positive Wirkungen hat (vgl. RETO M. HILTY/ALFRED FRÜH, Vertikalvereinbarungen im schweizerischen Kartellrecht - übersehene Probleme einer volkswirtschaftlichen Insel, sic! 2010, S. 877 ff., 882 f; BALDI/SCHRANER, SJZ 2014, a.a.O., S. 510; BORER, a.a.O., N. 46 ad Art. 5).

5.3.3. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin erfolge mit dem vorinstanzlichen Urteil eine rechtswidrige Praxisänderung: eine Änderung der Praxis der WEKO. Die Beschwerdeführerin nimmt dabei Bezug auf die VertBek 2010 (Vertikalbekenntmachung vom 28. Juni 2010, BBl 2010 5078), um auszuführen, dass diese anwendbar sei und für die Bestimmung der Erheblichkeit immer "sowohl

qualitativ wie auch quantitative Kriterien" zu berücksichtigen seien (Ziff. 12 Abs. 1 erster Satz).

Dazu ist Mehrfaches zu bemerken: *Erstens* ist aus intertemporalrechtlicher Sicht die VertBek 2002 anwendbar. Entsprechend dem hier analog anwendbaren *Hauptsatz des intertemporalen Rechts* wirken Rechtssätze für die zur Zeit ihrer Geltung sich ereignenden Sachverhalte (vgl. ALFRED KÖLZ, Intertemporales Verwaltungsrecht, ZSR 1983 II 101 ff., 160 und 204; siehe auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 293; BGE 140 V 136 E. 4.2.1 i.i. S. 139; ähnlich Ziff. 19 VertBek 2010). Das zu beurteilende Verhalten der Beschwerdeführerin dauerte nur bis zum 1. September 2006 und die VertBek 2010 trat erst am 1. August 2010 in Kraft.

Zweitens bilden die Bekanntmachungen die *Praxis der WEKO* ab und stellen eine Verwaltungsverordnung dar (siehe dazu etwa BORER, a.a.O. N. 3 ad Art. 6; RENÉ WIEDERKEHR/PAUL RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts 2012, Rz. 459 m.w.H.; zu Rundschreiben der FINMA siehe BGE 141 II 103 E. 3.5 S. 108). Insofern stellt gerade eine Änderung einer Bekanntmachung eine Praxisänderung dar, die nur unter besonderen Bedingungen überhaupt möglich ist (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, Rz. 517).

Drittens - als wichtigster Punkt - verkennt die Beschwerdeführerin, dass weder die Vorinstanz noch das Bundesgericht bei der Auslegung und Anwendung von Rechtsnormen an die Praxis der Verwaltungsbehörden gebunden ist, andernfalls der verfassungsrechtlich gewährleistete Rechtsschutz auf richtige Anwendung des Rechts unterlaufen würde. Die Gerichte sind unter gewissen Voraussetzungen lediglich an ihre eigene Praxis gebunden (vgl. etwa THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, Rz. 361). Insofern ist die Verwaltungsverordnung für die richterliche Auslegung nicht bindend (siehe BGE 136 II 415 E. 1.1 S. 417; WIEDERKEHR/RICHLI, a.a.O., Rz. 459 m.w.H.).

5.3.4. Zur Begründung ihres Entscheids hat die Vorinstanz infolge des Normsinns auf die gleiche Rechtslage in der Europäischen Union verwiesen. Die Beschwerdeführerin macht dazu geltend, dass dies nicht überzeuge, da das Schweizerische Recht auf dem Missbrauchs-, das EU-Recht dagegen auf dem Verbotsprinzip aufbaue.

Diese Auffassung ist missverständlich: Aus Art. 96 BV folgt lediglich, dass nicht die Wettbewerbsbeschränkung als solche, sondern Missbräuche und Auswüchse - wie im Übrigen auch bei anderen Verfassungsbestimmungen (z.B. Art. 119, 120 BV) - bei der Praktizierung von Wettbewerbsbeschränkungen bzw. der Missbrauch der Wirtschaftsfreiheit der Bezugspunkt der Kartellgesetzgebung sind, wobei diese Begriffe objektiv zu verstehen sind (vgl. RENÉ RHINOW/GIOVANNI BIAGGINI, Verfassungsrechtliche Aspekte der Kartellgesetzrevision, in: Zäch/Zweifel [Hrsg.], Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsreform 1995, S. 93 ff., 102 f.; RENÉ RHINOW/ANDRÁS A. GUROVITS, Gutachten über die Verfassungsmässigkeit der Einführung der direkten Sanktionen im Kartellgesetz zuhanden des Generalsekretariats des EVD, RPW 2001, S. 592 ff., 606; ANDREAS HEINEMANN, Konzeptionelle Grundlagen des Schweizer und EG-Kartellrechts im Ver-

gleich, in: Weber/Heinemann/Vogt [Hrsg.], a.a.O. [nachfolgend: Grundlagen], S. 43 ff., 46, 67). Aus Art. 96 BV folgt im Interesse der Verhinderung der in Absatz 1 genannten volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen kein "Verbot der Verbotsgesetzgebung" (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.1.1 S. 67; RHINOW/BIAGGINI, a.a.O., S. 109; HEINEMANN, Grundlagen, a.a.O., 47; HILTY/FRÜH, Potenzial, a.a.O., S. 99). Verbote von schädlichen Verhaltensweisen sind durchaus zulässig (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.1.1 S. 67), was der Gesetzgeber u.a. in Art. 5 Abs. 1 und 7 Abs. 1 KG legiferiert hat: Gewisse Abreden und gewisses Verhalten sind von Gesetzes wegen unzulässig. Mit der direkten Sanktionierung nach Art. 49a KG von Verstössen gegen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG und von Verhalten nach Art. 7 KG werden die verfassungsrechtlichen Vorgaben respektiert.

In der Sache selbst trifft die Auffassung der Beschwerdeführerin ebenfalls nicht zu. Zunächst ist festzuhalten, dass sich das schweizerische und das europäische Recht in den letzten Jahren angenähert haben (vgl. etwa ZÄCH, Kartellgesetz, a.a.O., N. 129, 347; WALTER A. STOFFEL, Systeme des schweizerischen Wettbewerbsrecht/Kartellrecht, in: Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. IX, 2005, S. 4 ff., 19 [Rz. 1.46]; HEINEMANN, Grundlagen, a.a.O., S. 50, 55, 57 f.; HILTY/FRÜH, Potenzial, a.a.O., S. 99). In Bezug auf vertikale Abreden verkennt die Beschwerdeführerin sodann, dass der *Wertungsgehalt* der Vertikalabreden im KG mit demjenigen im europäischen Recht praktisch deckungsgleich ist, auch wenn der Regelungsmechanismus nicht derselbe ist (vgl. etwa OECD, The role of competition policy in regulatory reform, 2006, S. 12; PATRICK L. KRAUSKOPF/ANDREA GRABER, Die neue Vertikalbekanntmachung - Ein Leitfaden für Praktiker, sic! 2008, S. 781 ff., 790 f., 798; MARTENET/HEINEMANN, a.a.O., S. 92; HILTY/FRÜH, sic! 2010, a.a.O., S. 882 f., 885 f. mit dem prägnanten Prüfungsschema; KÜNZLER, a.a.O., S. 339; PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: BSK KG, a.a.O., N. 167, 172 ff., 178 ad Art. 5; DOSS, a.a.O., Rz. 243 f.; DUCREY, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 1413).

Fehl geht auch der Bezug zur amerikanischen *rule of reason*, mit der in Ermangelung ausführlicher gesetzlicher Bestimmungen das weitreichende Kartellverbot des Sherman Act (Per-se Verbot) auf ein vernünftiges Mass reduziert werden sollte (vgl. HILTY/FRÜH, sic! 2010, a.a.O., S. 882; KÜNZLER/HEIMANN, a.a.O., S. 145). Das schweizerische Kartellrecht soll sich - wie noch darzulegen sein wird (E. 6.2.3) - bei vertikalen Abreden am EU-Recht orientieren, das die Einschränkungen durch das Zusammenspiel von Art. 81 Abs. 1 und 3 EGV bzw. Art. 101 Abs. 1 und 3 AEUV rechtssatzmässig ausformuliert hat (siehe z.B. JOSEF DREXL, Die neue Gruppenfreistellungsverordnung über Technologietransfer-Vereinbarungen im Spannungsfeld von Ökonomisierung und Rechtssicherheit, in GRUR Int. 2004, 716 ff., 717 m.w.H.) und eine *rule of reason* explizit nicht übernommen hat (vgl. HILTY/FRÜH, sic! 2010, a.a.O., S. 882). Insofern bringt der Hinweis auf die *rule of reason* für den vorliegenden Zusammenhang keine weiterführenden Erkenntnisse.

5.3.5. Die Beschwerdeführerin vertritt sodann die Auffassung, dass das Auslegungsergebnis, wonach vertikale Abreden, die einen absoluten Gebietsschutz vorsehen, als

erheblich gelten, gegen Verfassungsrecht verstossen würden: sie moniert eine Verletzung von Art. 96 BV, des Gewaltenteilungsprinzips und des Grundrechts der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV).

Bei der Auslegung des Kartellgesetzes sind u.a. auch die Verfassungsbestimmungen zu berücksichtigen - wie die Beschwerdeführerin zu Recht ausführt. Allerdings ist dabei nicht nur Art. 96 BV, der eine Kompetenzbestimmung mit einer materiellen Direktive darstellt, zu berücksichtigen, sondern die gesamte Verfassung, insbesondere neben Art. 96 BV auch Art. 27 i.V.m. Art. 36 BV bzw. Art. 27 i.V.m. Art. 35 BV (siehe dazu statt aller YVO HANGARTNER, Revision des Kartellgesetzes: Mühe mit der individuellen Wirtschaftsfreiheit, AJP 2012, S. 439 ff., 440 f.). Der Gesetzgeber hat mit seinen kartellrechtlichen Bestimmungen einer Grundrechtsverwirklichung nach Art. 35 Abs. 3 BV und einer Eingriffsrechtfertigung nach Art. 36 Abs. 2 BV (Schutz von Grundrechten Dritter) Rechnung getragen, was die Beschwerdeführerin bei ihrer Rüge einer Verletzung des Grundrechts der Wirtschaftsfreiheit verkennt. Dabei sind auch Verbote zulässig (vgl. etwa RHINOW/GUROVITS, a.a.O., z.B. S. 603, 607; HEINEMANN, Grundlagen, a.a.O., z.B. S. 58), was sich etwa in Art. 5 Abs. 1 KG manifestiert.

Angesichts des Umstandes, dass die Ausführungen wenig konkret sind, sondern sich vielmehr auf die Rechtssetzung beziehen, ist nicht ersichtlich, inwiefern eine Verletzung der monierten Verfassungsbestimmungen gegeben sein soll. Das Nämliche trifft auch auf die Rüge einer Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips zu. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin sind auch wenig zielführend, da sie von der falschen Prämisse ausgeht, dass die Vorinstanz eigenmächtig ein Verbot geschaffen und insofern das Gewaltenteilungsprinzip verletzt habe. Da diese Prämisse nicht zutrifft, gehen die Ausführungen der Beschwerdeführerin an der Sache vorbei.

5.4. Beeinträchtigung

5.4.1. Damit Abreden unter den Tatbestand von Art. 5 Abs. 1 KG fallen, ist es zudem erforderlich, dass sie "den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen [...] *beeinträchtigen* [...]" Anders ist die Formulierung in Art. 4 Abs. 1 KG: Danach gelten als Wettbewerbsabreden gewisse Handlungen, "die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken". Sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Lehre, soweit sie sich dazu überhaupt äussert, ist umstritten, welche Anforderungen an die "Beeinträchtigung" nach Art. 5 Abs. 1 KG zu stellen sind.

5.4.2. Die Beschwerdeführerin vertritt die Auffassung, dass eine tatsächliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs notwendige Voraussetzung sei, was in der Lehre beispielsweise auch MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON/MANI REINERT (in: Martenet/Bovet/Tercier, a.a.O., N. 20 f. ad Art. 5 LCart) fordern. Mehrheitlich vertritt die Lehre indes den Standpunkt, dass es auf den tatsächlichen Eintritt einer Beeinträchtigung *nicht* ankommt, sondern ein Potential zur Beschränkung des Wettbewerbs ausreicht (vgl. etwa KRAUSKOPF/SCHALLER, in: BSK KG, a.a.O., N. 3, 5 [zweites Lemma] ad Art. 5; BORER, a.a.O., N. 8 ad Art. 5; MARINO BALDI/FELIX SCHRANER, Die kartellrechtlichen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Fall "Baubeschlüsse" - revisionistisch oder nur beiläufig falsch?, AJP

2015 [nachfolgend: Baubeschläge], 269 ff., S. 276; BALDI/SCHRANER, 20 Jahre, a.a.O., S. 1531; HEINEMANN, Erheblichkeit, a.a.O., Rz. 48 bzw. S. 25). Art. 4 Abs. 1 KG ist eine Legaldefinition (vgl. HEINEMANN, Erheblichkeit, a.a.O. Rz. 39 bzw. S. 22). Legaldefinitionen haben die Funktion, Begriffe so zu definieren, dass sie im ganzen Erlass einheitlich in einem bestimmten Sinn verwendet werden können; sie regeln somit einen Sprachgebrauch für den ganzen Erlass (vgl. MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 355). Insofern wird damit auch für Art. 5 Abs. 1 KG klargestellt, dass auch der *potentielle Wettbewerb* geschützt werden soll (BORER, a.a.O., N. 8 ad Art. 5). Dies stützt zudem eine systematische und verfassungskonforme Auslegung: Mit Vereinbarungen und nicht erst mit der Praktizierung der Abredetypen nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG wird ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit geschaffen, das "volkswirtschaftlich oder sozial schädlich" für das Funktionieren des normalen Wettbewerbs ist (i.S. von Art. 96 BV und Art. 1 KG). Aus diesem Grund sind solche Abreden im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 KG näher zu prüfen (vgl. HEINEMANN, Erheblichkeit, a.a.O. Rz. 46 ff. bzw. S. 24 f.). Es genügt somit, dass Abreden den Wettbewerb potentiell beeinträchtigen können.

Insofern zielen die Ausführungen der Beschwerdeführerin, die zum einen auf fehlende tatsächliche Auswirkungen und zum anderen auf eine angeblich nicht erfolgte Umsetzung der Abrede rekurriert, an der Sache vorbei.

5.5. Relevanter Markt

Zu erörtern bleibt schliesslich noch der *relevante Markt*, müssen doch nach Art. 5 Abs. 1 KG Abreden den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen. Vor Bundesgericht sind der sachliche und zeitliche relevante Markt unbestritten. Strittig ist somit nur noch der räumliche Markt.

Entsprechend den bisherigen Ausführungen erfüllen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG das Erheblichkeitskriterium nach Art. 5 Abs. 1 KG ohne Bezug auf einen Markt. Die diesbezüglichen Ausführungen der Vorinstanz und die Rügen der Beschwerdeführerin erübrigen sich deshalb. Ist die Erheblichkeit allerdings aufgrund oder *auch* aufgrund quantitativer Elemente zu bestimmen, wäre der relevante Markt zu ermitteln. Da die Effizienzüberlegungen im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG den eigentlichen Kern der materiellen Abredeprüfung bilden (vgl. BALDI/SCHRANER, 20 Jahre, a.a.O., S. 1535), wäre im vorliegenden Fall der relevante Markt dort zu berücksichtigen. Die Beschwerdeführerin bringt - wie noch auszuführen sein wird (E. 7.2) - keine Rechtfertigungsgründe vor, weshalb vor Bundesgericht der relevante Markt nicht zu prüfen ist.

5.6. Fazit

Zusammenfassend ergibt sich: Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG erfüllen grundsätzlich das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG. Dabei genügt es, dass Abreden den Wettbewerb potentiell beeinträchtigen können. Es ist deshalb nunmehr zu prüfen, ob überhaupt eine Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG vorliegt.

6. Auslegung von Art. 5 Abs. 4 KG und Subsumtion

6.1. Die WEKO und auch die Vorinstanz haben den Vertrag der Beschwerdeführerin und der Gebro als "Abrede" in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten"

qualifiziert. Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass eine Abrede i.S. von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt. Sie moniert, dass der Sachverhalt nicht dem Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG entspricht.

6.2. Nach Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden. Bei der *Auslegung* dieser Bestimmung ist Dreifaches im Blick zu behalten:

6.2.1. *Erstens* ist zu beachten, dass die Auslegung dieser Bestimmung autonom, d.h. ohne Bindung an eine bestimmte ökonomische Auffassung zu erfolgen hat (vgl. HANGARTNER, sic! 2005, S. 612; entgegen GION GIGER, Vertikale Abreden - Entwicklungen im schweizerischen und europäischen Kartellrecht, in: sic! 2010, S. 859 ff., 867 f. [bezeichnend ist, dass GIGER "policy"-Literatur zitiert]). Massgebend ist der aufgrund aller Auslegungselemente zu eruiende Normsinn (vgl. BGE 141 II 66 E. 2.2.4 S. 72; 129 II 497 E. 3.3.2 i.f. S. 515).

6.2.2. *Zweitens* kann die Beschränkung des Intra-brand-, d.h. des markeninternen Wettbewerbs *durch vertikale Abreden* wie jede andere Wettbewerbseinschränkung problematisch sein (vgl. ULRICH IMMENGA, Die Marke im Wettbewerb - Wettbewerb innerhalb der Marke, sic! 2002, S. 374 ff., 374; HANGARTNER, sic! 2005, passim; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O. N. 65, 67, 396, 489; DANIEL ZIMMER, Art. 101 Abs. 1 AEUV. Beispiele, Fallgruppen in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O., S. 259 ff., z.B. N. 274 ad Art. 101 Abs. 1 AEUV; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 13 Rz. 13; siehe etwa auch Urteil des EuGH vom 13. Oktober 2011 C-439/09 *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, Rn. 39; entgegen beispielsweise GIGER, a.a.O., 867). Der Gesetzgeber hat deshalb mit Art. 5 Abs. 4 KG den Intra-brand-Wettbewerb *grundsätzlich* als schützenswert erklärt (vgl. HANGARTNER, sic! 2005, S. 612; IMMENGA, a.a.O., 374; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 343; WEBER/ZEIER, a.a.O., S. 181 f.; SR Kommissionssprecher SCHIESSER AB S 2003 324; NR Kommissionssprecherin FÄSSLER AB N 2002 1440; KRAUSKOPF/RIESEN, a.a.O., S. 90; DOSS, a.a.O., z.B. Rz. 207 f., 232; KÜNZLER, a.a.O., S. 316, 389) und an von ihm als relevant befundene allgemeine wettbewerbspolitische Erfahrungen angeknüpft, wonach gewisse vertikale Abreden den Wettbewerb beseitigen können. Insofern ist es *für konkret zu beurteilende Fälle* müssig, über ökonomische Theorien zu diskutieren, die von anderen Erfahrungen ausgehen, wobei bei diesen im Übrigen keine einheitliche Auffassung auszumachen ist (vgl. HILTY/FRÜH, sic! 2010, a.a.O., S. 883 f.; KÜNZLER/HEIZMANN, a.a.O., S. 150 ff.; je mit weiteren Hinweisen; zum *relativen Charakter der auf Modelldenken* beruhenden Aussagen BALDI/SCHRANER, 20 Jahre, a.a.O., S. 1533; DANIEL RODRIK *Economics Rules: The Rights and Wrongs of the Dismal Science*, 2015). Wenn ein Markeninhaber indes sein Produkt selber vertreibt, was die Beschwerdeführerin beispielsweise in Deutschland praktiziert, liegt keine Abrede vor und Art. 5 KG ist nicht anwendbar.

6.2.3. *Drittens* ergibt sich aus der parlamentarischen Debatte unzweifelhaft, dass die Schweizerische Regelung in

Bezug auf Art. 5 Abs. 4 KG eine gleiche sowie auch gleich scharfe und auch nicht schärfere Regelung wie diejenige der Europäischen Union sein soll (vgl. SR Kommissionsprecher SCHIESSER BÜTTIKER, AB S 2003 329 f., 331 bzw. 330 f.; siehe auch BAADER SCHNEIDER, STRAHM, AB N 2002 1435 f., 1438; vgl. dazu MONIQUE STURNY, Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Kartellrecht, 2014, S. 138 ff.; BORER, a.a.O., N. 32 ad Art. 5; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 468 ff.) : eine materiell andere Regelung als diejenige der EU würde zu Rechtsunsicherheiten führen (vgl. SR Kommissionsprecher SCHIESSER, AB S 2003 330). Insofern erlaubt die Parallelität der Regelungen, dass "im Sinne der Rechtssicherheit auch darauf zurück[gegriffen werden kann], was die EU mit ihrer Verordnung an vertikalen Abreden ausgeschlossen bzw. zugelassen hat" (SR Kommissionsprecher SCHIESSER, AB S 2003 330).

Der Gesetzgeber erklärt allerdings nicht ausdrücklich durch Verweisungen europäisches Wettbewerbsrecht in Bezug auf vertikale Wettbewerbsabreden zu schweizerischem Recht. Solches europäisches Wettbewerbsrecht ist jedoch *nicht nur* rechtsvergleichend (dazu BGE 139 I 72 E. 8.2.3 S. 89) - im Sinne eines zu berücksichtigenden Auslegungselementes (dazu etwa BERNHARD RÜTSCHKE, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht: Auslegungsmethode oder blosse Inspirationsquelle?, in: Schmid/Morawa/Heckendorn Urscheler [Hrsg.], Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung. Praxis, Legitimität und Methodik, 2014, S. 121 ff.) - zu respektieren (zu eng deshalb STURNY, a.a.O., S. 145). Denn die rechtsvergleichende Auslegung würde erlauben, dass dem daraus folgenden Resultat nicht gefolgt werden muss, was aber der Gesetzgeber in Bezug auf Art. 5 Abs. 4 KG gerade nicht wollte. Er wollte ohne rechtstechnisch gleich vorzugehen eine *materiell identische Regelung* zwischen Art. 5 Abs. 4 KG und dem EU-Wettbewerbsrecht in Bezug auf vertikale Abreden - trotz fehlendem dynamischen Verweis (so auch ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 347, 468; KRAUSKOPF/GRABER, a.a.O., S. 782, 787; Bundesrat DEISS, AB S 2003 331 ["elle (scil. la nouvelle proposition) permet de mener une politique analogue à celle de la Commission européenne"]). Bei der Auslegung des europäischen Wettbewerbsrecht ist sodann die europäische Methodenlehre zu berücksichtigen (THOMAS ACKERMANN, § 21 Europäisches Kartellrecht, in: Riesenhuber [Hrsg.], Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, S. 473 ff.; siehe auch ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 468 i.f.).

Bei aller geforderten Parallelität darf nicht vergessen werden, dass diese nur dann angenommen werden kann, wenn die grundlegenden Begriffe, die Rechtsprechung und das System des europäischen Wettbewerbsrechts in Bezug auf vertikale Wettbewerbsabreden sich gegenüber 2003 nicht grundlegend geändert haben, weil ansonsten diese Verschiebungen nicht mehr durch den schweizerischen gesetzgeberischen Willen gedeckt wären. Zu berücksichtigen ist auch, dass sich die "Güte einer Kartellrechtsordnung nur relativ zum betreffenden Land, zur betreffenden Volkswirtschaft oder zum betreffenden Wirtschaftsraum messen lässt" (HILTY/FRÜH, sic! 2010, a.a.O., S. 878). Insofern sollten die von den jeweiligen Rechtsordnungen betroffenen volkswirtschaftlichen Märkte vergleichbar sein (vgl. HILTY/FRÜH, sic! 2010,

a.a.O., S. 878, 885 [relative Vergleichbarkeit unter Berücksichtigung der volkswirtschaftlichen Bedingungen und der Systemfrage]; siehe auch KÜNZLER/HEIZMANN, a.a.O., S. 147): so haben insbesondere vertikale Abreden über absoluten Gebietsschutz für kleinere Länder ganz andere Auswirkungen als dies für grosse Länder oder vereinheitlichte Binnenmarkträume wie etwa die EU der Fall ist (statt vieler ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 362; HILTY/FRÜH, sic! 2010, S. 879, 881, 885).

6.3. Im vorliegenden Zusammenhang ist der zweite Teil von Art. 5 Abs. 4 KG relevant, wonach es sich um Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten handelt, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden. Tatbestandsmerkmale sind folglich: eine Abrede zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen (vertikale Abrede) in einem Vertriebsvertrag, eine Gebietszuweisung, der Ausschluss von Verkäufen in zugewiesene Gebiete durch gebietsfremde Händler.

6.3.1. *Vertriebsverträge* regeln den Fremdvertrieb von Waren und Dienstleistungen (vgl. PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER RIESEN, Selektive Vertriebsverträge, in: Zäch, Das revidierte KG, a.a.O., S. 83 ff., 86 f.); dabei vereinbart der seinen Vertriebskanal (zu verschiedenen Vertriebssystemen statt aller PETER MÜNCH/CHRISTOPHE MAILLEFER/PATRICK HÜNGER, Vertriebssysteme, in: Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. IX, 2005, S. 239 ff., 240 ff.) aufbauende Hersteller typischerweise mit seinem Händler den Absatz seiner Produkte in einer spezifischen Art und Weise (vgl. KRAUSKOPF/RIESEN, a.a.O., S. 87; YVO HANGARTNER, Selektive Vertriebssysteme als Problem des Wettbewerbsrechts, in: sic! 2002 [nachfolgend sic! 2002], 321 ff., 321). Diesbezüglich stehen verschiedene Arten von Vertriebsverträgen zur Verfügung: Alleinvertriebsvertrag, selektives Vertriebssystem, Alleinbezugsvertrag, Alleinbelieferungsvertrag, Franchising, Lizenzvertrag (vgl. etwa DOSS, a.a.O., Rz. 193 ff.; KRAUSKOPF/SCHALLER, in: BSK KG, a.a.O., N. 536 f. ad Art. 5; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.253 ff.; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 62 ff.; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 13, passim).

Der Begriff des Vertriebsvertrags ist umfassend zu verstehen und beinhaltet nicht nur eigentliche Vertriebsverträge, sondern auch *einzelne Vertragsklauseln* in anderen Verträgen; derartige Klauseln finden sich oftmals in Franchise- oder Lizenzverträgen (vgl. HÄNNI/STÖCKLI, a.a.O., N. 219; KRAUSKOPF/SCHALLER, in: BSK KG, a.a.O., N. 535 bzw. 538 ad Art. 5; KRAUSKOPF/RUSS, a.a.O., S. 760; DOSS, a.a.O., Rz. 205; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.254; MARC AMSTUTZ/ARIANE MORIN/WALTER SCHLUEP, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Obligationenrecht I, Basler Kommentar (BSK OR I), 5. Aufl. 2011, N. 264 ad Einleitung vor Art. 184 ff.; siehe auch Botschaft KG I, BBl 1995 I 543; WEBER/ZEIER, a.a.O., S. 185; KELLER, a.a.O., S. 63, 65).

6.3.2. Nach Art. 5 Abs. 4 KG ist sodann entscheidend, ob im Vertriebsvertrag eine *Abrede über die Zuweisung von Gebieten* enthalten ist (dazu etwa PETER REINERT, in: SHK Kartellgesetz 2007, N. 36 ad Art. 5; DOSS, a.a.O., Rz. 188; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.252; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, a.a.O., N. 594 ad Art. 5 LCart;

MARC AMSTUTZ/MANI REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden - eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, in: Stoffel/Zäch, Kartellgesetzrevision 2003. Neuerungen und Folgen, 2004 [nachfolgend: Stoffel/Zäch], S. 69 ff., 102; BÜTTIKER, AB S 2003 331, in Auseinandersetzung mit einem Minderheitsantrag), allerdings nur "so weit Verkäufe in diese [zugewiesenen Gebiete] durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden". Gebiete sind räumlich abgrenzbare Flächen, wie etwa die Schweiz (dazu ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 362, 467), die als potentiell "abgeschotteter Markt" gerade Anlass für die Einführung von Art. 5 Abs. 4 KG bildete (siehe etwa RAGGENBASS, STRAHM, NR Kommissionssprecherin FÄSSLER AB N 2002 1436 bzw. 1438 bzw. 1440; SR Kommissionssprecher SCHIESSER, DAVID AB S 2003 329 f., 331 bzw. 330; CHRISTIAN KAUFMANN, Wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, 2004, S. 140 f.; KRAUSKOPF/GRABER, a.a.O., S. 782; DUCREY, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 1349; DOSS, a.a.O., Rz. 183; STURNY, a.a.O., S. 141, 145; WEBER/ZEIER, a.a.O., S. 181 f.; MARIEL HOCH CLASSEN, Vertikale Wettbewerbsabreden im Kartellrecht, 2003, S. 311; siehe auch PATRIK DUCREY, Vertikalabreden: Praxis und Zukunft in der Schweiz, in: Amstutz/Hochreutener/Stoffel [Hrsg.], Die Praxis des Kartellgesetzes im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie, 2011, S. 1 ff., 2 f.; HEINEMANN, Grundlagen, a.a.O., 63 f.; HILTY/FRÜH, Potenzial, a.a.O., S. 87 ff.; siehe bereits prägnant BGE 129 II 18 E. 9.5.5 S. 43). Die Zuweisung von Gebieten kann direkt oder indirekt erfolgen (vgl. etwa WEBER/VOLZ, 2.263; KRAUSKOPF/SCHALLER, in: BSK KG, a.a.O., N. 531 ff. ad Art. 5; HÄNNI/STÖCKLI, a.a.O., N. 218).

6.3.3. Sodann setzt Art. 5 Abs. 4 zweiter Halbsatz einen *Vertriebspartner* voraus, der aus einem fremden Gebiet heraus Verkäufe tätigt; die Abrede muss einen *gebietsfremden* Vertriebspartner betreffen, d.h. einen solchen, dem ein Gebiet ausserhalb des *fraglichen* lokalen, regionalen, überregionalen oder nationalen Marktes *zugewiesen* wird (vgl. KRAUSKOPF/SCHALLER, in: BSK KG, a.a.O., N. 543 ff. bzw. 547 ad Art. 5; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.257; HÄNNI/STÖCKLI, a.a.O., N. 218, 220).

6.3.4. Schliesslich müssen *Verkäufe* in das Gebiet des fraglichen Marktes ausgeschlossen sein. Aus dem Wortlaut ist der Umfang des Ausschlusses nicht ersichtlich (so auch WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.259); aufgrund des historischen und auch teleologischen Auslegungselementes soll indes nicht der relative (vgl. KRAUSKOPF/RIESEN, a.a.O., S. 96), sondern nur der *absolute Gebietsschutz* umfasst werden (vgl. SR Kommissionssprecher SCHIESSER, BÜTTIKER, AB S 2003 329 f., 331 bzw. 330 f.; siehe etwa auch KRAUSKOPF/RIESEN, a.a.O., S. 95 f.; KRAUSKOPF/GRABER, a.a.O. S. 786 f.; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.250 ff.; PETER REINERT, SHK, N. 33 ad Art. 5; BORER, a.a.O., N. 42 f. ad Art. 5; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, a.a.O., N. 604 ad Art. 5 LCart; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 469; HÄNNI/STÖCKLI, a.a.O., N. 217; DOSS, a.a.O., Rz. 170, 190 f., 231). Für ein solches Verständnis stand entscheidend das auch von der Beschwerdeführerin angesprochene Maissaatgut-Urteil des EuGH vom 8. Juni 1982 C-258/78, *Nungesser*, Pate (vgl. SR Kommissionssprecher SCHIESSER, S AB 2003 329 f. mit Bezug auf den Kommissionsexperten; vgl. HILTY, Art. 5 KG, a.a.O., S. 70; STURNY, a.a.O., S. 143 f.), wonach eine zu einem absoluten Gebietsschutz führende ausschliessliche Lizenz nicht

mit Art. 85 Abs. 1 EWGV (= Art. 81 Abs. 1 EG = Art. 101 Abs. 1 AEUV) vereinbar sei.

6.3.5. *Absoluter Gebietsschutz* liegt dann vor, wenn passive Verkäufe seitens gebietsfremder Vertriebspartner in zugewiesene Gebiete direkt oder indirekt untersagt sind. Sind passive Verkäufe zulässig, aktive (zu Beispielen KRAUSKOPF/SCHALLER, in: BSK KG, a.a.O., N. 563 ff. ad Art. 5; siehe auch AMSTUTZ/CARRON/REINERT, a.a.O., N. 606 ad Art. 5 LCart; KRAUSKOPF/GRABER, a.a.O. S. 786 f.) dagegen nicht, so handelt es sich lediglich um relativen Gebietsschutz. Solche Verkäufe in zugewiesene Gebiete sind dann nicht i.S.v. Art. 5 Abs. 4 zweiter Halbsatz KG ausgeschlossen (dazu etwa KRAUSKOPF/RIESEN, a.a.O., S. 96; AMSTUTZ/REINERT, in: Stoffel/Zäch, S. 102; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 470 ff.; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, a.a.O., N. 604 ad Art. 5 LCart; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.259; DUCREY, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 1379 f.; HÄNNI/STÖCKLI, a.a.O., N. 221). Unter passivem Verkauf ist u.a. die Erfüllung unaufgeforderter Bestellungen einzelner Kunden aus einem fremden Vertragsgebiet zu verstehen (vgl. etwa KRAUSKOPF/SCHALLER, in: BSK KG, a.a.O., N. 558 ad Art. 5; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, a.a.O., N. 607 ad Art. 5 LCart; DUCREY, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 1379; KRAUSKOPF/GRABER, a.a.O., S. 786; siehe auch Ziff. 3 [passiver Verkauf] der VertBek 2007 [Vertikalbekanntmachung vom 2. Juli 2007, BBl 2007 7597]; Ziff. 3 [passiver Verkauf] der VertBek 2010).

6.4.

6.4.1. Die Beschwerdeführerin vertritt die Auffassung, dass kein Vertriebsvertrag, sondern eine Technologietransfer-Vereinbarung vorliege. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass die rechtliche Qualifikation eines Rechtsgeschäfts dem Parteiwillen schlechthin entzogen ist (vgl. BGE 99 II 313 S. 313; 131 III 217 E. 3 S. 219; PETER JÄGGI/PETER GAUCH, Zürcher Kommentar zum OR, 1980, N. 226 ad Art. 18; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, Bd. I, 10. Aufl. 2014, Rz. 1038); dies gilt auch bei Abreden im Rahmen von Art. 5 Abs. 4 KG (vgl. RETO M. HILTY, Lizenzvertragsrecht [Lizenzvertragsrecht], 2001, S. 411 f.). Abgesehen davon hat in der parlamentarischen Debatte Ständerat BÜTTIKER zur Unterstützung des zu Gesetz gewordenen Antrags der Kommissionmehrheit festgehalten, dass Technologietransfer- und Lizenzverträge, die einen absoluten Gebietsschutz vorsehen, von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst sind (AB S 2003 330 f.). Dies entspricht dem oben (E. 6.3.1) hervorgehobenen Verständnis, dass der Begriff des Vertriebsvertrags umfassend zu verstehen ist und auch einzelne Vertragsklauseln in anderen Verträgen beinhaltet. Insofern unterliegen solche Klauseln Art. 5 Abs. 4 KG. Dieses Verständnis trifft - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin - auch in Bezug auf Immaterialgüterrechte nach Art. 3 Abs. 2 KG zu (vgl. KELLER, a.a.O., S. 57 ff., 63, 65; HILTY, Lizenzvertragsrecht, a.a.O., S. 411 f.; HILTY, Art. 5 KG, a.a.O., S. 37, 41, 43 ff., 51; WEBER/ZEIER, a.a.O., S. 185; KRAUSKOPF/RUSS, a.a.O., S. 755). Bereits die Botschaft KG I (BBl 1995 I 543) hat darauf aufmerksam gemacht, dass beim Abschluss eines Lizenzvertrages die Parteien versucht sein könnten, Abreden zu treffen, die in ihrer Wirkung über die Rechte hinausgehen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben; aus wettbe-

werbspolitischer Sicht bestehe deshalb die Notwendigkeit, bei Lizenzverträgen sorgfältig zu prüfen, ob die Vereinbarung zwischen den Parteien Wettbewerbsbeschränkungen enthält, die aus der Sicht des involvierten Immaterialgüterrechts als inhalts- oder schutzrechtsfremd anzusehen seien. Dies gilt auch für die EU (vgl. FUCHS, a.a.O., N. 3 und 4 ad Einl. TT-GVO; BECHTOLD/BOSCH/BRINKER/HIRSBRUNNER, a.a.O., S. 592. Rz. 3; siehe auch Urteil des EuGH vom 8. Juni 1982, 258/78, *Nungesser*, Slg. 1982, 2017, Randnrn. 28 f.).

6.4.2. Mit Ziff. 3.2 des Vertrages vom 1. Februar 1982 trifft dies genau zu. Es handelt sich - wie die Vorinstanz zu Recht ausgeführt hat - um eine *Vertriebsklausel*, was bereits der Wortlaut - als primäres Auslegungsmittel (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., Rz. 1206 ff.) - mit dem Wort "vertreiben" nahelegt (zustimmend KRAUSKOPF/RUSS, a.a.O., S. 760). Auch verschiedene weitere Bestimmungen bestätigen dies unter systematischen Gesichtspunkten: In Ziff. 1.1 überträgt die Beschwerdeführerin der Gebro neben einem Herstellungsrecht auch ein Vertriebsrecht für gewisse Vertragsprodukte, was im Übrigen ausgesprochen üblich ist (vgl. HILTY, Lizenzvertragsrecht, a.a.O., S. 250). In Ziff. 1.2 wird dieser Übertrag für das nach Ziff. 2.1 zugewiesene Vertragsgebiet auch für neu entwickelte Präparate unter bestimmten Voraussetzungen vorgesehen. In Ziff. 2.1 wird das zugewiesene Vertragsgebiet für das Vertriebsrecht bezeichnet. Ziff. 8 regelt das Packungsbild, Ziff. 9 die Verkaufspreise, Ziff. 10 das Marketing und die Werbung für den Vertrieb und schliesslich Ziff. 11 den eigentlichen Vertrieb. *Zusammenfassend* ist deshalb mit der Vorinstanz festzuhalten, dass der sogenannte Lizenzvertrag in Ziff. 3.2 eine Vertriebsabrede über den Vertrieb von Waren im zugewiesenen Gebiet "Österreich" enthält. Dafür spricht auch - wie die Vorinstanz bereits festgestellt hatte -, dass nach dem 1. September 2006 der Vertrieb und die Herstellung in zwei separaten Verträgen geregelt wurde. Insofern ist - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin - eine Trennung von Herstellung und Vertrieb nicht künstlich oder falsch. Abgesehen davon erfolgt im zu beurteilenden Fall keine Trennung im eigentlichen Sinn, sondern die einzelnen Vorschriften des privatrechtlichen Vertrags werden unterschiedlichen öffentlich-rechtlichen Regelungen unterstellt.

6.4.3. In Ziff. 3.2 des Vertrages vom 1. Februar 1982 zwischen der Beschwerdeführerin und Gebro wurde diese verpflichtet, die Vertragsprodukte ausschliesslich in dem ihr vertraglich zustehenden Gebiet (d.h. Österreich) zu vertreiben und weder direkt noch indirekt Exporte in andere Länder vorzunehmen. Entsprechend dem Wortlaut dieser Vertragsbestimmung - als primäres Auslegungsmittel (vgl. statt aller GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., Rz. 1206 ff.; HILTY, a.a.O., S. 247) - *ergibt sich* aus der Passage "ausschliesslich in dem ihr vertraglich zustehenden Gebiet (d.h. Österreich) zu vertreiben und weder direkt noch indirekt Exporte in andere Länder vorzunehmen" ein *absoluter Gebietsschutz* für die Schweiz. Der Gebro wird durch die Abrede damit folgendes untersagt: zum einen - durch das Wort "direkt" - Aktivverkäufe, wonach Gebro die aktive Ansprache einzelner Kunden in einem ihr nicht zugeteilten Gebiet verboten wird; zum anderen - durch das Wort "indirekt" - Passivverkäufe in ein ihr nicht zugeteiltes Gebiet (so auch das Verständnis von

"direkt" und "indirekt" in der hier noch anwendbaren VertBek 2002, Ziff. 3 lit. b; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 469). Jedenfalls drängt sich kein anderes Verständnis auf und macht die Beschwerdeführerin auch kein solches geltend. Die Schweiz war ein der Beschwerdeführerin vorbehaltenes Gebiet und stellte für die Gebro kein zugewiesenes Gebiet dar.

6.4.4. Die Beschwerdeführerin nimmt sodann Bezug auf das EU-Recht und vertritt die Auffassung, dass das Regime für vertikale Abreden nicht auf den Technologietransfer anwendbar sei. Die Vorinstanz lasse unberücksichtigt, dass Art. 2 Abs. 5 der Verordnung Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen (GVO-Vertikal 2010; ABl. L 102 vom 23.4.2010, S. 1) bzw. Art. 2 Abs. 5 der Verordnung 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen (GVO-Vertikal 1999; ABl. L 336 vom 29.12.1999, S. 21) andere Gruppenfreistellungsverordnungen vorbehalte. Für den Technologietransfer sei die Verordnung (EG) Nr. 772/2004 der Kommission vom 27. April 2004 über die Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen (GVO-TT 2004; ABl. L 123 vom 27.4.2004 S. 11) anwendbar. Diese würde einen weitaus grosszügigeren Standpunkt gegenüber Verkaufsbeschränkungen des Lizenznehmers einnehmen und das Verhalten der Beschwerdeführerin wäre zulässig.

EU-Kartellrecht gilt in der Schweiz nicht (vgl. E. 6.2.3). Die GVO-TT 2004 ist in der Schweiz deshalb nicht anwendbar. Fraglich kann deshalb nur sein, ob aufgrund der verlangten Parallelität zwischen der schweizerischen und der europäischen Rechtsordnung, die von der Beschwerdeführerin behauptete Technologietransfer-Vereinbarung von Art. 5 Abs. 4 KG ausgeschlossen ist. Entsprechend der bereits oben geäusserten parlamentarischen Ansicht (vgl. E. 6.4.1) sollen auch Technologietransfervereinbarungen oder solche in Verträge eingebundene Regeln, welche einen absoluten Gebietsschutz vorsehen, unter Art. 5 Abs. 4 KG fallen. Dies entspricht auch der Praxis der WEKO.

6.4.5. In diesem Zusammenhang wirft die Beschwerdeführerin der Vorinstanz vor, dass diese sich auf die VertBek 2007 beziehe, welche erlassen worden sei, bevor Art. 5 Abs. 4 KG überhaupt Gesetz gewesen sei. Art. 5 Abs. 4 KG ist seit dem 1. April 2004 in Kraft. Offensichtlich ist die VertBek 2007 vom 2. Juli 2007 nach dem Inkrafttreten von Art. 5 Abs. 4 KG bekannt gemacht worden. Allerdings ist im vorliegenden Fall nicht diese, sondern die VertBek 2002 relevant (siehe oben E. 5.3.3). Dass - wie die Beschwerdeführerin geltend macht - Technologietransfer-Vereinbarungen per se wettbewerbsfördernd seien, stimmt - wie bereits dargelegt (E. 5.3.2) - nicht zwingend, sondern dieser Umstand wäre im Einzelfall bei der Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG zu prüfen.

6.5. *Zusammenfassend* ist somit festzuhalten, dass mit Ziff. 3.2 des Vertrags vom 1. Februar 1982 zwischen der

Beschwerdeführerin und der Gebro eine vertikale Vertriebs-Wettbewerbsabrede mit einem absoluten Gebietschutz i.S. von Art. 5 Abs. 4 KG vorliegt. Damit liegt eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vor (vgl. vorne E. 5.2.5, 5.4 und 5.6).

7. Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz

7.1. Nach Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen nur dann unzulässig, wenn sie sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen. Gerechtfertigt sind solche Abreden, wenn sie (1) notwendig sind, (2) um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen und (3) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Art. 5 Abs. 2 lit. a und b KG). Grundsätzlich ist eine Abrede dann gerechtfertigt, wenn das Resultat effizienter ist als ohne die Abrede und wirksamer Wettbewerb nicht beseitigt wird (vgl. ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 404). Ziel der Effizienzprüfung bildet - wie bereits mehrfach hervorgehoben - die Abreden, welche auch im Dienste eines gesamtwirtschaftlich positiven Zwecks stehen, von denen, die hauptsächlich der Erzielung einer Kartellrente dienen, zu unterscheiden (vgl. Botschaft KG I, BBl 1995 I 516; BORER, a.a.O., N. 46 ad Art. 5). Damit eine Abrede gestützt auf Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist, müssen die drei soeben genannten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein (vgl. BGE 129 II 18 E. 10.3 S. 45; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.369; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, a.a.O., N. 262, 264, 266 ad Art. 5 LCart; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 404; KRAUSKOPF/SCHALLER, in: BSK KG, a.a.O., N. 300 ad Art. 5; siehe auch HÄNNI/STÖCKLI, a.a.O., N. 247 ff.). "Der Effizienzbegriff des schweizerischen Kartellgesetzes ist volkswirtschaftlich zu verstehen" (BORER, a.a.O., N. 46 i.i. ad Art. 5), und insofern muss die Effizienzsteigerung wirtschaftlicher Natur sein (vgl. DUCREY, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 1427; HÄNNI/STÖCKLI, a.a.O., N. 246; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.376). *Notwendig* ist eine Abrede, wenn sie verhältnismässig, d.h. geeignet, erforderlich und zumutbar (verhältnismässig i.e.S.: d.h. keine übermässige Einschränkung des Wettbewerbs zum angestrebten Ziel [Botschaft KG I, BBl 1995 I 560]) ist (vgl. BGE 129 II 18 E. 10.4 S. 47; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.371; PETER REINERT, SHK, N. 9, 22 ad Art. 5; Botschaft KG I, BBl 1995 I 560). Zur Rechtfertigung genügt, wenn lediglich einer der Effizienzgründe (oben Ziff. (2)) gegeben ist (vgl. etwa BGE 129 II 18 E. 10.3 i.f. S. 45; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 404 i.f.; BORER, a.a.O., N. 45 ad Art. 5).

7.2. Die Vorinstanz hat verschiedene Rechtfertigungsgründe geprüft und ist dabei zum Schluss gekommen, dass keine vorliegen würden. Die Beschwerdeführerin wirft diesbezüglich der Vorinstanz vor, dass diese die für eine Rechtfertigung wesentlichen Aspekte übersehen und damit Art. 5 Abs. 2 KG nicht korrekt angewendet habe. Sie führt aus, dass die Vorinstanz in ihrem Urteil "in E. 8.5.3 übereinstimmend mit der WEKO festgehalten [habe], dass es sich bei dem Lizenzvertrag um eine Technologietransfer-Vereinbarung innerhalb der Marktanteils-grenzen von Art. 3 TTGVO [scil. GVO-TT 2004] handle".

Insofern sei der Lizenzvertrag zwischen der Beschwerdeführerin und Gebro durch die GVO-TT 2004 freigestellt. Diese Aussage trifft nicht zu: Die Vorinstanz ist nach Prüfung aller Argumente zum Schluss gekommen, dass die Ziff. 3.2 des Lizenzvertrags vom 1. Februar 1982 *keine zulässige Technologietransfervereinbarung im Sinne des GVO-TT 2004 darstellt*. Wie dargelegt, ist die GVO-TT 2004 nicht anwendbar, weshalb es sich erübrigt, darauf näher einzugehen. Zu den von der Vorinstanz ausführlich behandelten verschiedenen Rechtfertigungsgründen bringt die Beschwerdeführerin nichts vor. Insofern liegen keine solchen nach Art. 5 Abs. 2 KG vor und die Abrede zwischen der Beschwerdeführerin und der Gebro ist nach Art. 5 Abs. 1 KG *unzulässig*.

8. Keine Verletzung des Völkerrechts

Zusammenfassend ist nunmehr festzuhalten, dass das Vorgehen der Beschwerdeführerin eine unzulässige, den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz zu rechtfertigende, vertikale Wettbewerbsabrede i.S. von Art. 5 Abs. 1 KG darstellt. Mit dem unzulässigen absoluten Gebietsschutz beeinträchtigt sie die nationale schweizerische Wirtschaftsordnung besonders. Durch die Gebietsabschottung wird Wettbewerb auf dem schweizerischen Markt für Zahnpasta ohne ersichtlichen wirtschaftlichen Effizienzgrund erheblich beeinträchtigt. Angesichts dieses Umstands kann nicht von einer exzessiven "jurisdiction to prescribe" ausgegangen werden, wenn der im vorliegenden Fall relevante ausländische Sachverhalt in die Entscheidung einbezogen wurde. Dies steht auch im Einklang mit der bereits in BGE 129 II 18 (E. 10.5 S. 47 f.) geäusserten Ansicht, dass "aus völkerrechtlichen Gründen [eine] Abrede nicht zu einer Abschottung des schweizerischen Marktes führen [darf]".

Auch das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 22. Juli 1972 (FHA; SR 0.632.401) spricht nicht dagegen. Mit Art. 23 FHA wollten die Vertragsparteien für den Warenverkehr zwischen der EU (damals EWG) und der Schweiz auch "gerechte Wettbewerbsbedingungen" (vgl. Art. 1 lit. b FHA) durch kartellrechtliche Vorschriften gewährleisten (Abs. 1 lit. i und ii); dabei soll der Freihandel nicht durch irgendwelche Wettbewerbsverfälschungen und sollen durch private Vereinbarungen die Ziele des Abkommens - Schaffung eines Freihandelsraums Schweiz - EWG (siehe auch Art. 23 Abs. 1 lit. ii FHA: "auf dem gesamten Gebiet der Vertragsparteien") - nicht verunmöglicht werden (dazu etwa MARTIN STEINER, Exportkartelle und das Freihandelsabkommen Schweiz - EWG, 1977, S. 53 f., 66 f.; COTTIER/DIEBOLD/KÖLLIKER/LIECHTI-MCKEE/OESCH/PAYOSOVA/WÜGER, Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union, 2014, Rz. 698). Insofern ergibt sich aus Art. 23 Abs. 1 lit. i FHA, der im Grundsatz mit Art. 101 Abs. 1 AEUV übereinstimmt, dass extraterritoriale, in der EU liegende Sachverhalte, welche eine Auswirkung in die Schweiz haben und damit den Freihandel zwischen der Schweiz und der EU wettbewerbsrechtlich verfälschen können, auch durch Schweizerisches Recht angegangen werden können (vgl. auch ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 425; siehe auch STEINER, a.a.O., S. 68 f., 80 ["autonom vorzunehmende Durchsetzung der Wettbe-

werksregeln"). Dafür spricht auch Art. 23 Abs. 2 FHA, wonach die beiden Vertragspartner selbständige Praktiken zu Art. 23 Abs. 1 zu entwickeln haben.

Insofern spricht also das Völkerrecht im Verhältnis Schweiz - EU nicht gegen die Unterstellung des vorliegenden extraterritorialen Sachverhalts unter das KG.

9. Sanktionierung nach Art. 49a KG

Zu prüfen ist schliesslich, ob das Verhalten der Beschwerdeführerin einer Sanktion unterliegt.

9.1. Nach Art. 49a KG wird ein Unternehmen, das u.a. an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 beteiligt ist, mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Der Betrag bemisst sich dabei nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen (vgl. BGE 139 I 72 E. 2.1 S. 78). Die Massnahme nach Art. 49a KG verfügt über einen strafrechtsähnlichen Charakter; Art. 7 EMRK (*nulla poena sine lege*) ist daher grundsätzlich anwendbar (vgl. BGE 139 I 72 E. 2.2.2 S. 79 f.).

9.2. Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, dass die Vorinstanz das Legalitätsprinzip (Art. 7 EMRK) verletzt habe. Art. 5 Abs. 4 KG stelle keine ausreichende gesetzliche Grundlage für eine Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG dar, er sei zu unbestimmt, zumal ein Rekurs auf das EU-Recht, wie in BGE 139 I 72 (E. 8.2.3) zu Art. 7 KG ausgeführt, nicht möglich sei. Im Gegensatz zu Art. 7 KG fehle ein Tatbestandskatalog oder andere Auslegungshilfen.

Zunächst sind deshalb der Gehalt und die Vorgaben des Art. 7 EMRK darzulegen (E. 9.3). Danach ist Art. 49a KG auszulegen (E. 9.4) und zu prüfen, ob er die Anforderungen von Art. 7 EMRK erfüllt (E. 9.5).

9.3. Vorgaben von Art. 7 EMRK

Nach Art. 7 EMRK und Art. 15 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (Uno-Pakt II; SR 0.103.2) darf niemand wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war ("*Nulla poena sine lege*" [Art. 1 StGB]; vgl. auch Art. 5 Abs. 1 BV). Die Straftat muss im Gesetz klar umrissen sein (vgl. BGE 139 I 72 E. 8.2.1 S. 85 m.w.H.), so dass der Gesetzesadressat sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem nach den Umständen unterschiedlichen Grad an Gewissheit vorhersehen kann. So ist etwa der Grundsatz verletzt, wenn jemand wegen eines Verhaltens strafrechtlich verfolgt wird, das im Gesetz überhaupt nicht als strafbar bezeichnet wird, wenn das Gericht ein Verhalten unter eine Strafnorm subsumiert, unter welche es auch bei weitestgehender Auslegung der Bestimmung nach den massgebenden Grundsätzen nicht subsumiert werden kann, oder wenn jemand in Anwendung einer Strafbestimmung verfolgt wird, die rechtlich keinen Bestand hat. Art. 7 EMRK und Art. 15 Uno-Pakt II enthalten neben dem Rückwirkungsverbot vor allem ein Bestimmtheits- und Klarheitsgebot für gesetzliche Straf-

tatbestände. Nur ein hinreichend klar und bestimmt formuliertes Gesetz darf einen Straftatbestand bilden und eine Strafe androhen. Allerdings bedürfen auch Strafgesetze der Auslegung, und die beiden genannten Vorschriften - wie auch Art. 1 StGB und Art. 5 Abs. 1 BV - enthalten kein Verbot der schrittweise erfolgenden Klärung der Vorschriften durch richterliche Auslegung. Es ist gerade die Aufgabe der Gerichte, verbleibende Auslegungszweifel zu beheben. Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lässt sich nicht abstrakt festlegen. Er hängt unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab (zum Ganzen BGE 139 I 72 E. 8.2.1 S. 85 ff. mit umfassenden Hinweisen).

9.4. Auslegung von Art. 49a Abs. 1 KG

9.4.1. Im Folgenden ist zu prüfen, welches der relevante strafbare Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG ist. Strittig ist, was unter einer "unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absätze 3 und 4", "*accord illicite aux termes de l'art. 5, al. 3 et 4*" bzw. "*accordo illecito secondo l'articolo 5 capoversi 3 e 4*" zu verstehen ist. Dabei vertritt die Beschwerdeführerin die Auffassung, dass nach einer Vermutungswiderlegung nicht mehr von einer solchen Abrede gesprochen werden könne, während die Vorinstanz und die WEKO vom Gegenteil ausgehen. Für jene ist es somit ein Verweis auf Abreden, die den Wettbewerb *beseitigen*, für diese ein solcher auf Abreden, die *unzulässig* sind. Diese beiden Auffassungen werden auch in der Literatur vertreten (vgl. E. 9.4.6).

9.4.2. Der *Wortlaut* der aufgeführten Passage ist nicht eindeutig. Die deutsche Version scheint eher davon auszugehen, dass es sich um Abreden handelt, die in Art. 5 Abs. 3 und 4 aufgeführt und zudem unzulässig sind. Die romanischen Sprachen legen aufgrund des nachgestellten Adjektivs (*illicite* bzw. *illecito*) eher nahe, dass Abreden gemeint sind, die nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG unzulässig sind. Weiter hilft die Auslegung von Art. 5 KG.

Die Unzulässigkeit der Abreden ergibt sich *nur* aus Art. 5 Abs. 1 KG: Danach sind Abreden dann unzulässig, wenn sie *zum einen* den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen oder *zum anderen* zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. Abreden sind somit *dann unzulässig*, wenn der Wettbewerb in einem gewissen Ausmass vermindert wird. Aus den anderen Absätzen ergibt sich - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin - nicht, wann eine Abrede unzulässig ist, die Rechtsfolge der Unzulässigkeit findet sich nur in Art. 5 Abs. 1 KG. Die Absätze 2 - 4 bilden freilich Elemente, um Art. 5 Abs. 1 KG für die Rechtsanwendung handhabbarer zu machen. Damit wird das deutsche Wortlautargument gestützt.

9.4.3. Art. 49a Abs. 1 KG verweist auf Art. 5 Abs. 3 und 4 KG. Mit einer solchen normativen Binnenverweisung (vgl. MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 360 ff., 364) soll die gesetzliche Regelung nicht überlastet und nicht unverständlich

werden. Aus dieser - *systematischen* - Perspektive können mit der Passage "Abrede nach Artikel 5 Absätze 3 und 4" nur die Abreden, welche in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgelistet sind, gemeint sein. Andernfalls würde Art. 49a Abs. 1 KG unleserlich, wenn die einzelnen Abreden aufgeführt worden wären. Insofern verweist Art. 49a Abs. 1 KG auf den Abredetyp, d.h. auf Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen, Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen, Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern bzw. Abreden über Mindest- oder Festpreise sowie Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden.

9.4.4. Das *teleologische* Argument stützt diese Argumentation: Wie bereits im Rahmen der Auslegung zur Erheblichkeit hervorgehoben, stellen die Abreden, die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgelistet sind, besonders schädliche Abreden dar, die ihre Schädlichkeit auch nach Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bewahren (vgl. E. 5.2.4). Insofern wäre es trotz gleicher, die Handlungsfreiheit beschränkender Abreden widersprüchlich, in einem Fall eine Sanktion zu akzeptieren, im anderen Fall dagegen nicht.

9.4.5. Auch das *historische* Auslegungselement unterstützt dies, was sich sowohl aus den parlamentarischen Beratungen als auch aus der Botschaft KG II ergibt, auch wenn sich die Parlamentarier und der Bundesrat nicht direkt zur strittigen Problemstellung äussern.

Im Rahmen der Einführung der direkten Sanktionen haben verschiedene Parlamentarier ausgeführt, dass die Preisfestsetzung und die Abschottung von Märkten "Gift für Wachstum und Wohlfahrt" sind und es "keinen Schutz gibt für jene, die Kartellrenten zulasten der Volkswirtschaft einstreichen" (GEROLD BÜHRER AB N 2002 1293). Bestimmte Preisfestsetzungen und Marktabschottungen sollen verhindert werden (vgl. MEIER-SCHATZ AB N 2002 1295; STRAHM AB N 2002 1296; NR Kommissionssprecherin FÄSSLER AB N 2002 1440; SR Kommissionssprecher SCHIESSER AB S 2003 317 f.; im Rahmen der Beratung von Art. 5 Abs. 4 durchgehend AB N 2002 1435 ff. und AB S 2003 329 ff.). Preisfestsetzungen und Marktabschottungen sind - wie etwa der SR Kommissionssprecher SCHIESSER mit Hinweis auf die EU Regelung, an welche die schweizerische Regelung materiell angepasst wurde, ausgeführt hat (AB S 2003 329 f.) - nicht nur Instrumente zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs, sondern auch Instrumente zur nicht gerechtfertigten erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs. Ständerat BÜTTIKER hat in seinem Votum einen zum vorliegenden Fall gleichgelagerten hervorgehoben (absoluter Gebietschutz) und festgehalten "das wollen wir nicht" (AB S 2003 330). Soll dem Nachachtung verschafft werden, so sind eindrückliche Sanktionen notwendig, damit "ein kartellistisches Verhalten a priori [als] uninteressant beurteilt" wird (vgl. SCHNEIDER-AMMANN AB N 2002 1450; in diesem Sinne auch MEIER-SCHATZ, AB N 2002 1451; POLLA AB N 2002 1451 [nach ihr würde zudem erst mit der Sanktion Art. 96 BV umgesetzt]; NR Kommissionssprecherin FÄSSLER AB N 2002 1452; SR Kommissionssprecher SCHIESSER AB S 2003 333, 335; SLONGO und BÜRGI AB S 2003 334). Widersprüchlich wäre es deshalb,

wenn trotz identischer Abreden mit gleicher Zielrichtung nur gewisse Abreden sanktioniert würden. *Insgesamt ergibt sich* somit aus der parlamentarischen Beratung, dass die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführten Abreden Anlass für eine Sanktionierung der Unternehmen bilden.

Auch der *Bundesrat* hat sich in diesem Sinne geäußert: "Vom Anwendungsbereich der direkten Sanktionen ausgenommen sind demnach nach Artikel 5 Absatz 1 unzulässige Verhaltensweisen, welche keine Preis-, Mengen- oder Gebietsabreden zum Gegenstand haben. Ebenso wenig können Preis-, Mengen- und Gebietsabreden direkt sanktioniert werden, die den wirksamen Wettbewerb weder beseitigen noch erheblich beeinträchtigen beziehungsweise die durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind" (Botschaft KG II, BBl 2002 2037). Da der Bundesrat keine Ergänzung des Art. 5 KG vorgeschlagen hat, bezogen sich seine Ausführungen zur Sanktionierung nur auf die horizontalen Abreden. Nachdem allerdings das Parlament mit der Einführung von Art. 5 Abs. 4 KG vertikale Abreden über Mindest- oder Festpreise sowie über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden, den horizontalen Abreden in Bezug auf die Schädlichkeit gleichgestellt hat, besteht zwischen diesen beiden Abreden kein kategorialer Unterschied mehr, weshalb die Ausführungen des Bundesrates ohne Weiteres auch für die vertikalen Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG gelten (so verstehen dies auch MARC AMSTUTZ/MANI REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden - eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, Jusletter vom 27. September 2004, Rz. 124).

9.4.6. Zusammenfassend sind mit "Abreden nach Artikel 5 Absätze 3 und 4" diejenigen Abreden gemeint, die in den beiden Absätzen aufgeführt sind. Art. 49a Abs. 1 KG nimmt somit Bezug zum Abredetyp. Diese Abreden sind deshalb zu sanktionieren, weil sie aus Sicht des Gesetzes als besonders problematisch betrachtete Einschränkungen der marktbezogenen Handlungsfreiheit gelten, aber sie sind nur dann zu sanktionieren, wenn sie nach Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig sind. Unzulässig sind solche Abreden nach Art. 5 Abs. 1 KG, wenn sie den Wettbewerb beseitigen oder den Wettbewerb ohne Rechtfertigung erheblich beeinträchtigen. Umgekehrt formuliert heisst dies: "Vom Anwendungsbereich der direkten Sanktionen ausgenommen sind demnach nach Artikel 5 Absatz 1 unzulässige Verhaltensweisen, welche *keine* Preis-, Mengen- oder Gebietsabreden zum Gegenstand haben. *Ebenso wenig* können Preis-, Mengen- und Gebietsabreden direkt sanktioniert werden, die den wirksamen Wettbewerb weder beseitigen noch erheblich beeinträchtigen beziehungsweise die durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind [oder m.a.W. die nach Art. 5 Abs. 1 KG zulässig sind]" (Botschaft KG II, 2002 2037, keine Hervorhebung im Original).

Dieses Auslegungsergebnis entspricht einem gewichtigen Teil der Lehre (vgl. z.B. ROBERT ROTH/CHRISTIAN BOVET, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, N. 10 f. ad Art. 49a LCart; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 1119 ff.; HÄNNI/STÖCKLI, a.a.O., N. 533; PATRIK DUCREY, Das Schweizerische Kartellrecht/Sanktionen, SBVR, Bd. XI, 2. Aufl. 2007 [nachfolgend: Sanktionen], S. 766 ff., Rz. 496; DUCREY, Kartell-

recht, a.a.O., Rz. 1262; ROLF DÄHLER/PATRICK KRAUSKOPF/MARIO STREBEL, Aufbau und Nutzung von Marktpositionen, in: Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. IX, 2005, S. 267 ff., 315 [Rz. 8.115]; ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, insbesondere der neue Vermutungstatbestand für Vertikalabreden, in: Stoffel/Zäch, Kartellgesetzrevision 2003, a.a.O., S. 23 ff., 33 ff.; PATRICK L. KRAUSKOPF/DOROTHEA SENN, Die Teilrevision des Kartellrechts - Wettbewerbspolitische Quantensprünge, sic! 2003, S. 3 ff., 9; KRAUSKOPF/SCHALLER, in: BSK KG, a.a.O., N. 650 ad Art. 5; DOSS, a.a.O., Rz. 252; WEBER/ZEIER, a.a.O., S. 195 f.; PETER REINERT, in: SHK Kartellgesetz 2007, N. 8 ad Art. 49a; CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: BSK KG, a.a.O., N. 6 ff. ad Art. 49a; CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, 2007, S. 48; siehe auch BGE 135 II 60 E. 3.1.1 i.F. S. 67. Anderer Auffassung sind folgende Autoren: AMSTUTZ/REINERT, Jusletter, a.a.O., Rz. 124; AMSTUTZ/REINERT, in: Stoffel/Zäch, a.a.O., S. 104; BORER, a.a.O., N. 8 ad Art. 49a; LUCAS DAVID/RETO JAKOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, Rz. 766; GIGER, a.a.O., S. 874; FRANZ HOFFET/KLAUS NEFF, Ausgewählte Fragen zum revidierten Kartellgesetz und zur KG-Sanktionsverordnung, Anwaltsrevue 2004, 129 ff., 130; RETO JACOBS/JOHANNES ANDREAS BÜRGI, Auswirkungen der Kartellgesetzrevision auf Verträge, SJZ 2004, 149 ff., 149 f.; PHILIPPE SPITZ, Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellgesetzes, in: sic! 2004, S. 553 ff., 561; PIERRE KOBEL, Sanctions du droit des cartels et problèmes de droit administratif pénal, AJP 2004, 1150 ff., 1153; MARCEL ALEXANDER NIGGLI/CHRISTOF RIEDO, BSK KG, a.a.O., N. 96, 103 f. ad Vor Art. 49a-53 KG; SILVIO VENTURI/PHIDIAS FERRARI, Les accords de coopération en droit des cartels, in: Mathieu Blanc/Laure Dallèves, Coopération et fusion d'entreprises, Lausanne 2005, S. 37 ff., 71 ff.; PHILIPPE ZURKINDEN, Direkte Sanktionen im Schweizer Kartellgesetz und deren Berechnung, Anwaltsrevue 2007, S. 110 ff., 110; DANIEL ZIMMERLI, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der "Bonusrégelung" im Kartellrecht, 2007, 481 ff.).

9.5. Abgleich zwischen Art. 7 EMRK und Art. 49a Abs. 1 KG

Zu prüfen ist schliesslich, ob Art. 49a Abs. 1 KG den Vorgaben des Grundsatzes "keine Strafe ohne Gesetz" (Art. 7 EMRK und Art. 5 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 1 StGB; BGE 138 IV 13 E. 4.1 S. 19 f.) genügt. Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen sanktioniert, wenn es sich u.a. an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG beteiligt hat. Art. 5 Abs. 4 2. Teil KG enthält folgende Tatbestandselemente: Abrede zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen; Abrede in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden. Aufgrund der bereits oben erfolgten Auslegung (E. 6.1 - 6.3) ergibt sich Folgendes: Bei Abreden über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden, handelt es sich nur um solche, welche einen absoluten Gebietsschutz meinen. Aus den in der Auslegung berücksichtigten parlamentarischen Beratungen,

rechtswissenschaftlichen Abhandlungen und Lehrbüchern ist klar ersichtlich, was darunter zu verstehen ist. So hat SR Kommissionssprecher SCHIESSER mit den anderen Votanten der Mehrheit im Ständerat ausführlich darüber berichtet, was unter der Formulierung zu verstehen ist, was ein absoluter Gebietsschutz darstellt und was nicht (vgl. SR Kommissionssprecher SCHIESSER AB S 2003 329 f.). Die Erkenntnisse der Rechtswissenschaft decken sich mit diesem Ergebnis. Dass mit dem Begriff "Vertriebsvertrag" nicht nur der eigentliche Vertriebsvertrag, sondern auch einzelne Klauseln gemeint sind, hat der Bundesrat bereits früh im Zusammenhang mit dem geistigen Eigentum klargemacht, entspricht der herrschenden Lehre und ist ebenso Resultat der Auslegung. Insofern ist die ausgelegte Norm genügend bestimmt, um das unerwünschte Verhalten zu bezeichnen. Eine Abgrenzung zu Art. 5 Abs. 1 KG ist klar. Welches die "spezifische[n] Abgrenzungsprobleme" sind, lässt die Beschwerdeführerin offen. Ein Rekurs auf das europäische Recht ist nicht notwendig, um zu bezeichnen, was ein absoluter Gebietsschutz darstellt. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin verbietet Art. 7 EMRK nicht, dass neben dem Wortlaut auch die anderen Auslegungselemente hinzugezogen werden können (vgl. BGE 139 I 72 E. 8.2.3 S. 86).

9.6. Subsumtion unter den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG

9.6.1. Nach den bisherigen Ausführungen ist erstellt, dass die Beschwerdeführerin ein Unternehmen i.S. von Art. 49a Abs. 1 KG (i.V.m. Art. 2 Abs. 1bis KG) ist, dieses an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 4 mitgewirkt hat und Art. 49a Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 KG für eine Sanktionsauferlegung genügend bestimmt ist. Damit ist der objektive Tatbestand erfüllt. Fraglich ist noch, ob auch das Verschulden gegeben ist (vgl. Urteil 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 12.2.1, nicht publ. in: BGE 139 I 72; BORER, a.a.O., N. 11 ad Art. 49a KG; YVO HANGARTNER, Aspekte des Verwaltungsverfahrensrechts nach dem revidierten Kartellgesetz von 2003, in: Stoffel/Zäch, a.a.O., S. 251 ff., 274 ff.; SPITZ, a.a.O., 564 f.; TAGMANN, a.a.O., S. 72; PETER REINERT, in: SHK Kartellgesetz 2007, N. 5 ad Art. 49a; DOSS, a.a.O., Rz. 260, 267; TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., N. 10 ad Art. 49a; NIGGLI/RIEDO, a.a.O., N. 105 ad Vor Art. 49a-53 KG; a.A. vor allem Botschaft KG II, BBl 2001 2034).

9.6.2. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist ihr Kartellrechtsverstoss *auch subjektiv zurechenbar*. Erforderlich ist dafür Vorwerfbarkeit. Massgebend ist ein objektiver Sorgfaltsmangel i.S. eines Organisationsverschuldens (vgl. Urteil 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 12.2.2 m.w.H., nicht publ. in: BGE 139 I 72; DOSS, a.a.O., Rz. 260; HANGARTNER, Verwaltungsverfahren, a.a.O., S. 277 f.). Dabei ergeben sich die Sorgfaltspflichten im Rahmen des Kartellrechts primär aus dem KG; die Unternehmen müssen sich an die Regeln des KG halten: So haben die Unternehmen Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG zu unterlassen (vgl. DOSS, a.a.O., Rz. 261; TAGMANN, a.a.O., S. 72, 73). Liegt ein nachweisbares wettbewerbswidriges Verhalten vor, so ist in aller Regel auch die objektive Sorgfaltspflicht verletzt (vgl. PETER REINERT, Die Sanktionsregelung gemäss revidiertem Kartellgesetz, in: Zäch, Das revidierte KG, a.a.O., S. 147 ff., 151), denn die Unternehmen müssen über die Regeln

des KG, über die dazu ergangene Praxis und die einschlägigen Bekanntmachungen informiert sein (vgl. DOSS, a.a.O., Rz. 261; TAGMANN, a.a.O., S. 73). Im Übrigen besteht auch die Möglichkeit, sich über die aktuelle Rechtslage bei der WEKO zu informieren.

Die Änderung von Art. 5 KG und die Einführung von Art. 49a KG traten am 1. April 2004 in Kraft. Während der Jahre 2002 und 2003 wurden die Änderungen des KG im Parlament intensiv beraten. Es erfolgten zudem mehrere Pressemitteilungen der WAK/S und der WAK/N über das Thema der abgeschotteten Märkte und des absoluten Gebietsschutzes. Auch die VertBek 2002 war bereits veröffentlicht. Angesichts des klaren Wortlauts von Ziff. 3.2 des Vertrags vom 1. Februar 1982 musste der Beschwerdeführerin bewusst sein, dass ihr Verhalten problematisch war; insofern ist ihre Behauptung, dass kein Grund für rechtliche Zweifel bestanden hätte, nicht nachvollziehbar. Im Übrigen ist Ziff. 3.2 des erwähnten Vertrags bereits vor dem 1. April 2004 rechtlich problematisch gewesen, auch wenn noch keine Sanktionsmöglichkeit nach Art. 49a KG bestanden hatte. Sowohl die VertBek 2002 als auch das Bundesgericht (BGE 129 II 18 E. 9.5.5) haben zudem eine Marktabstimmung als bedenklich und unzulässig bezeichnet. Angesichts dieses Umstands und der breiten Information der parlamentarischen Beratung mittels der WAK-Pressemitteilungen muss konstatiert werden, dass die Beschwerdeführerin keineswegs mit der geforderten Schnelligkeit ihren Vertrag vom 1. Februar 1982 angepasst hat, was - worauf die Vorinstanz ausdrücklich hingewiesen hat - leicht zu bewerkstelligen gewesen wäre. Vielmehr hat die Beschwerdeführerin mehr als zwei Jahre seit Inkrafttreten der Anpassung von Art. 5 KG und der Einführung der Sanktionsbestimmung ins KG für eine Vertragsänderung aufgewendet ("Distribution Agreement" und "Agreement on the Manufacture of Dental Products" vom 1. September 2006). Im Übrigen wirken Compliance-Programme nicht schuldausschliessend (vgl. DOSS, a.a.O., Rz. 264; TAGMANN, a.a.O., S. 82; TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., N. 111 ad Art. 49a; Bericht des Bundesrates vom 15. Februar 2012 zur Abschreibung der Motion Schweiger [07.3856]: Ausgewogeneres und wirksameres Sanktionssystem für das Schweizer Kartellrecht, BBl 2012 1835, 1836).

9.7. Rechtsfolge: Sanktionierung

9.7.1. Sind die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 49a Abs. 1 erster Halbsatz KG erfüllt, ist das Unternehmen mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes zu sanktionieren (vgl. BGE 137 II 199 E. 6.2 S. 217). Der Betrag bemisst sich dabei nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Insofern ist auch entsprechend dem Verhältnismässigkeitsprinzip nach Art. 5 Abs. 2 BV zu berücksichtigen, ob mit der Abrede wirksamer Wettbewerb beseitigt oder erheblich beeinträchtigt wurde. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen. Im Rahmen der konkreten Sanktionsbemessung wird der im Einzelfall auszusprechende Betrag innerhalb des abstrakten - in Art. 49a Abs. 1 KG festgelegten - Sanktionsrahmens anhand der in Art. 2 ff. der KG-Sanktionsverordnung (SVKG; SR 251.5) enthaltenen Kriterien konkret bestimmt (vgl. Urteil 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 E.

12.3.1, nicht publ. in: BGE 139 I 72; DOSS, a.a.O., Rz. 269; TAGMANN, a.a.O., S. 218).

9.7.2. Für die Sanktionsbemessung ist vom Basisbetrag auszugehen (Art. 3 SVKG). Dieser bildet je nach Schwere und Art des Verstosses bis zu 10 Prozent des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Der Basisbetrag hängt dabei von der Dauer des Wettbewerbsverstosses ab: Dauert der Wettbewerbsverstoss zwischen ein und fünf Jahren, so wird der Basisbetrag um bis zu 50 Prozent erhöht. Dauert der Wettbewerbsverstoss mehr als fünf Jahre, so wird der Betrag pro zusätzliches Jahr um bis zu je 10 Prozent erhöht (Art. 4 SVKG). Erschwerende bzw. mildernde Umstände erhöhen bzw. vermindern den Basisbetrag (Art. 5 und 6 SVKG). Die Sanktion ist begrenzt; sie kann in keinem Fall mehr als 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes des Unternehmens betragen (Art. 7 SVKG; Art. 49a Abs. 1 Satz 1 KG). Bei der Festsetzung der Sanktion ist entsprechend Art. 5 Abs. 2 BV das Prinzip der Verhältnismässigkeit zu beachten (Art. 2 Abs. 2 SVKG). Zumutbar ist dabei eine Sanktion grundsätzlich nur dann, wenn die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens bewahrt wird; logischerweise ist dabei auch dessen Existenz miteingeschlossen (vgl. Urteil 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 12.3.2, nicht publ. in: BGE 139 I 72; DOSS, a.a.O., Rz. 270; BORER, a.a.O., N. 15 ad Art. 49a KG). Die Sanktionen sollen schmerzen, aber ein Unternehmen nicht in den Konkurs treiben, denn damit wäre dem Wettbewerb letztlich nicht gedient (vgl. KRAUSKOPF/SENN, a.a.O., S. 11). Insofern soll der Bussenbetrag in einem zumutbaren Verhältnis zur Leistungsfähigkeit des Unternehmens stehen. Allerdings muss der finanzielle Nachteil so gross sein, dass sich eine Beteiligung an einer Zuwiderhandlung nicht lohnt (dazu DOSS, a.a.O., Rz. 271; KRAUSKOPF/SENN, a.a.O., S. 10 f.).

Was die *konkrete Sanktionsbemessung* betrifft, so ist zunächst der Basisbetrag anhand des relevanten Marktes (vgl. Art. 11 Abs. 3 VKU), des Umsatzes (Art. 9 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 4 VKU) und der Art und Schwere des Verstosses zu bestimmen; dabei ist auch dem Umstand Rechnung zu tragen, ob der Verstoss in einer Beseitigung oder erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs liegt. Anschliessend ist aufgrund der Dauer der Widerhandlung der Basisbetrag zu erhöhen; schliesslich sind mildernde oder erschwerende Umstände mit einzubeziehen (dazu Urteil 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 12.3.2, nicht publ. in BGE 139 I 72; DOSS, a.a.O., S. 161 ff.; TAGMANN, a.a.O., S. 218 ff.; KRAUSKOPF/SENN, a.a.O., S. 10 ff.).

9.7.3. Der angefochtene Entscheid stellt die massgeblichen Kriterien korrekt dar und führt auch detailliert aus, wie diese Kriterien im vorliegenden Fall anzuwenden sind. Die Vorinstanz geht von einem *mittelschweren Verstoss* und entsprechend Art. 3 SVKG von einem *Basisbetrag von 5 %* aus. Insofern berücksichtigt sie den Umstand, dass es sich beim Verstoss "lediglich" um eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs handelte. Der Verstoss dauerte vom 1. April 2004 bis zum Abschluss des neuen Vertrags am 1. September 2006. Sanktionsmildernd wird berücksichtigt, dass Spar - als kleiner Detailhändler - in geringem Umfang Elmex rot importieren konnte, was zu einem gewissen Intra-brand-

Wettbewerb geführt hat. Erschwerende Umstände werden verneint. Unter Berücksichtigung aller Umstände sowie des Verhältnismässigkeitsprinzips erachtet die Vorinstanz mit der WEKO eine Belastung von 4'820'580.-- Franken als angemessen.

9.7.4. Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, vermag an der korrekten Sanktionsbemessung nichts zu ändern:

Die Beschwerdeführerin moniert, dass vertikale Abreden mit begrenzter Auswirkung nicht als schwere Verstösse betrachtet werden dürften. Zur Begründung beruft sie sich auf die Leitlinien für die Festsetzung von Geldbussen nach Massgabe der EWR-Wettbewerbsregeln (ABl. C 10 vom 16.1.2003 S. 16; Leitlinien Geldbussen EWR) und auf die Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen, die gemäss Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 und gemäss Artikel 65 Absatz 5 EGKS-Vertrag festgesetzt werden (ABl. C 9 vom 14.1.1998, S. 5), welche drei Gruppen unterscheidet. Letztere Leitlinie wurde durch die Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen gemäss Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (ABl. C 210 vom 1.9.2006, S. 2) aufgehoben; darin verzichtet die EU auf die drei Gruppen. Grund dafür war die Praxisuntauglichkeit (vgl. etwa TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., N. 50 ad Art. 49a).

Die Vorinstanz hat den Verstoss nur als *mittelschweren* bezeichnet; insofern stützen sich die Argumente der Beschwerdeführerin auf eine falsche Prämisse. Ferner ergeben sich weder aus der Botschaft KG II noch aus der parlamentarischen Beratung Hinweise, dass für das Sanktionensystem EU-Recht beizuziehen wäre. Zu berücksichtigen ist auch, dass die Schwere eines Verhaltens auch vom beeinträchtigten Markt abhängt. So kann entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht nur ein Teil des europäischen Binnenmarktes mit der Schweiz verglichen werden, sondern es wäre der gesamte EU Binnenmarkt dem schweizerischen Binnenmarkt gegenüber zu stellen. Würde jener abgeschottet, so läge die gleiche Situation wie im vorliegenden Fall vor: die Abschottung des schweizerischen Markts. Dies würde nach EU-Recht einem schweren Verstoss entsprechen, was in casu indes milder beurteilt wurde. Die Leitlinien Geldbussen EWR sprechen zudem bereits bei einer Abschottung eines nationalen Marktes von einem besonders schweren Verstoss (vgl. Ziff. 2.A. drittes Lemma). Insofern sind die von der Beschwerdeführerin angeführten Fälle für die hier zu beurteilende Situation unerheblich.

Angesicht der bisherigen Ausführungen sind die Argumente der Beschwerdeführerin zu den fehlenden Auswirkungen der Abrede und zur Behauptung, es liege eine Technologietransfer-Vereinbarung vor, unbehelflich. Strafmildernd wurde ausserdem der Tatsache Rechnung getragen, dass Spar parallel importieren konnte.

Für die Strafzumessung keine Bedeutung haben im vorliegenden Fall die Compliance Programme der Beschwerdeführerin. Compliance Programme sind Führungsinstrumente eines Unternehmens zur Implementierung organisatorischer Massnahmen im Hinblick auf die Vermeidung rechtswidrigen Verhaltens. Mit Blick auf die Kartellrechtsordnung bezwecken solche Programme, wettbewerbs-

widrige Verhaltensweisen durch Information und Schulung von Mitarbeitenden gar nicht erst entstehen zu lassen (vgl. etwa TAGMANN, a.a.O., S. 80 m.w.H.; DOSS, a.a.O., Rz. 264; TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., N. 111 m.w.H. ad Art. 49a). Hier geht es nicht um wettbewerbswidrige Verhaltensweisen von Mitarbeitenden unterer Verantwortlichkeitsstufen, sondern um eine Vertragsklausel in einem Lizenzvertrag, der von Personen der Führungsebene abgeschlossen wurde. Unter diesen Umständen kann die Berufung der Beschwerdeführerin auf ihr Compliance Programm nicht strafmildernd berücksichtigt werden.

9.8. Gleichbehandlung

9.8.1. Die Beschwerdeführer rügen sodann eine Verletzung der Gleichbehandlung bei der Sanktionsbemessung. Gebro sei nur zu einem Betrag von 10'000.-- CHF verurteilt worden, die Beschwerdeführerin zu einem 482-fachen höheren Betrag. Dies stelle eine Ungleichbehandlung dar, da es sich um identische Sachverhalte handle. Gebro sei gleichberechtigt und keine schwache Gegenpartei gewesen; der Vertrag vom 1. Februar 1982 sei zudem in beidseitigem Interesse geschlossen worden und schliesslich habe Gebro Gebietsschutz für Österreich erhalten.

9.8.2. Rechtsgleichheit verlangt zum einen Gleichheit in der Rechtssetzung, zum anderen Gleichheit in der Rechtsanwendung: m.a.W. Gleichheit im Gesetz und Gleichheit vor dem Gesetz. Ist Gleichheit im Gesetz gewahrt, erschöpft sich die Gleichheit vor dem Gesetz weitgehend im Anspruch auf richtige Rechtsanwendung; die rechtlich ungleiche Behandlung tatsächlich gleicher Situationen ohne sachlichen Grund verletzt dann primär das Gesetz. Rechtsanwendungsgleichheit erlangt hingegen eigenständige Bedeutung, wenn unbestimmte Gesetzesbegriffe und Ermessensklauseln zur Anwendung gelangen (vgl. statt aller PIERRE TSCHANNEN, Gleichheit im Unrecht. Gerichtsstrafe im Grundrechtskleid, ZBl 2011, 57 ff., 57 f.).

9.8.3. Wie bisher ausgeführt, ist die Rechtsanwendung rechtlich korrekt erfolgt; diesbezüglich liegt keine ungleiche Behandlung vor. Es kann sich daher höchstens die Frage stellen, ob die WEKO ihr Ermessen für die Sanktionsbemessung ungleich angewendet und damit eine Rechtsverletzung begangen hat. Voraussetzung bildet dabei, dass zum einen zwei gleiche tatsächliche Situationen vorliegen, die in den rechtlich relevanten tatsächlichen Elementen übereinstimmen, und zum anderen die gleiche Behörde entschieden hat (vgl. Urteil 8C_1033/2010 vom 10. Juni 2011 E. 5.6.1).

Das Rechtsgleichheitsgebot ist ein Grundrecht. Insofern ist Art. 106 Abs. 2 BGG anwendbar. Die Vorinstanz hat sich in ihrem Entscheid mit den Argumenten auseinandergesetzt, indem sie auf die Verfügung der WEKO verwiesen und festgestellt hat, dass die WEKO die Sanktionen für jedes Unternehmen unter Berücksichtigung aller Tatsachen separat korrekt berechnet und deren unterschiedliche Höhe begründet hat. Der Hinweis, dass Gebro keine schwache Gegenpartei, sondern ein bedeutendes Pharmaunternehmen, und der Lizenzvertrag im Interesse beider Parteien geschlossen worden sei, habe doch die Gebro Gebietsschutz für Österreich erhalten, genügt nicht den Begründungsanforderungen nach Art. 106 Abs. 2

BGG. Die Beschwerdeführerin wäre in einem ersten Schritt gehalten gewesen, zunächst detailliert aufzuzeigen, dass tatsächlich die gleiche Situation vorgelegen habe; dies ist ihr mit den rudimentären Behauptungen nicht gelungen.

10. Kosten und Parteientschädigung

Demnach erweist sich die Beschwerde als unbegründet und sie ist abzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen (Art. 68 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 50'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, und dem Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung schriftlich mitgeteilt.

B 4

2. Urteil vom 4. April 2017 Gebro Pharma GmbH gegen Wettbewerbskommission – Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2013

Urteil vom 4. April 2017 II. öffentlich-rechtliche Abteilung, Gebro Pharma GmbH, Beschwerdeführerin, vertreten durch [...] gegen Wettbewerbskommission. Gegenstand: Verfügung der WEKO vom 30. November 2009 im Untersuchungsverfahren 22-0349 betreffend Gaba und Gebro wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG, Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 19. Dezember 2013.

Sachverhalt:

A.

Die Gebro Pharma GmbH (Gebro) mit Sitz in Fieberbrunn, Österreich, ist auf die Herstellung und den Vertrieb chemischer und pharmazeutischer Produkte spezialisiert. Seit rund 30 Jahren ist sie Lizenznehmerin der GABA International AG (Gaba) mit Sitz in Therwil, Schweiz. Gaba entwickelt und vertreibt Mund- und Zahnpflegeprodukte - darunter u.a. verschiedene Elmexprodukte. Das Unternehmen wurde 2004 Teil der Colgate-Palmolive-Gruppe. Mit Ausnahme von Österreich ist Gaba in den an die Schweiz angrenzenden Ländern mit Tochtergesellschaften am Markt tätig.

Vom 1. Februar 1982 bis zum 1. September 2006 bestand zwischen Gaba und Gebro ein Vertrag, dessen Ziff. 3.2 folgendes vorsah:

"GABI [Gaba International AG] verpflichtet sich, die Ausfuhr der Vertragsprodukte [Elmex Zahnpaste, Elmex Gelée, Elmex Fluid und Aronal forte Zahnpaste] nach Oesterreich mit allen ihr zu Gebote stehenden Mitteln zu verhindern und auch selbst weder direkt noch indirekt in Oesterreich zu vertreiben. Gebro verpflichtet sich ihrerseits, die Vertragsprodukte ausschliesslich in dem ihr vertraglich zustehenden Gebiet [Österreich] herzustellen und zu vertreiben und weder direkt noch indirekt Exporte in andere Länder vorzunehmen."

Am 1. September 2006 wurde der Vertrag vom 1. Februar 1982 durch ein neues Vertragswerk abgelöst, bestehend aus einem "Distribution Agreement" und einem "Agreement on the Manufacture of Dental Products". In Bezug auf den Vertrieb der Gaba-Produkte in Österreich sieht das Distribution Agreement in Ziff. 12.1 Folgendes vor:

"The distributor [Gebro] shall not make any active endeavours to solicit orders for the products [Gaba-Produkte] outside the territory [Österreich] and shall not establish any centre for the distribution of the products outside the territory. [The] distributor shall inform [the] principal [Gaba] of any request of supply of products coming from outside the territory. The principal or its affiliates shall not make any active endeavours to sell products in the territory."

B.

Die Denner AG - zwischenzeitlich durch den Migros-Genossenschafts-Bund unter Berücksichtigung der Vorgaben der Verfügung vom 3. September 2007 übernommen (vgl. RPW 2008, S. 129 ff.) - mit Sitz in Zürich ist ein in

der Schweiz tätiges Detailhandelsunternehmen. Sie bietet als Discounter ein Sortiment in den Bereichen Food und Near-Food an. Sie reichte am 30. November 2005 beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) eine Anzeige gegen Gaba wegen angeblicher Wettbewerbsbeschränkung ein, da ihre Versuche, zwischen 2003 und 2005 das von Gaba hergestellte Produkt Elmex rot direkt zu kaufen bzw. parallel aus Österreich zu importieren, gescheitert seien, und beantragte gleichzeitig die Einleitung einer Untersuchung im Sinne von Art. 26 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251).

Das Sekretariat eröffnete am 10. Mai 2006 eine Vorabklärung nach Art. 26 KG und durch Publikation im Bundesblatt am 13. März 2007 (Art. 28 KG; BBl 2007 1784) eine Untersuchung im Einvernehmen mit einem Mitglied der Wettbewerbskommission (WEKO) gemäss Art. 27 KG. Untersucht wurde dabei, ob unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG in Form von Preisvorgaben der Gaba für den Verkauf von Elmex rot oder eine Behinderung von Parallelimporten von Elmex rot vorliegen. Zudem sollte analysiert werden, ob die Nichtbelieferung der Denner AG mit Elmex rot als Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 KG oder Art. 7 KG zu werten sei. In diesem Zusammenhang hat das Sekretariat die Gebro zu den Gründen der Nichtbelieferung der Denner AG angefragt; die Gebro teilte diesbezüglich mit, dass nur formelle Anfragen beantwortet würden. Im Jahre 2008 wurde schliesslich die Gebro mit entsprechender Information an die Österreichische Bundeswettbewerbsbehörde befragt. Gebro beantwortete diese Fragen.

C.

Nach der Ausweitung des Verfahrens auf die Gebro, der Gewährung des rechtlichen Gehörs (Art. 30 Abs. 2 KG) zum Antrag des Sekretariats und zur Einvernahme der Anzeigerin als Zeugin erliess die WEKO am 30. November 2009 eine Verfügung (RPW 2010, S. 65 ff.; Versand: 7. Dezember 2009; Zustellung: 8. Dezember 2009) mit folgendem Dispositiv:

- "1. Es wird festgestellt, dass der Lizenzvertrag vom 1. Juli 1982 zwischen Gaba International AG und Gebro Pharma GmbH bis zum 1. September 2006 eine unzulässige Gebietsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG enthielt.
- Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.
- Gaba International AG wird gemäss Art. 49a Abs. 1 KG für das unter der Ziff. 1 beschriebene Verhalten mit einem Betrag von CHF 4'820'580.-- belastet.
- Gebro Pharma GmbH wird für das unter der Ziff. 1 beschriebene Verhalten mit einem Betrag von CHF 10'000.-- belastet.
- Die Verfahrenskosten belaufen sich insgesamt auf CHF 306'215.-- und werden den Parteien wie folgt auferlegt: Gaba International AG CHF 296'215.--, Gebro Pharma GmbH CHF 10'000.--.

6. [Rechtsmittelbelehrung]

[Eröffnung]."

D.

Gebro erhob am 25. Januar 2010 gegen die Verfügung der WEKO vom 30. November 2009 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht mit folgenden Rechtsbegehren:

"1. Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 30. November 2009 in Sachen Untersuchung betreffend 22-0349: Gaba sei aufzuheben und die Untersuchung betreffend 22-0349: Gaba sei ohne Folgen für Gebro Pharma GmbH einzustellen.

2. [Kosten und Entschädigung]."

E.

Am 19. Dezember 2013 erliess das Bundesverwaltungsgericht seinen Entscheid mit folgendem Dispositiv:

"1. Die Beschwerde vom 25. Januar 2010 wird abgewiesen.

2. Der redaktionelle Fehler in Ziff. 1 des Dispositivs der Verfügung vom 30. November 2009 im Untersuchungsverfahren 22-0349 wird wie folgt berichtigt:

"1. Es wird festgestellt, dass der Lizenzvertrag vom 1. Februar 1982 zwischen Gaba International AG und Gebro Pharma GmbH bis zum 1. September 2006 eine unzulässige Gebietsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG enthielt."

3. Die Kosten des vorliegenden Verfahrens werden auf CHF 10'000.- festgesetzt. Sie werden nach Rechtskraft des Urteils mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von CHF 5'000.- verrechnet. Die Beschwerdeführerin hat den Restbetrag von CHF 5'000.- innert 30 Tagen nach Rechtskraft des Urteils der Gerichtskasse zu überweisen.

4. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

5. [Mitteilung]."

F.

Vor Bundesgericht beantragt die Gebro:

"1.

a) Dispositiv-Ziff. 1 und 2 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2013 (Geschäfts-Nr. B-463/2010) seien aufzuheben und wie folgt neu zu fassen: "Die Beschwerde vom 25. Januar 2010 wird gutgeheissen. Die Dispositiv-Ziff. 1, 4 und 5 der Verfügung vom 30. November 2009 werden aufgehoben. Die vorinstanzlichen Verfahrenskosten werden vollumfänglich der Staatskasse auferlegt."

b) Eventualiter sei Dispositiv-Ziff. 1 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2013 (Geschäfts-Nr. B-463/2010) aufzuheben und wie folgt neu zu fassen: "Die Beschwerde vom 25. Januar 2010 wird teilweise gutgeheissen. Dispositiv-Ziff. 4 der Verfügung vom 30. November 2009 wird aufgehoben"

c) Subeventualiter sei Dispositiv-Ziff. 1 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2013 (Geschäfts-Nr. B-463/2010) aufzuheben und das Bundesverwaltungsgericht sei anzuweisen, über die Beschwerde vom 25. Januar 2010 neu zu befinden.

2.

a) Dispositiv-Ziff. 3 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2013 (Geschäfts-Nr. B-463/2010) sei aufzuheben und wie folgt neu zu fassen: "Die Verfahrenskosten werden vollumfänglich der Staatskasse auferlegt. Der geleistete Kostenvorschuss von CHF 5'000 wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet."

b) Eventualiter sei Dispositiv-Ziff. 3 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2013 (Geschäfts-Nr. B-463/2010) aufzuheben und über die Kostenregelung neu zu befinden.

3. Dispositiv-Ziff. 4 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2013 (Geschäfts-Nr. B-463/2010) sei aufzuheben und durch eine Fassung zu ersetzen, gemäss welcher der Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine angemessene Parteientschädigung zugesprochen wird.

4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Staates."

Im Wesentlichen rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Kartellgesetzes und der Bundesverfassung.

G.

Die WEKO hat sich innert erstreckter Frist am 1. Mai 2014 vernehmen lassen, währenddem das Bundesverwaltungsgericht und das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) auf eine Stellungnahme verzichtet haben. Mit Stellungnahme vom 27. Juni 2014 hat sich die Beschwerdeführerin zur Vernehmlassung der WEKO geäußert.

Erwägungen:**1.**

Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts in kartellrechtlichen Angelegenheiten können beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 82, Art. 83 i.V.m. Art. 86 Abs. 1 lit. a und Art. 90 BGG; vgl. zuletzt BGE 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016 E. 1.1).

Auf die Beschwerde ist einzutreten. Die Beschwerdeführerin ist beschwerdeberechtigt: sie ist direkte Adressatin des angefochtenen Entscheides und wird materiellrechtlich durch die Sanktionierung beschwert, weshalb sie ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des Entscheids hat (vgl. Art. 89 Abs. 1 BGG). Die Beschwerde ist frist- (Art. 100 Abs. 1 BGG) und formgerecht (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) erhoben worden.

2.

2.1. Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 beteiligt ist oder sich nach Art. 7 unzulässig verhält, sanktioniert. Im Parallelverfahren BGE 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016 (E. 9 mit Hinweisen), in welchem die hier strittige Abrede ebenfalls Gegenstand bildete, hat das Bundesgericht festgehalten, dass mit Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG auf den Abredetyp, d.h. auf die dort aufgeführten Abreden, Bezug genommen wird. Handelt es sich somit um *horizontale* Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen, über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen, über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern oder um *vertikale* Abreden über Mindest- oder Festpreise oder in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden,

ist das Tatbestandselement erfüllt. Diese Abreden müssen sodann unzulässig sein. Sie sind nach Art. 5 Abs. 1 dann unzulässig, wenn sie den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) rechtfertigen lassen, sowie wenn sie zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen.

2.2. Zunächst stellt sich die Frage, ob eine Abrede nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG vorliegt: Im bereits erwähnten Parallelverfahren 2C_180/2014 hat das Bundesgericht (E. 6) ausgeführt, dass Ziff. 3.2 des Vertrags vom 1. Februar 1982 eine Abrede darstellt und der Beschwerdeführerin Passivverkäufe in ein ihr nicht zugeteiltes Gebiet untersagt; nicht anders ist hier zu entscheiden. Ob dies der Vertragswirklichkeit entsprach, ist im Rahmen der Prüfung der Tatbestandselemente von Art. 5 Abs. 4 KG entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht relevant. Massgebend ist lediglich der Abschluss solcher Abreden (vgl. BGE 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016 E. 5.4; MARC AMSTUTZ/MANI REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden - eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, in: Stoffel/Zäch, Kartellgesetzrevision 2003. Neuerungen und Folgen, 2004, S. 69 ff., 102 f.; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rz. 449; ANDREA DOSS, Vertikalabreden und deren direkte Sanktionierung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, 2009, Rz. 210; ADRIAN KÜNZLER, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?, 2008, S. 333, 363). Erst bei der Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs ist die Vertragswirklichkeit einzubeziehen; diese Widerlegung ist in casu allerdings von Anfang an unbestritten.

2.3. Zu prüfen ist nunmehr, ob die strittige Abrede unzulässig ist. Da die Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 4 KG bereits vor der WEKO erfolgreich war und demzufolge die Abrede zu *keiner Beseitigung* des wirksamen Wettbewerbs führte (Art. 5 Abs. 1 zweiter Teil KG), stellt sich die Frage, ob sie allenfalls den Wettbewerb *erheblich beeinträchtigt* und ob sie, falls solches zutreffen würde, durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann (Art. 5 Abs. 1 erster Teil KG).

Im Parallelverfahren (2C_180/2014) hat das Bundesgericht verschiedene Fragen zur Passage "erheblich beeinträchtigen" geklärt (BGE 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016) und festgehalten, dass Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG grundsätzlich eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung darstellen (E. 5).

In Bezug auf die auch hier strittige Ziff. 3.2 des Vertrags vom 1. Februar 1982 hat das Bundesgericht festgehalten, dass diese eine vertikale Abrede darstellt, die einen absoluten Gebietsschutz vorsieht und eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung mit potenziellen Auswirkungen bildet (E.6), die mangels entsprechender Rügen nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt ist (E.7). Nicht anders verhält es sich auch hier. Die Rügen der Beschwerdeführerin betreffen nur die Fragen, die das Bundesgericht in BGE 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016 geklärt hat. Es kann darauf verwiesen werden. Eine Auseinandersetzung mit den Effizienzkriterien hat die Beschwerdeführerin zudem unterlassen.

2.4. Die Beschwerdeführerin rügt sodann, dass keine Sanktion zulässig sei, wenn die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt worden sei. Dies trifft entsprechend BGE 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016 (E. 9) nicht zu (siehe oben E. 2.1); die Rügen zielen deshalb nunmehr an der Sache vorbei.

2.5. Warum die vorinstanzlichen Verfahrenskosten und die nicht zugesprochene Parteientschädigung unabhängig vom Resultat in der Hauptsache zu korrigieren wären, wird mit keinem Wort ausgeführt. Eine Auseinandersetzung damit kann infolgedessen unterbleiben.

3.

Nach Art. 49a Abs. 1 KG besteht die Sanktion in einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Insofern kommt den Behörden ein grosser Ermessensspielraum zu.

Die Beschwerdeführerin ist mit Fr. 10'000.-- sanktioniert worden. Es fällt dabei auf, dass diese Sanktion gegenüber derjenigen ihrer Abredepartnerin (vgl. Verfahren 2C_180/2014) sehr gering ist. Die WEKO hat diesbezüglich ausgeführt, dass die Beschwerdeführerin bei den Vertragsverhandlungen in einer schwächeren Position gewesen sei, da die Abredepartnerin ein anderes Unternehmen hätte betrauen oder ein Tochterunternehmen hätte gründen können, wie sie es in allen anderen umliegenden Ländern der Schweiz getan hat. Die Durchsetzung der Gebietsabrede sei vor allem der Abredepartnerin der Beschwerdeführerin zugute gekommen, weil diese sich nur auf Österreich fokussiert hätte, weshalb jene in der Schweiz keinem Wettbewerbsdruck ausgesetzt gewesen sei, was auch wegen der eigenen Tochterunternehmen in den umliegenden Ländern begünstigt werde. Schliesslich habe die Beschwerdeführerin während der 25-jährigen Vertragsdauer investiert, weshalb sie kaum eine Vertragskündigung hätte riskieren wollen. Diese Argumentation überzeugt und die WEKO hat deshalb mit der Auferlegung einer - zwar sehr - tiefen Sanktion ihr Ermessen nicht missbraucht. Insofern liegt auch zum Parallelverfahren 2C_180/2014 keine Rechtsungleichheit vor, da in den rechtlich relevanten tatsächlichen Elementen eben keine Übereinstimmung vorliegt.

4.

Demnach erweist sich die Beschwerde als unbegründet und die Beschwerde ist abzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen (Art. 68 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 5'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, und dem Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung schriftlich mitgeteilt.

D Entwicklungen Développements Sviluppi

D 1 Erlasse, Bekanntmachungen Actes législatifs, communications Atti legislativi, comunicazioni

D 1	1. Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden¹ (Vertikalbekanntmachung, VertBek) – Beschluss der Wettbewerbskommission vom 28. Juni 2010 (Stand am 22. Mai 2017)
-----	---

Die Wettbewerbskommission erlässt die folgende allgemeine Bekanntmachung in Erwägung nachstehender Gründe:

- I. Gemäss Artikel 6 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG; SR 251) kann die Wettbewerbskommission in allgemeinen Bekanntmachungen die Voraussetzungen umschreiben, unter denen einzelne Arten von Wettbewerbsabreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 KG in der Regel als gerechtfertigt gelten. Wenn ein Bedürfnis nach mehr Rechtssicherheit es erfordert, kann sie in analoger Anwendung von Artikel 6 KG auch andere Grundsätze der Rechtsanwendung in allgemeinen Bekanntmachungen veröffentlichen.
- II. Vertikale Vereinbarungen können die volkswirtschaftliche Effizienz innerhalb einer Produktions- oder Vertriebskette erhöhen, weil sie eine bessere Koordinierung zwischen den beteiligten Unternehmen ermöglichen. Sie können insbesondere die Transaktions- und Distributionskosten der Beteiligten verringern und deren Umsätze und Investitionen optimieren.
- III. Die Wahrscheinlichkeit, dass derartige effizienzsteigernde Wirkungen stärker ins Gewicht fallen als wettbewerbsschädliche Wirkungen, die von Beschränkungen in vertikalen Abreden verursacht werden, hängt von der Marktmacht der beteiligten Unternehmen und somit vom Ausmass des Wettbewerbs zwischen Anbietern verschiedener Marken (Interbrand-Wettbewerb) ab. Dabei geht die Wettbewerbskommission davon aus, dass vertikale Abreden im Allgemeinen zu einer Verbesserung der Produktion oder des Vertriebs führen, sofern keines der an einer vertikalen Abrede beteiligten Unternehmen einen Anteil von mehr als 30 % am relevanten Markt hält und es sich nicht um eine qualitativ schwerwiegende Abrede handelt.
- IV. Im Rahmen der KG-Revision 2003 wurden mit dem Artikel 5 Absatz 4 KG neue Tatbestände eingeführt mit dem Ziel, Preisbindungen und Abschottungen des schweizerischen Marktes zu verhindern und den markeninternen Wettbewerb (Intrabrand-Wettbewerb) zu fördern. Gemäss Artikel 5 Absatz 4 KG wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet bei der Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen (Preisbindungen zweiter Hand) sowie bei gebietsabschottenden Klauseln, die ein Verbot des Passivverkaufs an Händler oder Endkunden statuieren.
- V. Der Gesetzgeber hat in der KG-Revision 2003 zum Ausdruck gebracht, dass er die Festsetzung von Mindest- und Festpreisen sowie gebietsabschottende Klauseln in vertikalen Vereinbarungen als potenziell besonders schädlich erachtet. Die Wettbewerbskommission hat diese Einschätzung in ihren bisherigen Entscheiden konkretisiert und bereits in der Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 2. Juli 2007 (Vertikalbekanntmachung 2007) entsprechende Kriterien zur Beurteilung vertikaler Abreden erlassen, insbesondere hinsichtlich der Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs (Art. 5 Abs. 4 KG), der Erheblichkeit (Art. 5 Abs. 1 KG) sowie der Rechtfertigungsgründe (Art. 5 Abs. 2 KG).
- VI. Vorliegende Bekanntmachung basiert auf der Vertikalbekanntmachung 2007, welche sich an die Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen (ABl 1999 L 336/21) sowie an die Mitteilung der Kommission betreffend Leitlinien für vertikale Beschränkungen (ABl 2000 C 291/1) anlehnte. Diese Rechtsgrundlagen wurden am 1. Juni 2010 ersetzt durch die Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen (ABl 2010 L 102/1) und die entsprechenden Leitlinien

¹ Massgebend ist der im Bundesblatt zu veröffentlichende Text.

(ABl 2010 C 130/1), welche in einzelnen Punkten Anpassungen vorsehen. Mit den Änderungen soll im Wesentlichen den Marktentwicklungen Rechnung getragen werden, vor allem der gewachsenen Nachfragemacht grosser Einzelhandelsunternehmen und der Entwicklung des Online-Vertriebs.

- VII. Die aktuelle Revision der Bekanntmachung trägt der jüngsten Fallpraxis der Wettbewerbskommission sowie den Anpassungen im europäischen Recht – unter Berücksichtigung der in der Schweiz herrschenden rechtlichen und wirtschaftlichen Bedingungen – Rechnung. Damit stellt sie sicher, dass in der Schweiz im Bereich der vertikalen Abreden weiterhin möglichst die gleichen Regeln zur Anwendung kommen wie in der Europäischen Union, eine Isolierung der schweizerischen Märkte vermieden und Rechtssicherheit geschaffen wird. In diesem Sinne gelten die europäischen Regeln (vgl. Erw. VI.) analog auch für die Schweiz.
- VIII. Ziffer 10 konkretisiert die Abreden, bei welchen gemäss Artikel 5 Absatz 4 KG vermutet wird, dass sie zu einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führen. Ziffer 11 macht deutlich, dass für eine Widerlegung der Vermutung auf einer Gesamtbeurteilung des Marktes (Intrabrand- und Interbrand-Wettbewerb auf dem relevanten Markt) abgestellt wird.
- IX. Ziffer 12 (1) stellt klar, dass Abreden nach Artikel 5 Absatz 4 KG grundsätzlich das Kriterium der Erheblichkeit nach Artikel 5 Absatz 1 KG erfüllen, falls die Vermutung widerlegt werden kann. Bei allen anderen vertikalen Wettbewerbsabreden sind sowohl qualitative wie auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen, wobei die Abwägung dieser beiden Kriterien einzelfallweise in einer Gesamtbeurteilung erfolgt. Ziffer 12 (2) zeigt auf, welche Abreden aufgrund des Gegenstands als qualitativ schwerwiegend betrachtet werden. Bei solchen Abreden genügen in quantitativer Hinsicht tiefere Anforderungen als bei qualitativ nicht schwerwiegenden Abreden, um sie als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren.²
- X. Ziffer 13 macht deutlich, dass vertikale Wettbewerbsabreden, die nicht unter Ziffer 10 oder 12 (2) Bst. b bis e fallen, in der Regel nicht zu einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung führen, falls die Marktanteilsschwelle von 15 % nicht überschritten wird und sich die Abrede nicht kumulativ mit anderen Abreden auf den Markt auswirkt (Bagatellfälle). Wird die Marktanteilsschwelle von 15 % überschritten oder wirkt sich die Abrede kumulativ mit anderen Abreden auf den Markt aus, wird die Wettbewerbsbeeinträchtigung im Einzelfall geprüft.³
- XI. Ziffer 15 bringt zum Ausdruck, wie Preisempfehlungen gewürdigt werden und welche Umstände Anlass geben können, Preisempfehlungen aufzugreifen.
- XII. Kann die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden und liegt eine

den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede vor, ist zu prüfen, ob die Abrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann. In Ziffer 16 werden die Voraussetzungen umschrieben, unter denen vertikale Wettbewerbsabreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 KG in der Regel als gerechtfertigt gelten. Sind keine Effizienzgründe ersichtlich, ist die Abrede unzulässig. Unzulässige Wettbewerbsabreden nach Artikel 5 Absatz 4 KG sind nach Artikel 49a KG sanktionsbedroht, selbst wenn die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann.

XIII. Diese Bekanntmachung bindet die Zivilgerichte, das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesgericht nicht bei der Auslegung der kartellrechtlichen Bestimmungen.

XIV. Die Bekanntmachung wurde am 22. Mai 2017 gestützt auf das Urteil des Bundesgerichts i.S. Gaba angepasst.⁴

A. Begriffe

Ziffer 1 Vertikale Wettbewerbsabreden

Erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen (vgl. Art. 4 Abs. 1 KG) von Unternehmen verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken und Geschäftsbedingungen betreffen, zu denen die beteiligten Unternehmen bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können.

Ziffer 2 Aktiver Verkauf

Die aktive Ansprache einzelner Kunden, z.B. mittels Direktwerbung einschliesslich Massen-E-Mails oder persönlichen Besuchs, oder die aktive Ansprache einer bestimmten Kundengruppe oder von Kunden in einem bestimmten Gebiet mittels Werbung in den Medien, über das Internet oder mittels anderer verkaufsfördernder Massnahmen, die sich gezielt an die betreffende Kundengruppe oder gezielt an die Kunden in dem betreffenden Gebiet richten.⁵

Ziffer 3 Passiver Verkauf

Die Erledigung unaufgeforderter Bestellungen einzelner Kunden, d.h. das Liefern von Waren an bzw. das Erbringen von Dienstleistungen für solche Kunden.⁶ Allgemeine Werbe- oder Verkaufsförderungsmassnahmen, die Kunden in Gebieten oder Kundengruppen, die anderen Händlern (ausschliesslich) zugewiesen sind, erreichen, die aber eine vernünftige Alternative zur Ansprache von Kunden ausserhalb dieser Gebiete oder Kundengruppen, z.B. im eigenen Gebiet, darstellen, sind passive Verkäufe. In diesem Sinne gelten Internetverkäufe als passive Verkäufe, ausser wenn sich Verkaufsbemühungen gezielt an Kunden ausserhalb des zugewiesenen Gebiets richten.

² Angepasst am 22.5.2017 (vgl. Erw. XIV.).

³ Angepasst am 22.5.2017 (vgl. Erw. XIV.).

⁴ Urteil des BGer 2C_180/2014 vom 28.6.2016, *Gaba/WEKO*.

⁵ Angepasst am 22.5.2017 (vgl. Erw. XIV.).

⁶ Angepasst am 22.5.2017 (vgl. Erw. XIV.).

Ziffer 4 Selektive Vertriebssysteme

(1) Allgemein

Vereinbarungen zwischen Anbietern und Händlern, wonach

- i) der Anbieter die Vertragswaren oder -dienstleistungen nur an Händler verkaufen darf, die aufgrund festgelegter Merkmale ausgewählt werden (zugelassene Händler) und
- ii) diese Händler die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht an Händler weiter verkaufen dürfen, die nicht zum Vertrieb zugelassen sind.

(2) Rein qualitativer Selektivvertrieb

Ein Vertriebssystem, bei dem die Auswahl der Händler ausschliesslich nach objektiven qualitativen Kriterien erfolgt, die sich nach den Anforderungen des betreffenden Produkts richten, z.B. in Bezug auf die Verkäuferschulung, den in der Verkaufsstätte gebotenen Service oder ein bestimmtes Spektrum der angebotenen Produkte.

Ziffer 5 Querlieferungen

Die gegenseitige Belieferung von Händlern gleicher oder unterschiedlicher Marktstufen innerhalb eines selektiven Vertriebssystems.

Ziffer 6 Wettbewerbsverbote

Alle unmittelbaren oder mittelbaren Verpflichtungen, die den Abnehmer veranlassen, keine Waren oder Dienstleistungen herzustellen, zu beziehen, zu verkaufen oder weiterzuverkaufen, die mit den Vertragswaren oder -dienstleistungen im Wettbewerb stehen. Des Weiteren alle unmittelbaren oder mittelbaren Verpflichtungen des Abnehmers, mehr als 80 % seiner auf der Grundlage des Einkaufswertes des vorherigen Kalenderjahres berechneten gesamten Einkäufe von Vertragswaren oder -dienstleistungen sowie ihrer Substitute auf dem relevanten Markt vom Anbieter oder einem anderen vom Anbieter bezeichneten Unternehmen zu beziehen.

Ziffer 7 Know-how

Eine Gesamtheit nicht patentierter praktischer Kenntnisse, die der Anbieter durch Erfahrung und Erprobung gewonnen hat und die

- i) geheim, d.h. nicht allgemein bekannt und nicht leicht zugänglich sind,
- ii) wesentlich, d.h. für die Verwendung, den Verkauf oder den Weiterverkauf der

Vertragswaren oder -dienstleistungen bedeutsam und nützlich sind, und

- iii) identifiziert sind, d.h. umfassend genug beschrieben sind, so dass überprüft werden kann, ob die Merkmale „geheim“ und „wesentlich“ erfüllt sind.

B. Regeln

Ziffer 8 Geltungsbereich

(1) Diese Bekanntmachung gilt für vertikale Wettbewerbsabreden.

(2) Diese Bekanntmachung findet auch Anwendung, wenn Wettbewerber eine nicht gegenseitige vertikale Vereinbarung treffen und

- a) der Anbieter zugleich Hersteller und Händler von Waren ist, der Abnehmer dagegen Händler, jedoch kein Wettbewerber auf der Herstellungsebene; oder
- b) der Anbieter ein auf mehreren Handelsstufen tätiger Dienstleister ist, der Abnehmer dagegen Waren oder Dienstleistungen auf der Einzelhandelsstufe anbietet und auf der Handelsstufe, auf der er die Vertragsdienstleistungen bezieht, kein Wettbewerber ist.

(3) Die Anwendung der vorliegenden Bekanntmachung schliesst nicht aus, dass ein Sachverhalt ganz oder teilweise als horizontale Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG qualifiziert oder von Artikel 7 KG erfasst wird. Diesfalls ist der Sachverhalt unabhängig von der vorliegenden Bekanntmachung gemäss den einschlägigen Vorschriften des Kartellgesetzes zu beurteilen.

(4) Diese Bekanntmachung gilt nicht für vertikale Vereinbarungen, die Bestimmungen enthalten, welche die Übertragung von geistigen Eigentumsrechten auf den Abnehmer oder die Nutzung solcher Rechte durch den Abnehmer betreffen, sofern diese Bestimmungen Hauptgegenstand der Vereinbarung sind und sofern sie sich nicht unmittelbar auf die Nutzung, den Verkauf oder den Weiterverkauf von Waren oder Dienstleistungen durch den Abnehmer oder seine Kunden beziehen.

Ziffer 9 Verhältnis zu anderen Bekanntmachungen

(1) Die Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel (KFZ-Bekanntmachung, KFZ-BEK)⁷ geht dieser Bekanntmachung vor. Soweit sich die Kfz-Bekanntmachung nicht äussert, sind die Vorschriften dieser Bekanntmachung anwendbar.

(2) Diese Bekanntmachung geht der Bekanntmachung betreffend Abreden mit beschränkter Marktwirkung (KMU-Bekanntmachung)⁸ vor.

Ziffer 10 Vermutungstatbestände

(1) Bei vertikalen Wettbewerbsabreden wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nach Artikel 5 Absatz 4 KG vermutet, wenn sie Folgendes zum Gegenstand haben:

- a) Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen, d.h. die Beschränkung der Möglichkeit des Abnehmers, seinen Verkaufspreis selbst festzusetzen. Dies gilt unbeschadet der Möglichkeit des Anbieters, Höchstverkaufspreise festzusetzen oder Preisempfehlungen auszusprechen, sofern sich diese nicht infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eines der beteiligten Unternehmen tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken;⁹

⁷ Beschluss der Wettbewerbskommission vom 29.6.2015 (BBJ 2015 6048), abrufbar unter www.weko.ch > Dokumentation > Bekanntmachungen/Erläuterungen.

⁸ Beschluss der Wettbewerbskommission vom 19.12.2005 (BBJ 2006 883), abrufbar unter www.weko.ch > Dokumentation > Bekanntmachungen/Erläuterungen.

⁹ Angepasst am 22.5.2017 (vgl. Erw. XIV.).

- b) Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (insbesondere Verbot des Passivverkaufs an Händler oder Endkunden).

(2) Artikel 5 Absatz 4 KG umfasst auch Abreden, welche indirekt zu Mindest- oder Festpreisen oder einem absoluten Gebietsschutz führen.

(3) Artikel 5 Absatz 4 KG umfasst auch in Empfehlungsförmig gekleidete Abreden, die auf einer Vereinbarung oder einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise beruhen und eine Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen oder einen absoluten Gebietsschutz bezwecken oder bewirken.

Ziffer 11 Widerlegung der Vermutung

Für die Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs ist eine Gesamtbetrachtung des Marktes unter Berücksichtigung des Intrabrand- und Interbrand-Wettbewerbs massgebend. Ausschlaggebend ist, ob genügend Intrabrand- oder Interbrand-Wettbewerb auf dem relevanten Markt besteht oder die Kombination der beiden zu genügend wirksamem Wettbewerb führt.

Ziffer 12 Erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen

(1) Bei der Prüfung der Frage, ob eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG vorliegt, ist Folgendes zu beachten:

- a) Abreden nach Artikel 5 Absatz 4 KG (vgl. Ziffer 10) erfüllen grundsätzlich das Kriterium der Erheblichkeit nach Artikel 5 Absatz 1 KG, falls die Vermutung widerlegt werden kann.¹⁰
- b) Bei allen anderen vertikalen Wettbewerbsabreden sind sowohl qualitative wie auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen. Die Abwägung dieser beiden Kriterien erfolgt einzelfallweise in einer Gesamtbeurteilung. Dabei kann eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung trotz quantitativ geringfügiger Auswirkungen erheblich ein. Umgekehrt kann eine Beeinträchtigung mit quantitativ beträchtlichen Auswirkungen den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, auch wenn sie qualitativ nicht schwerwiegend ist.

(2) Abreden, die nicht von Artikel 5 Absatz 4 KG erfasst werden, werden als qualitativ schwerwiegend betrachtet, wenn sie Folgendes zum Gegenstand haben:¹¹

- a) [...] ¹²
- b) Beschränkung des Gebiets oder der Kundengruppe, in das oder an die ein an der Vereinbarung beteiligter Abnehmer, vorbehaltlich einer etwaigen Beschränkung in Bezug auf den Ort seiner Niederlassung, Vertragswaren oder -dienstleistungen verkaufen darf; eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs aufgrund des Gegenstandes liegt jedoch nicht vor bei
- i) Beschränkungen des aktiven Verkaufs in Gebiete oder an Kundengruppen, die der Anbieter sich selbst vorbehalten oder ausschliesslich einem anderen Händler zugewiesen hat, vorausgesetzt dass Passivverkäufe uneingeschränkt möglich sind;
- ii) Beschränkungen des Direktverkaufs von Grossisten an Endverbraucher;

- iii) Beschränkungen des Verkaufs an nicht zugelassene Händler durch die Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems innerhalb des vom Anbieter für den Betrieb dieses Systems festgelegten Gebiets;
- iv) Beschränkungen der Möglichkeit des Abnehmers, Teile, die zur Weiterverwendung geliefert werden, an Kunden zu verkaufen, die diese Teile für die Herstellung derselben Art von Waren verwenden würden, wie sie der Anbieter herstellt;
- c) Beschränkungen des aktiven oder passiven Verkaufs an Endverbraucher durch auf der Einzelhandelsstufe tätige Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems; dies gilt unbeschadet der Möglichkeit, Mitgliedern des Systems zu untersagen, Geschäfte von nicht zugelassenen Niederlassungen aus zu betreiben;
- d) Beschränkungen von Querlieferungen zwischen Händlern innerhalb eines selektiven Vertriebssystems, auch wenn diese auf unterschiedlichen Marktstufen tätig sind;
- e) Beschränkungen, die zwischen einem Anbieter von Teilen und einem Abnehmer, der diese Teile weiterverwendet, vereinbart werden, welche den Anbieter daran hindern, die Teile als Ersatzteile an Endverbraucher, an Reparaturbetriebe oder andere Dienstleister zu verkaufen, die der Abnehmer nicht mit der Reparatur oder der Wartung seiner Waren betraut hat;
- f) Wettbewerbsverbote, welche für eine unbestimmte Dauer oder für eine Dauer von mehr als fünf Jahren vereinbart werden; die Begrenzung auf fünf Jahre gilt nicht, sofern der Abnehmer die Vertragswaren oder -dienstleistungen in den Räumlichkeiten und auf Grundstücken des Verkäufers (Eigentum oder Miete/Pacht) anbietet;
- g) nachvertragliche Wettbewerbsverbote; dies gilt nicht, wenn das nachvertragliche Wettbewerbsverbot
- i) sich auf Waren oder Dienstleistungen bezieht, die mit den Vertragswaren oder -dienstleistungen im Wettbewerb stehen,
- ii) sich auf Räumlichkeiten und Grundstücke beschränkt, von denen aus der Abnehmer während der Vertragsdauer seine Geschäfte betrieben hat;
- iii) unerlässlich ist, um dem Abnehmer vom Anbieter übertragenes Know-how zu schützen, und es
- iv) auf einen Zeitraum von höchstens einem Jahr nach Beendigung der Vereinbarung begrenzt ist.

Die Beschränkung der Nutzung und Offenlegung von nicht allgemein zugänglichem Know-how bleibt zeitlich unbegrenzt möglich;

- h) Einschränkungen von Mehrmarkenvertrieb in selektiven Vertriebssystemen, welche sich gezielt auf Marken bestimmter konkurrierender Anbieter beziehen.

¹⁰ Angepasst am 22.5.2017 (vgl. Erw. XIV.).

¹¹ Angepasst am 22.5.2017 (vgl. Erw. XIV.).

¹² Angepasst am 22.5.2017 (vgl. Erw. XIV.).

Ziffer 13 Unerhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung aufgrund der Marktanteile

(1) Vertikale Wettbewerbsabreden, welche nicht unter Ziffer 10 oder 12 (2) Bst. b bis e fallen, führen in der Regel nicht zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs, wenn kein an der Abrede beteiligtes Unternehmen auf einem von der Abrede betroffenen relevanten Markt einen Marktanteil von 15 % überschreitet.¹³

(2) Wenn der Wettbewerb auf dem relevanten Markt durch die kumulativen Auswirkungen mehrerer gleichartiger, nebeneinander bestehender vertikaler Vertriebsnetze beschränkt wird, wird die in Ziffer 13 (1) genannte Marktanteilsschwelle auf 5 % herabgesetzt. In der Regel liegt kein kumulativer Abschottungseffekt vor, wenn weniger als 30 % des relevanten Marktes von gleichartigen, nebeneinander bestehenden vertikalen Vertriebsnetzen abgedeckt werden.

Ziffer 14 Unerheblichkeit von rein qualitativem Selektivvertrieb

Abreden, die einen rein qualitativen Selektivvertrieb zum Gegenstand haben, führen nicht zu einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung, sofern kumulativ drei Voraussetzungen erfüllt sind:

- i) die Beschaffenheit des fraglichen Produkts muss einen selektiven Vertrieb erfordern, d.h., ein solches Vertriebssystem muss ein Erfordernis zur Wahrung der Qualität und zur Gewährleistung des richtigen Gebrauchs des betreffenden Produkts sein;
- ii) die Wiederverkäufer müssen aufgrund objektiver Kriterien qualitativer Art ausgewählt werden. Diese sind einheitlich festzulegen, allen potenziellen Wiederverkäufern zur Verfügung zu stellen und unterschiedslos anzuwenden;
- iii) die aufgestellten Kriterien dürfen nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist.

Ziffer 15 Preisempfehlungen

(1) Bei Preisempfehlungen von Anbietern an Wiederverkäufer oder Händler ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 4 i.V.m. Absatz 1 KG vorliegt.

(2) Preisempfehlungen gelten grundsätzlich als erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen, wenn sich diese infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eines der beteiligten Unternehmen tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken (vgl. Ziffer 10 (1) Bst. a).¹⁴

(3) Folgende Umstände können Anlass geben, Preisempfehlungen aufzugreifen:

- a) der Umstand, dass Preisempfehlungen in nicht allgemein zugänglicher Weise abgegeben werden, sondern nur an die Wiederverkäufer oder Händler;
- b) der Umstand, dass Preisempfehlungen, die von Herstellern oder Lieferanten in Schweizerfranken auf den Produkten, Verpackungen oder in Katalogen etc. angebracht werden, nicht ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet sind;

c) der Umstand, dass das Preisniveau der von den Preisempfehlungen betroffenen Produkte bei vergleichbarer Gegenleistung deutlich höher liegt als im benachbarten Ausland;

d) der Umstand, dass die Preisempfehlungen tatsächlich von einem bedeutenden Teil der Wiederverkäufer oder Händler befolgt werden.

Ziffer 16 Rechtfertigung

(1) Liegt eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede vor, ist zu prüfen, ob diese gemäss Artikel 5 Absatz 2 KG gerechtfertigt ist. Sind keine Effizienzgründe ersichtlich, ist die Abrede unzulässig.

(2) Abreden gelten in der Regel ohne Einzelfallprüfung als gerechtfertigt, wenn der Anteil des Anbieters an dem relevanten Markt, auf dem er die Vertragswaren oder -dienstleistungen anbietet, und der Anteil des Abnehmers an dem relevanten Markt, auf dem er die Vertragswaren und -dienstleistungen bezieht, jeweils nicht mehr als 30 % beträgt. Davon ausgenommen sind Abreden nach Ziffern 10 und 12 (2) sowie Abreden, die sich mit anderen kumulativ auf den Markt auswirken.¹⁵

(3) Den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abreden, die von Ziffer 16 (2) nicht erfasst werden, unterliegen einer Einzelfallprüfung. Ein Rechtfertigungsgrund liegt vor, wenn eine Abrede die wirtschaftliche Effizienz im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 KG erhöht – beispielsweise durch eine effizientere Vertriebsgestaltung im Sinne einer Verbesserung der Produkte oder Produktionsverfahren oder einer Senkung der Vertriebskosten – und die Wettbewerbsbeeinträchtigung dazu notwendig ist.

(4) Unternehmen können im Rahmen der in Artikel 5 Absatz 2 KG genannten Rechtfertigungsgründe namentlich Folgendes geltend machen:

- a) Zeitlich begrenzter Schutz von Investitionen für die Erschliessung neuer räumlicher Märkte oder neuer Produktmärkte;
- b) Sicherung der Einheitlichkeit und Qualität der Vertragsprodukte;
- c) Schutz vertragsspezifischer Investitionen, die ausserhalb der Geschäftsbeziehung nicht oder nur mit hohem Verlust verwendet werden können (Hold-up Problem);
- d) Vermeidung von ineffizient tiefen Verkaufsförderungsmassnahmen (z.B. Beratungsdienstleistungen), die resultieren können, wenn ein Hersteller oder Händler von den Verkaufsförderungsbemühungen eines anderen Herstellers oder Händlers profitieren kann (Trittbrettfahrerproblem);
- e) Vermeidung eines doppelten Preisaufschlags, der sich ergeben kann, wenn sowohl der Hersteller als auch der Händler über Marktmacht verfügen (Problem der doppelten Marginalisierung);

¹³ Angepasst am 22.5.2017 (vgl. Erw. XIV.).

¹⁴ Angepasst am 22.5.2017 (vgl. Erw. XIV.).

¹⁵ Angepasst am 22.5.2017 (vgl. Erw. XIV.).

- f) Förderung der Übertragung von wesentlichem Know-how;
- g) Sicherung von finanziellen Engagements (z.B. Darlehen), die durch den Kapitalmarkt nicht zur Verfügung gestellt werden.

Ziffer 17 Publikation

Diese Bekanntmachung wird im Bundesblatt veröffentlicht (Art. 6 Abs. 3 KG).

Ziffer 18 Aufhebung der bisherigen Bekanntmachung

Mit dem Inkrafttreten dieser Bekanntmachung wird die Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 2. Juli 2007¹⁶ aufgehoben.

Ziffer 19 Übergangsregelung

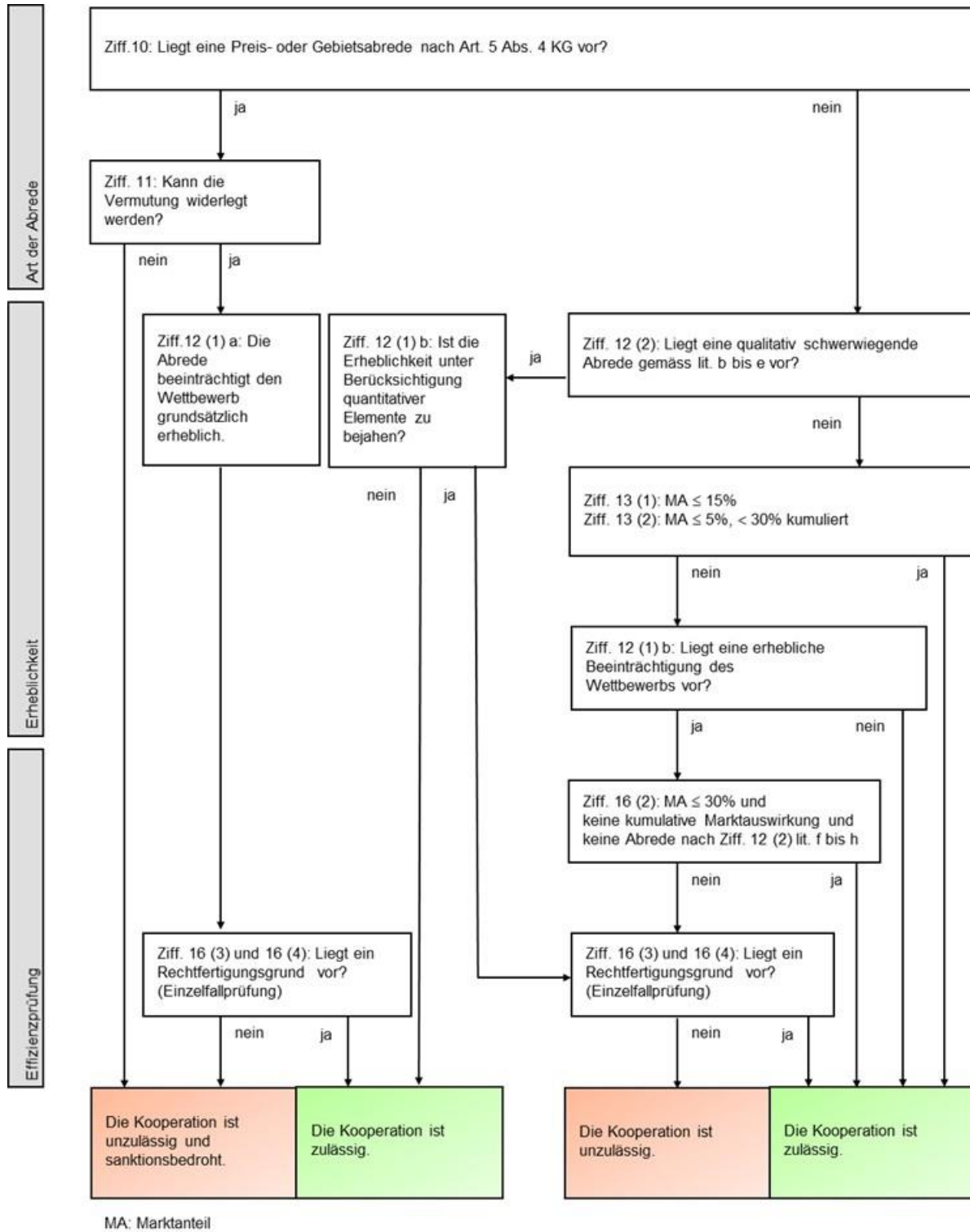
Diese Bekanntmachung soll während der Periode zwischen dem 1. August 2010 und dem 31. Juli 2011 auf all diejenigen Vereinbarungen nicht zur Anwendung kommen, welche vor dem 1. August 2010 in Kraft traten und den Kriterien der aufgehobenen Bekanntmachung entsprachen, nicht hingegen den Kriterien vorliegender Bekanntmachung genügen.

Ziffer 20 Inkrafttreten

Diese Bekanntmachung tritt am 1. August 2010 in Kraft.

¹⁶ Beschluss der Wettbewerbskommission vom 2.7.2007 (BBl 2007 7597).

Anhang 1: Prüfschema für die Beurteilung von vertikalen Abreden¹⁷



¹⁷ Angepasst am 22.5.2017 (vgl. Erw. XIV.).

D 1	2. Communication concernant l'appréciation des accords verticaux¹ (Communication sur les accords verticaux, CommVert) – Décision de la Commission de la concurrence du 28 juin 2010 (état au 22 mai 2017)
-----	---

Vu les considérants suivants, la Commission de la concurrence arrête la présente communication:

- I. Conformément à l'article 6 de la Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart; RS 251), la Commission de la concurrence peut fixer par voie de communication les conditions auxquelles des accords en matière de concurrence sont en règle générale réputés justifiés par des motifs d'efficacité économique au sens de l'article 5 alinéa 2 LCart. Lorsqu'un besoin accru de sécurité juridique l'exige, elle peut aussi, par une application analogique de l'article 6 LCart, faire connaître d'autres principes d'appréciation de la loi par voie de communication.
- II. Les accords verticaux peuvent améliorer l'efficacité économique à l'intérieur d'une chaîne de production ou de distribution grâce à une meilleure coordination entre les entreprises participantes. Ils peuvent, en particulier, diminuer les coûts de transaction et de distribution des parties et assurer à celles-ci un niveau optimal d'investissements et de ventes.
- III. La probabilité que de tels gains d'efficacité l'emportent sur les effets anticoncurrentiels, entraînés par des restrictions contenues dans les accords verticaux, dépend du pouvoir de marché des entreprises concernées et, dès lors, du degré de concurrence exercée par les fournisseurs de différentes marques (concurrence intermarques). La Commission de la concurrence part ainsi du principe que les accords verticaux ont généralement pour effet d'améliorer la production ou la distribution, dans la mesure où aucune des entreprises parties à un accord vertical ne détient une part de marché supérieure à 30 % sur le marché pertinent et qu'il ne s'agit pas d'un accord grave d'un point de vue qualitatif.
- IV. Dans le cadre de la révision de la loi sur les cartels de 2003, l'article 5 alinéa 4 LCart a introduit de nouveaux faits constitutifs d'une infraction, dans le but d'empêcher l'imposition de prix de revente et le cloisonnement du marché suisse ainsi que de favoriser la concurrence à l'intérieur d'une même marque (concurrence intramarque). Selon l'article 5 alinéa 4 LCart, l'imposition de prix de revente minimaux ou fixes ainsi que les clauses contractuelles qui cloisonnent un territoire en interdisant les ventes passives aux distributeurs ou aux clients finals sont présumées entraîner la suppression de la concurrence efficace.
- V. Le législateur a indiqué, dans le cadre de la révision de la loi sur les cartels de 2003, qu'il considère l'imposition de prix de revente minimaux ou fixes ainsi que les clauses contractuelles cloisonnant un territoire, contenues dans des accords verticaux,

comme potentiellement particulièrement nuisibles. La Commission de la concurrence a concrétisé cette appréciation dans ses décisions passées et a déjà édicté, en conséquence, des critères d'appréciation des accords verticaux dans la Communication concernant l'appréciation des accords verticaux du 2 juillet 2007 (Communication sur les accords verticaux 2007), notamment en ce qui concerne le renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace (art. 5 al. 4 LCart), le caractère notable de l'accord (art. 5 al. 1 LCart) ainsi que les motifs de justification (art. 5 al. 2 LCart).

- VI. La présente communication se fonde sur la Communication sur les accords verticaux 2007, laquelle s'inspirait du Règlement (CE) n°2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (JO 1999 L 336/21) ainsi que de la Communication de la Commission concernant les lignes directrices sur les restrictions verticales (JO 2000 C 291/1). Ces dispositions de droit européen ont été remplacées le 1er juin 2010 par le Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (JO 2010 L 102/1) et les Lignes directrices sur les restrictions verticales (JO 2010 C 130/1), qui prévoient un certain nombre d'adaptations. Les modifications visent essentiellement à tenir compte des tendances du marché, notamment l'augmentation de la puissance d'achat de la grande distribution ainsi que le développement des ventes en ligne sur Internet.
- VII. La révision actuelle de la Communication tient compte de la pratique récente de la Commission de la concurrence ainsi que – tout en tenant compte des conditions juridiques et économiques spécifiques à la Suisse – de l'adaptation du droit européen. De cette manière, elle assure que les mêmes règles que celles en vigueur dans l'Union européenne dans le domaine des accords verticaux continueront d'être appliquées, dans la mesure du possible, en Suisse, que l'isolement du marché suisse est évité et que la sécurité juridique est assurée. En ce sens, les règles en vigueur dans l'Union européenne (cf. considérant VI.) valent de manière analogue en Suisse.
- VIII. Le chiffre 10 concrétise les accords présumés entraîner une suppression de la concurrence efficace, selon l'article 5 alinéa 4 LCart. Le chiffre 11 précise

¹ Seul le texte publié à la Feuille fédérale fait foi.

que, pour renverser cette présomption, il s'agit d'examiner le marché dans son ensemble (concurrence intramarque et intermarques sur le marché pertinent).

- IX. Le chiffre 12 (1) clarifie que les accords au sens de l'article 5 alinéa 4 LCart remplissent en principe le critère de la notabilité au sens de l'article 5 alinéa 1 LCart, dans le cas où la présomption peut être renversée. Pour tous les autres accords verticaux, des critères tant qualitatifs que quantitatifs doivent être pris en compte, la pesée de ces deux critères s'effectuant au cas par cas dans le cadre d'une appréciation d'ensemble. Le chiffre 12 (2) énumère les accords qui, en raison de leur objet, sont considérés comme qualitativement graves. D'un point de vue quantitatif, des exigences moins strictes que pour les accords n'étant pas qualitativement graves suffisent pour qualifier de tels accords de restrictions notables à la concurrence.²
- X. Le chiffre 13 précise que les accords verticaux non visés au chiffre 10 ou 12 (2) let. b à e n'entraînent en règle générale pas d'affectation notable de la concurrence lorsque le seuil de 15 % de part de marché n'est pas dépassé ou qu'il n'y a pas d'effet cumulatif résultant de réseaux parallèles d'accords similaires (cas d'importance mineure). Si le seuil de 15 % de part de marché est dépassé ou s'il existe un effet cumulatif résultant de réseaux parallèles d'accords similaires, l'affectation de la concurrence doit être examinée au cas par cas.³
- XI. Le chiffre 15 énonce la manière dont les recommandations de prix doivent être appréciées et les circonstances qui peuvent donner lieu à l'examen de recommandations de prix.
- XII. Si la présomption de suppression de la concurrence efficace est renversée et que l'accord affecte de manière notable la concurrence, il faut examiner si l'accord peut être justifié par des motifs d'efficacité économique. Le chiffre 16 décrit les conditions auxquelles des accords verticaux en matière de concurrence peuvent, en règle générale, être justifiés par des motifs d'efficacité économique au sens de l'article 5 alinéa 2 LCart. À défaut de motifs d'efficacité économique, l'accord est illicite. Les accords en matière de concurrence illicites au sens de l'article 5 alinéa 4 LCart, sont passibles de sanction selon l'article 49a LCart, même si la présomption de suppression de la concurrence efficace peut être renversée.
- XIII. La présente communication ne lie pas les tribunaux civils, ni le Tribunal administratif fédéral ou le Tribunal fédéral lors de l'interprétation des règles du droit de la concurrence.
- XIV. La Communication a été modifiée le 22 mai 2017 sur la base de l'arrêt du Tribunal fédéral dans l'affaire *Gaba*.⁴

A. Définitions

Chiffre 1 Accords verticaux en matière de concurrence

Les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées (cf. art. 4 al. 1 LCart) d'entreprises occupant des échelons du marché différents, dans la mesure où elles visent ou entraînent une restriction à la concurrence, et qui concernent les conditions auxquelles les entreprises parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services.

Chiffre 2 Ventes actives

Le fait de prospector des clients individuels, par exemple par publipostage, y compris l'envoi de courriels non sollicités, ou au moyen de visites, le fait de prospector une clientèle déterminée ou des clients à l'intérieur d'un territoire donné par le biais d'annonces publicitaires dans les médias, sur internet ou d'autres actions de promotion ciblées sur cette clientèle ou sur les clients situées dans ce territoire.⁵

Chiffre 3 Ventes passives

Le fait de satisfaire à des demandes non sollicitées, émanant de clients individuels, y compris la livraison de biens ou la prestation de services demandés par ces clients.⁶ Toute publicité ou action de promotion générale qui atteint des clients établis sur les territoires (exclusifs) d'autres distributeurs, ou faisant partie d'une clientèle allouée à d'autres distributeurs, mais qui est un moyen raisonnable d'atteindre des clients situés en dehors de ces territoires ou d'une telle clientèle, par exemple pour accéder à des clients situés sur son propre territoire, est considérée comme une vente passive. En ce sens, les ventes réalisées par Internet constituent des ventes passives, sauf si les efforts de vente visent à atteindre des clients établis hors du territoire attribué au distributeur.

Chiffre 4 Système de distribution sélective

(1) En général

Une convention entre des fournisseurs et des distributeurs selon laquelle:

- i) le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou les services contractuels qu'à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis (distributeurs agréés) et
- ii) ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés.

(2) Distribution sélective purement qualitative

Un système de distribution qui consiste à agréer les revendeurs sur la seule base de critères objectifs de nature qualitative requis par la nature du produit tels que la formation du personnel de vente, le service fourni dans le point de vente ou l'assortiment des produits vendus.

Chiffre 5 Livraisons croisées

Les livraisons réciproques entre distributeurs membres

² Modifié le 22.5.2017 (cf. considérant XIV.).

³ Modifié le 22.5.2017 (cf. considérant XIV.).

⁴ Arrêt du TF 2C_180/2014 du 28.6.2016, *Gaba/WEKO*.

⁵ Modifié le 22.5.2017 (cf. considérant XIV.).

⁶ Modifié le 22.5.2017 (cf. considérant XIV.).

du système de distribution sélective, qui agissent au même stade commercial ou à un stade différent.

Chiffre 6 Obligation de non-concurrence

Toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont en concurrence avec les biens ou les services contractuels, ou toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur d'acquiescer auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou en services contractuels et en biens et en services substituables sur le marché pertinent, calculés sur la base de la valeur des achats qu'il a effectués au cours de l'année civile précédente.

Chiffre 7 Savoir-faire

Un ensemble d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci et qui sont:

- i) secrètes, c'est-à-dire que le savoir-faire n'est pas généralement connu ou facilement accessible,
- ii) substantielles, c'est-à-dire que le savoir-faire est significatif et utile à l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels et
- iii) identifiées, c'est-à-dire que le savoir-faire est décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité.

B. Règles

Chiffre 8 Champ d'application

(1) La présente communication s'applique aux accords verticaux en matière de concurrence.

(2) La présente communication s'applique aussi lorsque des entreprises concurrentes concluent entre elles un accord vertical non réciproque et que:

- a) le fournisseur est un producteur et un distributeur de biens, tandis que l'acheteur est un distributeur et non une entreprise qui fabrique des biens concurrents; ou que
- b) le fournisseur est un prestataire de services à plusieurs niveaux d'activité commerciale, tandis que l'acheteur fournit ses biens ou services au stade de la vente au détail et n'est pas une entreprise concurrente au niveau de l'activité commerciale où il achète les services contractuels.

(3) La présente communication n'exclut pas qu'un état de fait constitue, en tout ou partie, un accord horizontal selon l'article 5 alinéa 3 LCart ou tombe sous le coup de l'article 7 LCart. Dans cette hypothèse, cet état de fait est examiné, indépendamment de la présente communication, selon les dispositions applicables de la LCart.

(4) La présente communication ne s'applique pas aux accords verticaux contenant des dispositions concernant la cession à l'acheteur ou l'utilisation par l'acheteur de droits de propriété intellectuelle, à condition que ces dispositions constituent l'objet principal de ces accords et qu'elles ne soient pas directement liées à l'utilisation, à la

vente ou à la revente de biens ou de services par l'acheteur ou ses clients.

Chiffre 9 Relations avec d'autres communications

(1) La communication concernant les accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile (CommAuto)⁷ prime la présente communication. À défaut de disposition dans la CommAuto, la présente communication s'applique.

(2) La présente communication prime la communication relative aux accords dont l'impact sur le marché est restreint (Communication PME).⁸

Chiffre 10 Présomptions

(1) Les accords verticaux en matière de concurrence sont présumés supprimer la concurrence efficace au sens de l'article 5 alinéa 4 LCart quand elles ont pour objet:

- a) la fixation d'un prix de vente minimal ou fixe, c'est-à-dire la restriction de la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente, sans préjudice de la possibilité pour le fournisseur d'imposer un prix de vente maximal ou de recommander un prix de vente, à condition que ces derniers n'équivaillent pas à un prix de vente fixe ou minimal sous l'effet de pressions exercées ou d'incitations par l'une des parties;⁹
- b) l'attribution de territoires, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues (en particulier l'interdiction de ventes passives à des distributeurs ou à des clients finals).

(2) L'article 5 alinéa 4 LCart s'applique également aux accords conduisant indirectement à l'imposition de prix de vente minimaux ou fixes, ou à une protection territoriale absolue.

(3) L'article 5 alinéa 4 LCart s'applique également aux accords revêtant la forme de recommandations, qui se fondent sur une convention ou sur une pratique concertée, et qui ont pour objet ou pour effet l'établissement de prix de vente minimaux ou fixes ou une protection territoriale absolue.

Chiffre 11 Renversement de la présomption

Le renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace nécessite un examen du marché dans son ensemble, à la lumière de la concurrence intramarque et intermarques. Est décisive la présence d'une concurrence intramarque ou intermarques suffisante sur le marché pertinent, ou celle d'une combinaison des deux conduisant à une concurrence efficace suffisante.

Chiffre 12 Restrictions notables de la concurrence

(1) Pour examiner s'il existe une affectation notable de la concurrence au sens de l'article 5 alinéa 1 LCart, il faut tenir compte de ce qui suit:

- a) Les accords au sens de l'article 5 alinéa 4 LCart (cf.

⁷ Décision de la Commission de la concurrence du 29.6.2015 (FF 2015 5522), disponible sur www.weko.ch > Documentation > Communications / Notes explicatives.

⁸ Décision de la Commission de la concurrence du 19.12.2005 (FF 2006 861), disponible sur www.weko.ch > Documentation > Communications / Notes explicatives.

⁹ Modifié le 22.5.2017 (cf. considérant XIV.).

chiffre 10) remplissent en principe le critère de la notabilité au sens de l'article 5 alinéa 1 LCart, dans le cas où la présomption peut être renversée.¹⁰

- b) Pour tous les autres accords verticaux, il faut tenir compte de critères tant qualitatifs que quantitatifs. La pesée de ces deux critères est effectuée au cas par cas, dans le cadre d'une appréciation d'ensemble. Ainsi, une atteinte qualitativement grave peut être notable malgré ses effets limités sur le plan quantitatif. Inversement, une atteinte ayant des effets importants d'un point de vue quantitatif peut affecter la concurrence de manière notable, même si elle n'est pas grave d'un point de vue qualitatif.

(2) Les accords non visés par l'article 5 alinéa 4 LCart sont considérés comme qualitativement graves lorsqu'ils ont pour objet:¹¹

a) [...] ¹²

- b) de restreindre le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, un acheteur partie à l'accord, peut vendre les biens ou services contractuels sans préjudice d'une restriction quant à son lieu d'établissement. Cependant, il n'y a pas d'atteinte à la concurrence qualitativement grave quant à l'objet dans les cas suivants:

- i) restriction des ventes actives sur un territoire ou à une clientèle que le fournisseur s'est exclusivement réservés ou qu'il a alloués à un autre acheteur, à condition que les ventes passives soient possibles sans restriction;
- ii) restriction des ventes directes par des grossistes aux utilisateurs finals;
- iii) restriction des ventes par les membres d'un système de distribution sélective à des distributeurs non agréés, dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système;
- iv) restriction de la capacité de l'acheteur de vendre des composants destinés à l'incorporation à des clients qui pourraient les utiliser pour la fabrication de biens analogues à ceux qui sont produits par le fournisseur;

- c) de restreindre les ventes actives ou les ventes passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective qui agissent en tant que détaillants sur le marché, sans préjudice de la possibilité d'interdire à un membre du système d'exercer ses activités à partir d'un lieu d'établissement non autorisé;
- d) de restreindre les fournitures croisées entre distributeurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective, y compris entre des distributeurs agissant à des stades commerciaux différents;
- e) de restreindre, dans le cadre d'un accord entre un fournisseur de composants et un acheteur qui incorpore ces composants, la capacité du fournisseur de vendre ces composants en tant que pièces détachées à des utilisateurs finals, à des réparateurs ou à d'autres prestataires de services qui n'ont pas été désignés par l'acheteur pour la réparation ou l'entretien de ses biens;

- f) une obligation de non-concurrence dont la durée est indéterminée ou dépasse cinq ans; cette limitation de la durée à cinq ans n'est toutefois pas applicable lorsque les biens ou services contractuels sont vendus par l'acheteur à partir des locaux et de terrains du fournisseur (propriété ou bail/fermage);

- g) une obligation de non-concurrence postérieure à l'expiration de l'accord vertical. Cette disposition n'est toutefois pas applicable lorsque l'obligation de non-concurrence:

- i) concerne des biens ou des services en concurrence avec les biens ou services contractuels,
- ii) est limitée aux locaux et aux terrains à partir desquels l'acheteur a exercé ses activités pendant la durée du contrat,
- iii) est indispensable à la protection d'un savoir-faire transféré par le fournisseur à l'acheteur, et
- iv) est limitée à un an à compter de l'expiration de l'accord.

Une restriction à l'utilisation et à la divulgation d'un savoir-faire qui n'est pas tombé dans le domaine public reste possible pour une durée indéterminée;

- h) une restriction au multi-marquisme dans un système de distribution sélective, qui interdit de vendre les marques de fournisseurs concurrents déterminés.

Chiffre 13 Absence de notabilité en raison des parts de marché

(1) Les accords verticaux en matière de concurrence non visés au chiffre 10 ou 12 (2) let. b à e n'entraînent en règle générale pas d'affectation notable de la concurrence lorsqu'aucune des entreprises parties à l'accord ne détient une part de marché supérieure à 15 % sur un marché pertinent concerné par l'accord.¹³

(2) Lorsque la concurrence sur le marché pertinent est restreinte par l'effet cumulatif de plusieurs réseaux parallèles d'accords verticaux ayant des effets similaires, le seuil visé au chiffre 13 (1) est abaissé à 5 %. En règle générale, il n'existe aucun effet cumulatif de verrouillage si moins de 30 % du marché pertinent est couvert par des réseaux parallèles d'accords ayant des effets similaires.

Chiffre 14 Absence d'affectation notable de la concurrence par un système de distribution sélective purement qualitative

Les accords ayant pour objet une distribution sélective purement qualitative n'affectent pas de manière notable la concurrence, pour autant que les trois conditions cumulatives suivantes soient remplies:

- i) la nature du produit en question rend nécessaire une distribution sélective, c'est-à-dire qu'un tel système doit constituer une exigence légitime eu égard à la nature du produit afin d'en préserver la qualité et d'en assurer le bon usage;

¹⁰ Modifié le 22.5.2017 (cf. considérant XIV.).

¹¹ Modifié le 22.5.2017 (cf. considérant XIV.).

¹² Modifié le 22.5.2017 (cf. considérant XIV.).

¹³ Modifié le 22.5.2017 (cf. considérant XIV.).

- ii) les revendeurs sont choisis sur la base de critères objectifs de nature qualitative qui sont fixés de manière uniforme pour tous, portés à la connaissance de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire;
- iii) les critères définis ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire.

Chiffre 15 Recommandations de prix

(1) En cas de recommandations de prix des fournisseurs à leurs revendeurs ou à leurs distributeurs, il faut examiner au cas par cas si on est en présence d'un accord illicite en matière de concurrence au sens de l'article 5 alinéa 4 LCart en relation avec l'alinéa 1 de cet article.

(2) Les recommandations de prix sont en principe considérées comme des restrictions notables à la concurrence si elles ont le même effet que des accords imposant des prix fixes ou minimaux, en raison de pressions ou d'incitations de la part d'une entreprise partie à l'accord (cf. chiffre 10 (1) let. a).¹⁴

(3) Les circonstances qui peuvent donner lieu à l'examen de recommandations de prix sont notamment les suivantes:

- a) le fait que les recommandations de prix ne soient pas généralement accessibles, mais émises à la seule attention des revendeurs ou distributeurs;
- b) le fait que les recommandations de prix en francs suisses indiquées par les producteurs ou fournisseurs sur les produits, les emballages ou dans les catalogues etc., ne soient pas expressément désignées comme non-contraignantes;
- c) le fait que le niveau de prix des produits concernés par les recommandations soit – à prestations comparables – significativement plus élevé que dans les pays voisins;
- d) le fait que les recommandations de prix soient effectivement suivies par une part importante des revendeurs ou des distributeurs.

Chiffre 16 Motifs justificatifs

(1) Si un accord affecte de manière notable la concurrence, il faut examiner s'il est réputé justifié selon l'article 5 alinéa 2 LCart. S'il n'y a aucun motif d'efficacité économique, l'accord est illicite.

(2) En règle générale, les accords sont considérés justifiés sans examen au cas par cas, lorsque la part de marché détenue par le fournisseur ne dépasse pas 30 % du marché pertinent sur lequel il vend les biens ou services contractuels et que la part de marché détenue par l'acheteur ne dépasse pas 30 % du marché pertinent sur lequel il achète les biens ou services contractuels. Sont exclus de cette règle, les accords visés aux chiffres 10 et 12 (2) ainsi que les accords produisant un effet cumulatif de verrouillage.¹⁵

(3) Les accords qui affectent de manière notable la concurrence et qui ne sont pas visés par le chiffre 16 (2), sont soumis à un examen au cas par cas. Un motif justificatif peut exister lorsqu'un accord améliore l'efficacité économique au sens de l'article 5 alinéa 2 LCart – par exemple par une organisation de la distribution plus efficace, au

sens d'une amélioration des produits ou des procédés de fabrication ou d'une réduction des coûts de distribution – et que la restriction à la concurrence est nécessaire à cet effet.

(4) Les entreprises peuvent en particulier faire valoir, au titre des motifs d'efficacité économique visés à l'article 5 alinéa 2 LCart, les justifications suivantes:

- a) la protection limitée dans le temps des investissements nécessaires à la pénétration d'un nouveau marché géographique ou à l'introduction d'un nouveau produit sur le marché;
- b) la nécessité d'assurer l'uniformité et la qualité des produits contractuels;
- c) la protection des investissements propres à une relation contractuelle qui ne peuvent pas être utilisés hors de cette relation d'affaires, ou seulement moyennant une perte considérable (problème du hold-up);
- d) le fait d'éviter un niveau sous-optimal de mesures de promotion des ventes (par ex. conseils à la clientèle) qui peut survenir lorsqu'un producteur ou distributeur peut détourner à son profit les efforts promotionnels d'un autre producteur ou distributeur (problème du parasitisme);
- e) le fait d'éviter l'imposition d'une double majoration de prix qui peut survenir lorsque tant le producteur que le distributeur disposent d'un pouvoir de marché (problème de la double marginalisation);
- f) l'encouragement à la transmission d'un savoir-faire substantiel;
- g) la garantie d'engagements financiers (par ex. des prêts) qui ne peuvent pas être fournis par le marché des capitaux.

Chiffre 17 Publication

La présente communication est publiée dans la Feuille fédérale (art. 6 al.3 LCart).

Chiffre 18 Abrogation de la communication précédente

La présente communication abroge, dès son entrée en vigueur, la communication concernant l'appréciation des accords verticaux du 2 juillet 2007.¹⁶

Chiffre 19 Réglementation transitoire

Pour la période allant du 1^{er} août 2010 au 31 juillet 2011, la présente communication ne s'applique pas aux conventions entrées en vigueur avant le 1^{er} août 2010, qui remplissent les critères de la communication abrogée, mais qui ne satisfont, par contre, pas aux critères de la présente communication.

Chiffre 20 Entrée en vigueur

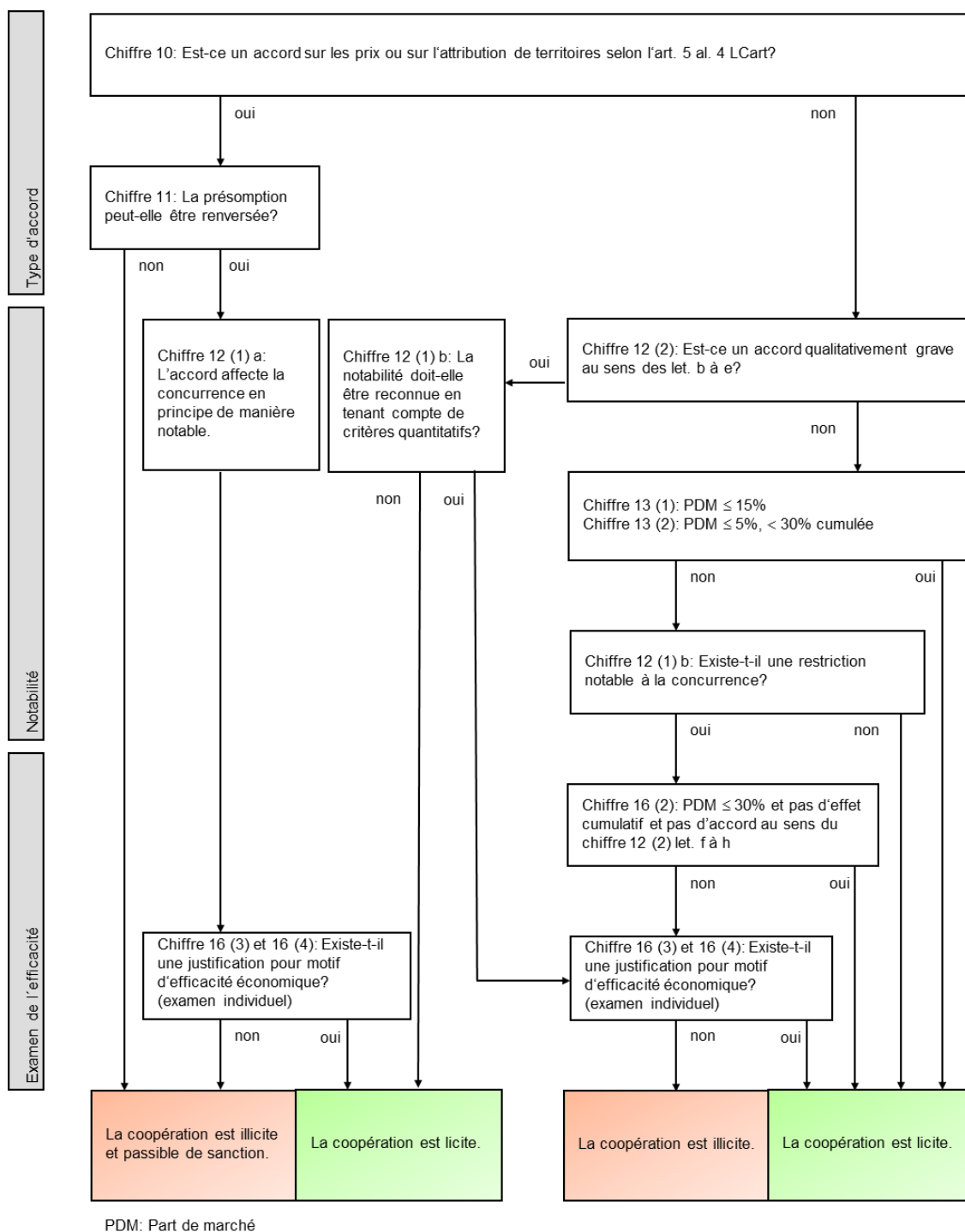
La présente communication entre en vigueur le 1^{er} août 2010.

¹⁴ Modifié le 22.5.2017 (cf. considérant XIV.).

¹⁵ Modifié le 22.5.2017 (cf. considérant XIV.).

¹⁶ Décision de la Commission de la concurrence du 2.7.2007 (FF 2007 7149).

Annexe 1: Schéma pour l'appréciation des accords verticaux¹⁷



¹⁷ Modifié le 22.5.2017 (cf. considérant XIV.).

D 1	3. Comunicazione sulla valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza¹ (Comunicazione sugli accordi verticali, ComVert) – Decisione della Commissione della concorrenza del 28 giugno 2010 (Stato 22 maggio 2017)
-----	---

Considerate le ragioni illustrate di seguito, la Commissione della concorrenza pubblica la presente comunicazione:

- I. Ai sensi dell'articolo 6 della Legge federale del 6 ottobre 1995 sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (LCart; RS 251), la Commissione della concorrenza può descrivere nelle comunicazioni le esigenze in virtù delle quali gli accordi in materia di concorrenza vengono di norma considerati giustificati da motivi di efficienza economica giusta l'articolo 5 capoverso 2 LCart. Applicando per analogia l'articolo 6 LCart, la Comco può pubblicare nelle comunicazioni anche altri principi riguardanti l'applicazione della legge, quando sussiste il bisogno di una maggiore sicurezza giuridica.
- II. Alcuni tipi di accordi verticali possono incrementare l'efficienza economica nell'ambito di una catena produttiva o distributiva permettendo un migliore coordinamento tra le imprese partecipanti. In particolare, essi possono contribuire a ridurre i costi delle transazioni commerciali ed i costi di distribuzione delle parti e possono altresì consentire un livello ottimale dei loro investimenti e delle loro vendite.
- III. La probabilità che tali incrementi di efficienza possano controbilanciare gli eventuali effetti anticoncorrenziali derivanti dalle restrizioni contenute negli accordi verticali dipende dal grado di potere di mercato delle parti dell'accordo e pertanto dalla misura in cui tali imprese sono esposte alla concorrenza di fornitori di altre marche (concorrenza "interbrand"). La Commissione della concorrenza parte dal presupposto che gli accordi verticali, in generale, portano ad un miglioramento della produzione o della distribuzione, a condizione che nessuna impresa partecipante ad un accordo verticale detenga una quota di mercato superiore al 30% sul mercato determinante e che non si tratti di un accordo qualitativamente grave.
- IV. Nel quadro della revisione della LCart nel 2003 sono state inserite, con l'articolo 5 capoverso 4 LCart, nuove fattispecie allo scopo di impedire imposizioni di prezzi di rivendita e ripartizioni del mercato svizzero nonché di promuovere la concorrenza all'interno dei mercati (concorrenza "intra-brand"). Secondo l'articolo 5 capoverso 4 LCart, la soppressione della concorrenza efficace è presunta nel caso in cui si convengono prezzi minimi o fissi (imposizione di prezzi di rivendita) e se si prevedono clausole che assegnano determinate zone e che stabiliscono un divieto della vendita passiva a commercianti o a clienti finali.
- V. Nella revisione della LCart del 2003 il legislatore ha espresso la sua volontà, nell'ambito degli accordi

verticali, di considerare la fissazione di prezzi minimi o fissi, così come le clausole che assegnano determinate zone come pratiche potenzialmente particolarmente nocive. La Commissione della concorrenza ha concretizzato la volontà del legislatore nelle sue decisioni e ha comunicato dei criteri per la valutazione degli accordi verticali, in particolare riguardo alla confutazione della presunzione della soppressione della concorrenza efficace (art. 5 cpv. 4 LCart), alla notabilità (art. 5 cpv. 1 LCart) e ai motivi di efficienza economica (art. 5 cpv. 2 LCart), nella Comunicazione riguardante la valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza del 2 luglio 2007 (Comunicazione accordi verticali 2007).

VI. La presente comunicazione si basa sulla Comunicazione accordi verticali 2007, la quale faceva riferimento al Regolamento (CE) n. 2790/1999 della Commissione, del 22 dicembre 1999, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate (GU 1999 L 336/21), nonché alla comunicazione della Commissione relativa alle linee direttrici sulle restrizioni verticali (GU 2000 C 291/1). Il 1° giugno 2010, queste basi legali sono state sostituite dal Regolamento (UE) N. 330/2010 (GU 2010 L 102/1) della Commissione del 20 aprile 2010 relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate e dagli Orientamenti sulle restrizioni verticali (GU 2010 C 130/1), i quali prevedono adattamenti in singoli punti. Con questi adattamenti viene essenzialmente tenuto conto dell'evoluzione dei mercati, soprattutto dell'aumento del potere di domanda di grandi imprese attive nel commercio al dettaglio e dell'evoluzione della distribuzione attraverso internet.

VII. Considerando le condizioni legali ed economiche vigenti in Svizzera, l'attuale revisione della comunicazione tiene conto della prassi più recente della Commissione della concorrenza e degli adattamenti nel diritto europeo. Nell'ambito degli accordi verticali, questa revisione assicura che, anche in futuro, in Svizzera vengano possibilmente applicate le stesse regole che nell'Unione europea. Inoltre essa evita l'isolamento dei mercati svizzeri e porta ad un aumento della sicurezza giuridica. In questo senso valgono analogamente le regole europee (cfr. punto VI) anche per la Svizzera.

¹Fa fede il testo che verrà pubblicato nel Foglio federale.

- VIII. La cifra 10 precisa gli accordi per i quali, secondo l'articolo 5 capoverso 4 LCart, vi è la presunzione che portino ad una soppressione della concorrenza efficace. La cifra 11 mette in evidenza che per confutare la presunzione occorre procedere ad un apprezzamento globale del mercato (concorrenza intrabrand e interbrand sul mercato determinante).
- IX. La cifra 12 (1) precisa che accordi secondo l'articolo 5 capoverso 4 LCart soddisfanno, in linea di massima, il criterio della notabilità secondo l'articolo 5 capoverso 1 LCart se la presunzione può essere confutata. Per quanto riguarda tutti gli altri accordi verticali in materia di concorrenza si deve tenere conto sia di criteri qualitativi che quantitativi. La ponderazione di questi due criteri è effettuata caso per caso tramite una valutazione globale. La cifra 12 (2) elenca gli accordi che, a causa del loro oggetto, sono considerati qualitativamente gravi. Per questo tipo di accordi si applicano delle esigenze più basse da un punto di vista quantitativo per poterli qualificare come limitazioni alla concorrenza notabili rispetto agli accordi qualitativamente non gravi.²
- X. La cifra 13 precisa che accordi verticali in materia di concorrenza i quali non rientrano nelle cifre 10 o 12 (2) lettera b-e, di regola, non portano ad una limitazione notevole della concorrenza nel caso in cui non viene superata la soglia della quota di mercato del 15% e se l'accordo in questione non ha un effetto cumulativo con altri accordi sul mercato (casi di importanza minore). Se invece la soglia della quota di mercato del 15% viene superata o se l'accordo ha un effetto cumulativo con altri accordi sul mercato, l'intralcio alla concorrenza viene esaminato nei singoli casi.³
- XI. La cifra 15 definisce come sono apprezzati le raccomandazioni di prezzo e quali circostanze possono portare ad un loro esame.
- XII. Se la presunzione della soppressione di una concorrenza efficace può essere confutata e se esiste un accordo che rappresenta un notevole intralcio alla concorrenza, occorre esaminare se l'accordo può essere giustificato da motivi di efficienza economica. Alla cifra 16 sono descritte le esigenze in virtù delle quali gli accordi verticali in materia di concorrenza vengono di norma considerati giustificati da motivi di efficienza economica giusta l'articolo 5 capoverso 2 LCart. Se non vi sono motivi di efficienza, l'accordo è illecito. Accordi verticali illeciti ai sensi dell'articolo 5 capoverso 4 LCart sono passibili di sanzioni secondo l'articolo 49a LCart, anche quando la presunzione della soppressione della concorrenza efficace può essere confutata.
- XIII. La presente comunicazione non vincola i tribunali civili, il Tribunale amministrativo federale e il Tribunale federale nell'interpretazione delle disposizioni del diritto in materia di cartelli.
- XIV. La presente comunicazione è stata adeguata il 22 maggio 2017 in base alla sentenza del Tribunale Federale riguardante il caso *Gaba*.⁴

A. Definizioni

Cifra 1 Accordi verticali in materia di concorrenza

Per accordi verticali in materia di concorrenza si intendono le convenzioni con o senza forza obbligatoria, nonché le pratiche concordate (cfr. art. 4 cpv. 1 LCart) da imprese collocate ad un livello di mercato diverso che si prefiggono o provocano una limitazione della concorrenza e che si riferiscono alle condizioni commerciali in base alle quali le imprese partecipanti possono acquistare, vendere o rivendere determinati beni o servizi.

Cifra 2 Vendite attive

Il contatto attivo con singoli clienti ad esempio per posta, compreso mediante l'invio di messaggi di posta elettronica non sollecitati, o mediante visite ai clienti; oppure il contatto attivo con uno specifico gruppo di clienti, o con clienti situati in uno specifico territorio attraverso inserzioni pubblicitarie sui media o via Internet o altre promozioni specificamente indirizzate a quel gruppo di clienti o a clienti in quel territorio.⁵

Cifra 3 Vendite passive

La risposta ad ordini non sollecitati di singoli clienti, vale a dire la consegna di beni o la prestazione di servizi a tali clienti.⁶ Sono vendite passive le azioni pubblicitarie o promozioni di portata generale che raggiungano clienti all'interno dei territori o dei gruppi di clienti (esclusivi) di altri distributori, ma che costituiscano un modo ragionevole per raggiungere clienti al di fuori di tali territori o gruppi di clienti, ad esempio per raggiungere clienti all'interno del proprio territorio. In questo senso, le vendite per internet sono da considerare delle vendite passive, salvo il caso in cui gli sforzi di vendita sono diretti a clienti al di fuori di un territorio attribuito.

Cifra 4 Sistemi di distribuzione selettiva

(1) In generale

Si tratta di convenzioni tra il fornitore e il commerciante secondo cui:

- i) il fornitore è autorizzato a vendere i beni o i servizi oggetto della convenzione unicamente a commercianti scelti in base a criteri predefiniti (commercianti autorizzati) e
- ii) tali commercianti si impegnano a non vendere i beni o i servizi in questione a commercianti non autorizzati alla distribuzione.

(2) Distribuzione selettiva puramente qualitativa

Sistema di distribuzione in cui la scelta dei commercianti avviene esclusivamente in base a criteri qualitativi oggettivi richiesti dal genere del prodotto in questione, come ad esempio la formazione del personale di vendita, il servizio fornito dal punto di vendita o una determinata gamma di prodotti offerti.

² Emendato il 22.5.2017 (cfr. consid. XIV.).

³ Emendato il 22.5.2017 (cfr. consid. XIV.).

⁴ Sentenza del TF 2C_180/2014 del 28.6.2016 *Gaba/WEKO*.

⁵ Emendato il 22.5.2017 (cfr. consid. XIV.).

⁶ Emendato il 22.5.2017 (cfr. consid. XIV.).

Cifra 5 Forniture incrociate

Le forniture reciproche tra commercianti che operano a livelli economici identici o diversi all'interno di un sistema di distribuzione selettiva.

Cifra 6 Clausole di non concorrenza

Tutti gli obblighi diretti o indiretti che inducono l'acquirente a non fabbricare, acquistare, vendere o rivendere beni o servizi che sono in concorrenza con i beni o i servizi oggetto della convenzione. Inoltre ogni obbligo diretto o indiretto che impone all'acquirente di acquistare dal fornitore o da un'altra impresa designata dal fornitore più dell'80% dei suoi acquisti annuali in beni o in servizi oggetto della convenzione nonché in beni e in servizi sostituibili sul mercato determinante, calcolati basandosi sul valore degli acquisti che ha effettuato nel corso dell'anno civile precedente.

Cifra 7 Know-how

Un insieme di conoscenze pratiche non brevettate che risultano dall'esperienza del fornitore, testate da quest'ultimo, e che sono:

- i) segrete, vale a dire che esse non sono generalmente conosciute né facilmente accessibili;
- ii) sostanziali, vale a dire che esse devono essere significative e utili per l'uso, la vendita o la rivendita dei beni o dei servizi contrattuali; e
- iii) individuate, vale a dire che esse devono essere descritte in modo sufficientemente esauriente tale da consentire di verificare se risponde ai criteri di segretezza e di sostanzialità.

B. Regole

Cifra 8 Campo d'applicazione

(1) La presente comunicazione vale per gli accordi verticali in materia di concorrenza.

(2) La presente comunicazione è applicabile anche qualora i concorrenti concludano un accordo verticale non reciproco e

- a) il fornitore è un produttore e un distributore di beni, mentre l'acquirente è un distributore e non un'impresa concorrente a livello della produzione; oppure
- b) il fornitore è un prestatore di servizi a differenti livelli della catena commerciale, mentre l'acquirente fornisce i propri beni o servizi al livello del dettaglio e non è un'impresa concorrente al livello della catena commerciale in cui acquista i servizi oggetto del contratto.

(3) L'applicazione della presente comunicazione non esclude che una fattispecie costituisca, del tutto o in parte, un accordo orizzontale in materia di concorrenza secondo l'articolo 5 capoverso 3 LCart o sia prevista dall'articolo 7 LCart. In tal caso questa fattispecie deve essere esaminata, indipendentemente dalla presente comunicazione, secondo le pertinenti disposizioni della legge sui cartelli.

(4) La presente comunicazione non si applica agli accordi verticali che contengono disposizioni concernenti la cessione all'acquirente o l'utilizzazione da parte dell'acquirente di diritti di proprietà intellettuale, a condizione che queste disposizioni costituiscano l'oggetto principale di

tali accordi e che esse non si riferiscano direttamente all'utilizzazione, alla vendita o alla rivendita di beni o di servizi da parte dell'acquirente o dei suoi clienti.

Cifra 9 Relazioni con altre comunicazioni

(1) La comunicazione relativa alla valutazione dei cartelli verticali nel settore della distribuzione di automobili (Comunicazione Automobili)⁷ prevale sulla presente comunicazione. Nella misura in cui la Comunicazione Automobili non si esprime, sono applicabili le prescrizioni della presente comunicazione.

(2) La presente comunicazione prevale sulla Comunicazione relativa agli accordi con effetto limitato sul mercato (Comunicazione PMI).⁸

Cifra 10 Presunzioni di illiceità

(1) Nel caso degli accordi verticali in materia di concorrenza si presume che vi sia soppressione della concorrenza efficace secondo l'articolo 5 cpv. 4 LCart quando essi hanno per oggetto:

- a) la determinazione di prezzi minimi o fissi ovvero la restrizione della facoltà dell'acquirente di determinare il proprio prezzo di vendita. Questo si applica, fatta salva la possibilità del fornitore di imporre un prezzo massimo di vendita o di raccomandare un prezzo di vendita, a condizione che questi non equivalgano ad un prezzo fisso o ad un prezzo minimo di vendita per effetto di pressioni esercitate o incentivi offerti da una delle parti;⁹
- b) l'assegnazione di zone, per quanto vi si escludano vendite da parte di distributori esterni (in particolare il divieto di vendite passive a commercianti o a clienti finali).

(2) L'articolo 5 capoverso 4 LCart si applica anche agli accordi che portano indirettamente a prezzi minimi o fissi oppure ad una protezione territoriale assoluta.

(3) L'articolo 5 capoverso 4 LCart si applica anche agli accordi in forma di raccomandazioni, basati su una convenzione o su una pratica concordata bilaterale, nella misura in cui si prefiggono o provocano una fissazione di prezzi minimi o fissi oppure una protezione territoriale assoluta.

Cifra 11 Confutazione della presunzione

Per la confutazione della presunzione della soppressione della concorrenza efficace è determinante un apprezzamento globale del mercato, tenendo conto della concorrenza intrabrand e interbrand. L'elemento decisivo è l'esistenza di sufficiente concorrenza intrabrand o interbrand sul mercato determinante oppure l'esistenza di una combinazione delle due che porta ad una sufficiente concorrenza efficace.

⁷ Decisione della Commissione della concorrenza del 29.6.2015 (FF 2015 4937), disponibile all'indirizzo www.comco.ch > Documentazione > Comunicazioni.

⁸ Decisione della Commissione della concorrenza del 19.12.2005 (FF 2006 803), disponibile all'indirizzo www.comco.ch > Documentazione > Comunicazioni.

⁹ Emendato il 22.5.2017 (cfr. consid. XIV.).

Cifra 12 Notevoli limitazioni della concorrenza

(1) Nell'analisi dell'esistenza di un intralcio notevole alla concorrenza ai sensi dell'articolo 5 capoverso 1 LCart dev'essere preso in considerazione che:

- a) Accordi secondo l'articolo 5 capoverso 4 LCart (cfr. cifra 10) soddisfanno, in linea di massima, il criterio della notabilità secondo l'articolo 5 capoverso 1 LCart se la presunzione può essere confutata.¹⁰
- b) Tutti gli altri accordi verticali in materia di concorrenza vengono esaminati sulla base di criteri qualitativi e quantitativi. La ponderazione di questi due criteri è effettuata caso per caso tramite una valutazione globale. Un intralcio qualitativamente grave può essere considerato notevole anche in caso di effetti a livello quantitativo insignificanti. Viceversa, un intralcio dalle conseguenze quantitativamente importanti può portare ad intralciare notevolmente la concorrenza, anche se esso non è qualitativamente grave.

(2) Accordi non compresi dal articolo 5 capoverso 4 LCart sono considerati qualitativamente gravi, quando essi hanno come obiettivo:¹¹

- a) [...] ¹²
- b) la restrizione relativa al territorio in cui, o ai clienti ai quali, l'acquirente che è parte contraente dell'accordo, fatta salva una restrizione relativa al suo luogo di stabilimento, può vendere i beni o i servizi oggetto del contratto. Non esiste tuttavia un intralcio alla concorrenza qualitativamente grave in funzione dell'oggetto dell'accordo se le disposizioni previste:
 - i) limitano le vendite attive a zone esclusive o a gruppi di clienti che il fornitore riserva per se stesso o concede esclusivamente a un altro acquirente, a condizione che le vendite passive siano possibili senza restrizioni;
 - ii) limitano le vendite dirette da parte dei grossisti ai consumatori finali;
 - iii) limitano le vendite da parte dei membri di un sistema di distribuzione selettiva a distributori non autorizzati nel territorio che il fornitore ha riservato a tale sistema;
 - iv) limitano la facoltà dell'acquirente di vendere componenti, forniti ai fini dell'incorporazione, a clienti che userebbero tali componenti per fabbricare beni simili a quelli prodotti dal fornitore.
- c) la restrizione delle vendite attive o passive agli utenti finali da parte dei membri di un sistema di distribuzione selettiva operanti nel commercio al dettaglio, fatta salva la possibilità di proibire ad un membro di tale sistema di svolgere la propria attività in un luogo di stabilimento non autorizzato;
- d) la restrizione delle forniture incrociate tra commercianti nell'ambito di un sistema di distribuzione selettiva, anche se essi operano a livelli diversi di mercato;
- e) la restrizione, pattuita tra un fornitore di componenti e un acquirente che incorpora tali componenti, della facoltà del fornitore di vendere tali componenti come pezzi di ricambio a utenti finali, a riparatori o ad altri

prestatori di servizi non incaricati dall'acquirente della riparazione o della manutenzione dei propri prodotti;

- f) contengono clausole di non concorrenza per una durata indeterminata o per un periodo di più di cinque anni. Questa limitazione della durata a cinque anni non è tuttavia applicabile se i beni o i servizi oggetto della convenzione sono venduti dall'acquirente nei locali e sui terreni del venditore (proprietà o locazione/affitto);
- g) contengono clausole di non concorrenza post-contrattuali. Questa disposizione non è applicabile se l'obbligo di non concorrenza post-contrattuale:
 - i) si riferisce a beni o a servizi che sono in concorrenza con i beni o i servizi oggetto della convenzione,
 - ii) si limita ai locali e ai terreni a partire dai quali l'acquirente ha operato per tutta la durata del contratto,
 - iii) è indispensabile per proteggere un know-how trasferito dal fornitore all'acquirente,
 e un tale obbligo è limitato al massimo ad un periodo di un anno dopo la conclusione della convenzione. Rimane possibile imporre, per una durata indeterminata, una restrizione all'utilizzazione e alla divulgazione di know-how che non è stato reso noto pubblicamente;
- h) limitano la distribuzione di più marche in sistemi di distribuzione selettiva proibendo la vendita di prodotti di determinati fornitori concorrenti.

Cifra 13 Intralcio alla concorrenza non notevole secondo le quote di mercato

(1) Gli accordi verticali in materia di concorrenza che non sono contemplati alla cifra 10 o 12 (2) lettera b-e non costituiscono di regola un notevole intralcio alla concorrenza se nessuna impresa che partecipa all'accordo detiene una quota di mercato superiore al 15% su un mercato toccato dall'accordo stesso.¹³

(2) Se la concorrenza sul mercato determinante è limitata dagli effetti cumulativi di svariate reti di distribuzione verticali, simili e funzionanti parallelamente, la soglia della quota di mercato menzionata alla cifra 13 (1) viene abbassata al 5%. In generale non esiste alcun effetto cumulativo di esclusione se meno del 30% del mercato determinante è coperto da reti di distribuzione verticali simili e funzionanti parallelamente.

Cifra 14 Mancanza di notabilità della distribuzione selettiva puramente qualitativa

Gli accordi che hanno quale oggetto la distribuzione selettiva puramente qualitativa non portano ad un notevole intralcio alla concorrenza, nella misura in cui sono soddisfatte tre condizioni cumulative:

- i) la natura del prodotto in questione deve necessitare di un sistema di distribuzione selettiva: ciò significa che un tale sistema deve costituire un'esigenza legittima rispetto alla natura del prodotto in questione allo scopo di preservarne la qualità e di garantirne il corretto uso;

¹⁰ Emendato il 22.5.2017 (cfr. consid. XIV.).

¹¹ Emendato il 22.5.2017 (cfr. consid. XIV.).

¹² Emendato il 22.5.2017 (cfr. consid. XIV.).

¹³ Emendato il 22.5.2017 (cfr. consid. XIV.).

- ii) i rivenditori devono essere scelti in base a criteri oggettivi di tipo qualitativo. Tali criteri devono essere stabiliti in modo uniforme, essere messi a disposizione di tutti i potenziali rivenditori e applicati in modo non discriminatorio;
- iii) i criteri definiti non devono andare al di là di ciò che è necessario.

Cifra 15 Raccomandazioni di prezzo

(1) Nel caso di raccomandazioni di prezzo dal fornitore al rivenditore è necessario esaminare caso per caso, se si è in presenza di un accordo illecito in materia di concorrenza ai sensi dell'articolo 5 capoverso 4 in relazione con il capoverso 1 LCart.

(2) Raccomandazioni di prezzo sono da considerare, in linea di massima, limitazioni notabili alla concorrenza, qualora questi equivalgano ad un prezzo fisso o ad un prezzo minimo di vendita per effetto di pressioni esercitate o incentivi offerti da una delle parti (cfr. cifra 10 (1) lit. a).¹⁴

(3) Le circostanze seguenti possono portare all'esame delle raccomandazioni di prezzo:

- a) le raccomandazioni di prezzo non sono emanate in modo generalmente accessibile, ma soltanto all'attenzione dei rivenditori o dei commercianti;
- b) le raccomandazioni di prezzo in franchi svizzeri, indicate dai produttori o dai fornitori sui prodotti, sugli imballaggi o nei cataloghi, ecc., non sono espressamente designate come non vincolanti;
- c) il livello del prezzo dei prodotti interessati dalle raccomandazioni di prezzo – in caso di prestazioni comparabili – è nettamente più elevato rispetto ai paesi limitrofi;
- d) le raccomandazioni di prezzo vengono effettivamente seguite da una parte importante dei rivenditori o dei commercianti.

Cifra 16 Giustificazione

(1) Se esiste un accordo che rappresenta un notevole intralcio alla concorrenza, occorre esaminare se esso è considerato giustificato secondo l'articolo 5 capoverso 2 LCart. Se non sono presenti motivi di efficienza economica, l'accordo è illecito.

(2) Di regola gli accordi sono considerati giustificati senza un esame dei singoli casi, se la parte del fornitore al mercato rilevante, sul quale esso offre i beni e i servizi contrattuali, e la parte del rivenditore al mercato rilevante, sul quale esso acquista i beni e i servizi contrattuali, non superano il 30%. Fanno eccezione a questa regola gli accordi di cui alle cifre 10 e 12 (2) così come gli accordi che, sommati ad altri accordi, hanno conseguenze sul mercato.¹⁵

(3) Gli accordi che intralciano notevolmente la concorrenza e che non sono contemplati alla cifra 15 (2) sono sottoposti a un esame nei singoli casi. Esiste un motivo giustificativo quando un accordo aumenta l'efficienza economica conformemente all'articolo 5 capoverso 2 LCart – per esempio mediante un'organizzazione più efficace della rete di distribuzione nel senso di un miglioramento dei prodotti o dei processi di fabbricazione oppure di una

riduzione dei costi di distribuzione – e quando la restrizione alla concorrenza è necessaria a tale scopo.

(4) Le imprese possono far valere, nell'ambito dei motivi di efficienza economica menzionati all'articolo 5 capoverso 2 LCart, in particolare le giustificazioni seguenti:

- a) la protezione limitata nel tempo degli investimenti necessari alla penetrazione di nuovi mercati geografici o di nuovi mercati dei prodotti;
- b) la necessità di garantire l'uniformità e la qualità dei prodotti contrattuali;
- c) la protezione degli investimenti specifici a una relazione commerciale, che non potrebbero essere realizzati in mancanza di clausole contrattuali o lo sarebbero soltanto rischiando perdite considerevoli (problema della rinuncia a certi investimenti o hold-up);
- d) il fatto di evitare misure di promozione delle vendite che risulterebbero inefficienti a causa del loro basso livello (p. e. servizi di consulenza alla clientela), che possono verificarsi se un produttore o un rivenditore ha la possibilità di approfittare degli sforzi promozionali di un altro produttore o rivenditore (problema del parassitismo);
- e) il fatto di evitare l'imposizione di un doppio aumento di prezzo, che può verificarsi quando sia il produttore che il commerciante dispongono di una posizione dominante sul mercato (problema della doppia marginalizzazione);
- f) la promozione del trasferimento di know-how essenziale;
- g) la garanzia di impegni finanziari (p. e. mutui) che non possono essere forniti dal mercato dei capitali.

Cifra 17 Pubblicazione

La presente comunicazione viene pubblicata nel Foglio federale (art. 6 cpv. 3 LCart).

Cifra 18 Abrogazione della comunicazione precedente

Con l'entrata in vigore della presente comunicazione è abrogata la comunicazione riguardante la valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza del 2 luglio 2007.¹⁶

Cifra 19 Regolamentazione transitoria

Per il periodo tra il 1° agosto 2010 e il 31 luglio 2011, questa comunicazione non si applica alle convenzioni entrate in vigore prima del 1° agosto 2010 che adempivano le esigenze della comunicazione abrogata, ma non quelle della presente comunicazione.

Cifra 20 Entrata in vigore

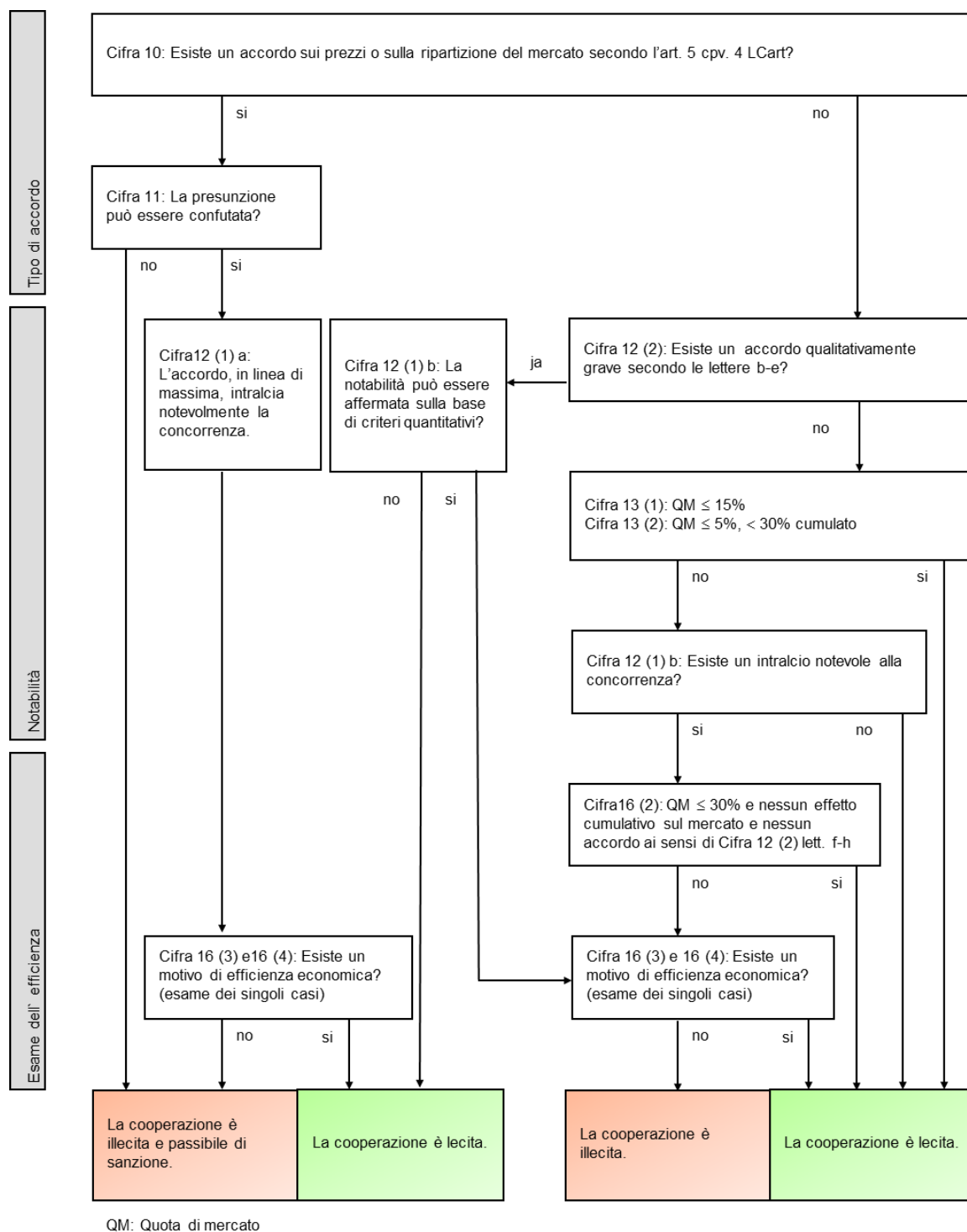
La presente comunicazione entra in vigore il 1° agosto 2010.

¹⁴ Emendato il 22.5.2017 (cfr. consid. XIV.).

¹⁵ Emendato il 22.5.2017 (cfr. consid. XIV.).

¹⁶ Decisione della Commissione della concorrenza del 2.7.2007 (FF 2007 6877).

Appendice 1: Schema per la valutazione degli accordi verticali¹⁷



¹⁷ Emendato il 22.5.2017 (cfr. consid. XIV.).

D 1	4. Erläuterungen der Wettbewerbskommission zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (VertBek-Erläuterungen) vom 12. Juni 2017
-----	---

Zweck der Erläuterungen

1. Nachfolgende Erläuterungen dienen als Auslegehilfe für die Regeln der Vertikalkennzeichnung¹ (VertBek). Fokussiert werden praxisrelevante Fragestellungen, für die eine gefestigte Praxis der Wettbewerbsbehörden besteht. Die Erläuterungen enthalten somit nicht zu jeder Regel der Vertikalkennzeichnung Ausführungen und auch keine zusätzlichen Wettbewerbsregeln. Die Wettbewerbskommission (WEKO) behält sich vor, die Erläuterungen bei Bedarf anzupassen.

2. Die Erläuterungen lehnen sich an die EU-Vertikalleitlinien² an, welche gemäss Erw VII. VertBek – unter Berücksichtigung der in der Schweiz herrschenden rechtlichen und wirtschaftlichen Bedingungen – analog auch für die Schweiz gelten.³ Vor diesem Hintergrund und im Sinne der Rechtssicherheit wird der Wortlaut der EU-Vertikalleitlinien in den vorliegenden Erläuterungen möglichst übernommen, soweit darauf Bezug genommen wird.

Sanktionierbare Wettbewerbsbeschränkungen (Ziff. 10, 12 Abs. 1 VertBek)

Grundsatz

3. Unternehmen, die an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG⁴ beteiligt sind, werden nach Art. 49a Abs. 1 KG sanktioniert. Unzulässig und folglich sanktionierbar sind sowohl jene vertikalen Abreden, die den wirklichen Wettbewerb auf dem relevanten Markt beseitigen (Art. 5 Abs. 4 KG; Ziff. 10 VertBek), als auch solche, die den Wettbewerb auf dem relevanten Markt zwar nicht beseitigen, aber erheblich beeinträchtigen und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind (Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG; Ziff. 12 Abs. 1 Bst. a VertBek).⁵ Bei vertikalen Abreden wird die Beseitigung wirklichen Wettbewerbs vermutet, wenn sie die Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen oder einen absoluten Gebietsschutz zum Gegenstand haben (Art. 5 Abs. 4 KG; Ziff. 10 VertBek).

Vertikale Preisabreden (Preisbindung der zweiten Hand; Ziff. 10 VertBek)

4. Eine vertikale Preisabrede zeichnet sich u.a. dadurch aus, dass zwischen dem Anbieter und seinen Abnehmern im Hinblick auf die Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen ein „bewusstes und gewolltes Zusammenwirken“ im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG (Ziff. 1 VertBek) besteht. In Frage kommen jegliche Formen des „bewussten und gewollten Zusammenwirkens“ von abgestimmten Verhaltensweisen bis hin zu ausdrücklichen (mündlichen oder schriftlichen) Vereinbarungen.⁶ Selbst Preisempfehlungen (vgl. Ziff. 15 VertBek) können eine abgestimmte Verhaltensweise darstellen, wenn zwischen dem Herausgeber und dem Empfänger eine minimale Willensübereinstimmung über die Befolgung der empfohlenen Preise besteht.⁷ Von Art. 5 Abs. 4 KG ebenfalls erfasst werden in Empfehlungsförmig gekleidete vertikale Preisabreden (Ziff. 10 Abs. 3 VertBek).⁸

5. Die Preise können auch auf indirekte Weise festgesetzt werden (Ziff. 10 Abs. 2 VertBek). Beispiele für indirekte Massnahmen zur Preisbindung sind Rabatte und Vergütungen des Anbieters (z.B. für Werbeaufwendungen der Händler), die von der Einhaltung eines bestimmten, vorgegebenen Preisniveaus abhängig gemacht werden, sowie Abreden über Höchststrabatte, die der Händler bei einem bestimmten, vorgegebenen Preisniveau gewähren darf.⁹ Weitere Beispiele für eine indirekte Einflussnahme durch den Anbieter auf die Wiederverkaufspreise der Händler sind Drohungen, Einschüchterung, Warnungen, Strafen, Verzögerung oder Aussetzung von Lieferungen und Vertragskündigung bei Nichteinhaltung eines bestimmten Preisniveaus durch die Händler.¹⁰

Vertikale Abreden über absoluten Gebietsschutz (Ziff. 10 VertBek)

6. Ein absoluter Gebietsschutz im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG erfordert zunächst das Vorliegen einer vertikalen Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG (Ziff. 1 VertBek). Der Tatbestand des absoluten Gebietsschutzes in Art. 5 Abs. 4 KG setzt nach dem Wortlaut des Gesetzes Folgendes voraus: Erstens einen Vertriebsvertrag, zweitens eine Gebietszuweisung, drittens einen gebietsübergreifenden Verkaufsausschluss.¹¹ Der Begriff des Vertriebsvertrags ist umfassend zu verstehen und beinhaltet nicht nur eigentliche Vertriebsverträge, sondern auch einzelne Vertragsklauseln über den Bezug, Verkauf oder Weiterverkauf von Vertragsprodukten in anderen Verträgen, die einen absoluten Gebietsschutz vorsehen; derartige Klauseln finden sich z.B. in Franchise-, Lizenz- oder Technologietransferverträgen.¹² Erfasst werden nicht nur

¹ Beschluss der Wettbewerbskommission vom 28.6.2010 (BBl 2017 4237), abrufbar unter www.weko.ch > Dokumentation > Bekanntmachungen/Erläuterungen.

² Leitlinien für vertikale Beschränkungen, Mitteilung der Europäischen Kommission, ABl. C 130 vom 19.5.2010 S. 1 (EU-Vertikalleitlinien).

³ Vgl. hierzu auch Urteil des BGer 2C_180/2014 vom 28.6.2016, E. 6.2.3, *Gaba/Weko*.

⁴ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

⁵ Urteil des BGer 2C_180/2014 vom 28.6.2016, E. 9.4.6 *Gaba/Weko*.

⁶ RPW 2016/3, 731 Rz 75 f., *Saiteninstrumente*.

⁷ RPW 2014/1, 193 Rz 85, *Kosmetikprodukte*.

⁸ RPW 2010/4, 669 Rz 155 ff., *Hors-Liste Medikamente* (nicht rechtskräftig).

⁹ RPW 2016/2, 399 ff. Rz 133 ff., *Altimum SA* (nicht rechtskräftig); RPW 2016/3, 737 Rz 102, *Saiteninstrumente*.

¹⁰ Vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 48.

¹¹ Urteil des BGer 2C_180/2014 vom 28.6.2016, E. 6.3, *Gaba/Weko*; Urteil des BVGer vom 16.9.2016, RPW 2016/3, 852 E. 7.3.1, *Nikon AG/WEKO m.w.H.*

¹² Urteil des BGer 2C_180/2014 vom 28.6.2016, E. 6.3.1, 6.4.1, *Gaba/Weko*.

schriftliche Vertragsklauseln, sondern sämtliche Arten und Formen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Sinne von Ziff. 1 VertBek über einen absoluten Gebietsschutz (z.B. auch Konditionenblätter und mündliche Vereinbarungen). Gefordert wird nicht eine bestimmte Art von Vertriebsvertrag wie ein Exklusiv-¹³ oder Selektivvertriebsvertrag (Ziff. 4 VertBek).¹⁴ Unabhängig von der Art des Vertriebssystems kann das Gebiet somit entweder einem einzelnen oder mehreren Händlern gleichzeitig zugewiesen worden sein.¹⁵ Die Gebietszuweisung kann direkt oder indirekt (vgl. unten Rz 8) erfolgen.¹⁶ Das zugewiesene Gebiet kann unterschiedlich definiert werden, z.B. nach Landesteilen, Ländern oder supranationalen Gebieten. Allerdings ist der Tatbestand nur erfüllt, wenn passive Verkäufe (Ziff. 3 VertBek) durch gebietsfremde Vertriebspartner in diese Gebiete ausgeschlossen werden, nicht hingegen bei einer Beschränkung von aktiven Verkäufen (Ziff. 2 VertBek).¹⁷ Als Formen des Passivverkaufs gelten auch Internetverkäufe, sofern sich die Verkaufsbemühungen nicht gezielt an Kunden ausserhalb des zugewiesenen Gebiets richten (vgl. unten Rz 18 ff.), sowie die Einreichung von Offerten im Rahmen von Ausschreibungen im offenen und selektiven Verfahren.¹⁸

7. Beispiele für Abreden über einen absoluten Gebietsschutz sind Vereinbarungen zwischen Herstellern und ihren Vertriebspartnern, wonach den Vertriebspartnern im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) das Gebiet des EWR bzw. ein Gebiet im EWR und den Vertriebspartnern in der Schweiz das Gebiet der Schweiz zugewiesen wird und gleichzeitig Verkäufe aus dem EWR bzw. aus einem Gebiet des EWR heraus ausgeschlossen werden.¹⁹ Derartige vertragliche Exportverbote führen zum Ausschluss von passiven Verkäufen an Händler und Endkunden in der Schweiz. Als absolute Gebietsschutzabreden gelten auch Beschränkungen des passiven Verkaufs von zugelassenen Händlern in einem Gebiet, in welchem der Vertrieb selektiv organisiert ist, an Händler in einem Gebiet, in welchem der Vertrieb offen organisiert ist.²⁰

8. Eine absolute Gebietsschutzabrede kann auch auf indirekte Weise implementiert werden (Ziff. 10 Abs. 2 VertBek).²¹ Ein indirekter absoluter Gebietsschutz umfasst sämtliche Massnahmen, mit denen Händler dazu gebracht werden sollen, Anfragen aus bestimmten Gebieten nicht zu bedienen, z.B. durch die Verweigerung oder Reduktion von Prämien oder Rabatten, Beendigung der Belieferung, Verringerung der Liefermenge, Androhung der Vertragskündigung und höheren Preisen für auszuführende Produkte.²² Ein indirekter absoluter Gebietsschutz kann auch bewirkt werden, indem der Anbieter Garantieleistungen nicht vergütet, die von Händlern auf direkt oder parallel importierten Produkten²³ erbracht werden.²⁴ Ebenfalls zum indirekten Ausschluss von passiven Verkäufen an Abnehmer in der Schweiz führen vertragliche Bezugsbeschränkungen, wonach sich die Vertriebspartner in der Schweiz verpflichten, die Vertragsware nur in ihrem Vertragsgebiet zu beziehen.²⁵

Sachverhalte, die den Tatbestand nach Art. 5 Abs. 4 KG nicht erfüllen

9. Folgende Sachverhalte erfüllen für sich allein genommen den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG nicht:

- Verbote des Passivverkaufs zulasten des Anbieters:²⁶ Die Verpflichtung ausländischer Anbieter gegenüber dem Schweizer Generalimporteur, bei unaufgeforderten Bestellungen von Händlern oder Endkunden aus der Schweiz diese an den Schweizer Generalimporteur zu verweisen, stellt keine absolute Gebietsschutzabrede dar. So liegt bspw. keine Abrede über absoluten Gebietsschutz vor, wenn ein ausländischer Hersteller sich gegenüber dem Schweizer Generalimporteur verpflichtet, Anfragen aus der Schweiz an ihn weiterzuleiten.
- Konzerninterne Sachverhalte: Eine Wettbewerbsabrede setzt eine Vereinbarung oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweise von mindestens zwei voneinander unabhängigen Unternehmen voraus (Art. 4 Abs. 1 KG). Bei konzerninternen Absprachen wird diese Voraussetzung nicht erfüllt.²⁷ Dies bedeutet, dass konzerninterne vertikale Preisabsprachen und absolute Gebietsschutzabsprachen nicht in den Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 4 KG fallen, solange diese konzerninternen Absprachen keine marktabschottenden Verhaltensweisen von Händlern ausserhalb des Konzerns vorsehen.²⁸ Von diesem Konzernprivileg ge-

¹³ In einem Exklusivvertriebsvertrag verpflichtet sich der Anbieter, seine Produkte zum Zweck des Weiterverkaufs in einem bestimmten Gebiet oder an eine bestimmte Kundengruppe nur an einen Händler zu verkaufen (vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 51, 151).

¹⁴ Urteil des BGer 2C_180/2014 vom 28.6.2016, E. 6.3.1, *Gaba/Weko*; Urteil des BVGer vom 16.9.2016, RPW 2016/3, 854 E. 7.3.3, *Nikon AG/WEKO*.

¹⁵ Urteil des BVGer vom 16.9.2016, RPW 2016/3, 854 E. 7.3.3, *Nikon AG/WEKO*.

¹⁶ Urteil des BGer 2C_180/2014 vom 28.6.2016, E. 6.3.2, *Gaba/Weko*; Urteil des BVGer vom 16.9.2016, RPW 2016/3, 853 E. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*.

¹⁷ Urteil des BGer 2C_180/2014 vom 28.6.2016, E. 6.3.5, *Gaba/Weko*; Urteil des BVGer vom 16.9.2016, RPW 2016/3, 853 E. 7.3.1, *Nikon AG/WEKO* m.w.H.

¹⁸ RPW 2016/3, 654 Rz 4 f., *Flügel und Klaviere* (nicht rechtskräftig).

¹⁹ Urteil des BVGer vom 13.11.2015, RPW 2015/4, 801 ff. E. 6.3, 9.1.5, *BMW/WEKO* (nicht rechtskräftig); Urteil des BVGer vom 16.9.2016, RPW 2016/3, 853 E. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*; RPW 2017/1, 100 Rz 40 f., *Eflare*.

²⁰ Vgl. RPW 2016/2, 479 Rz 315, *Nikon*.

²¹ Urteil des BVGer vom 16.9.2016, RPW 2016/3, 853 E. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*.

²² Vgl. RPW 2016/2, 373, *Beratung betreffend Preisdifferenzierung bei Importen in die Schweiz*; RPW 2012/3, 524, *Rabattendifferenzierung bei Lieferungen in die Schweiz*; EU-Vertikalleitlinien, Rz 50.

²³ Von Direktimport wird gesprochen, wenn Endkunden Produkte im Ausland einkaufen und in die Schweiz einführen. Von Parallelimporten wird gesprochen, wenn Händler Produkte im Ausland erwerben und ausserhalb der vom Hersteller vorgesehenen Vertriebskanäle in die Schweiz einführen.

²⁴ Vgl. Urteil des BVGer vom 16.9.2016, RPW 2016/3, 853 E. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*; RPW 2016/3, 869, *Umfrage Motion Hess*; EU-Vertikalleitlinien, Rz 50.

²⁵ Vgl. Urteil des BVGer vom 16.9.2016, RPW 2016/3, 853 E. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*.

²⁶ Vgl. RPW 2016/1, 89 Rz 169, *Online-Buchungsplattformen für Hotels*, m.w.H.; RPW 2010/4, 793 E. 3.3.3, Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich betreffend Forderung.

²⁷ Vgl. Urteil des BGer 2C_180/2014 vom 28.6.2016, E. 6.2.2, *Gaba/Weko*.

²⁸ Vgl. RPW 2014/1, 190 Rz 61 ff., 197 Rz 130 ff., *Kosmetikprodukte*; Verfügung der WEKO vom 27.5.2013 i.S. *Marché du livre écrit en français*, Rz 136 ff., 367 ff., 422 ff., abrufbar unter www.weko.ch > Aktuell > Letzte Entscheide (nicht rechtskräftig).

deckt ist etwa der Verweis eines ausländischen Unternehmens an die gruppenzugehörige Gesellschaft in der Schweiz, wenn es unaufgeforderte Bestellanfragen von Händlern oder Endkunden aus der Schweiz erhält.

- Reine internationale Preisunterschiede ohne Hinweise auf vertikale Preisabreden oder Abreden über einen absoluten Gebietsschutz fallen nicht in den Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 4 KG.
- Beschränkungen von passiven Verkäufen an bestimmte Kundengruppen werden nicht von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst, werden indes als qualitativ schwerwiegend betrachtet (Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b VertBek). Verbote bzw. Beschränkungen von Internetverkäufen stellen Passivverkaufsverbote an die Kundengruppe der Internetkunden dar und fallen dementsprechend nicht in den Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 4 KG, solange keine weiteren qualifizierenden Umstände vorliegen, die auf das Bestehen einer vertikalen Preisabrede oder eine Abrede über absoluten Gebietsschutz schliessen lassen (vgl. unten Rz 18 ff.).²⁹
- Sind passive Verkäufe zulässig, aktive dagegen nicht, so handelt es sich lediglich um relativen Gebietsschutz. Solche Verkäufe in zugewiesene Gebiete sind nicht im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG ausgeschlossen (vgl. oben, Rz 6).³⁰ Abgesehen von den in Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b/i-iii VertBek genannten Ausnahmen werden Beschränkungen von Aktivverkäufen indes als qualitativ schwerwiegend betrachtet (Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b bis c VertBek).

Erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen (Ziff. 12 Abs. 1 Bst. a VertBek)

10. Das Kriterium der Erheblichkeit ist eine Bagatellklausel. Bereits ein geringes Mass an Beeinträchtigung ist ausreichend, um als erheblich qualifiziert zu werden.³¹ Die in Art. 5 Abs. 4 KG aufgeführten besonders schädlichen Abreden, d.h. vertikale Preisabreden und absolute Gebietsschutzabreden, erfüllen grundsätzlich das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG.³² Dies gilt ohne Bezug auf einen Markt und unabhängig von quantitativen Kriterien wie der Grösse des Marktanteils der an der Abrede beteiligten Unternehmen.³³ Dabei genügt es, dass solche Abreden den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen können.³⁴ D.h., ein Nachweis tatsächlicher Auswirkungen oder der Umsetzung der Abrede ist nicht erforderlich.³⁵ Erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG sind vorbehaltlich einer im Einzelfall zu prüfenden Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG; Ziff. 16 VertBek) unzulässig.³⁶

Selektive Vertriebssysteme (Ziff. 12 Abs. 2, Ziff. 13, 14, 16 VertBek)

Qualitativ schwerwiegende Abreden (Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b, c, d VertBek)

11. Ziff. 12 Abs. 2 VertBek qualifiziert eine Reihe von Abreden in selektiven Vertriebssystemen als qualitativ schwerwiegend. Deren Erheblichkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG und Rechtfertigung (Art. 5 Abs. 2 KG) gilt es im

Einzelfall zu prüfen (Ziff. 12 Abs. 1 Bst. b, Ziff. 16 Abs. 3 VertBek).

12. Als nicht qualitativ schwerwiegend gelten Beschränkungen des Verkaufs an nicht zugelassene Händler durch die Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems innerhalb des vom Anbieter für den Betrieb dieses Systems festgelegten Gebiets (Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b/iii VertBek). Solche Beschränkungen dienen dem Schutz selektiver Vertriebssysteme vor dem Vertrieb durch systemfremde Händler.³⁷ Folglich liegt bspw. auch dann keine qualitativ schwerwiegende Abrede vor, wenn ein Hersteller seine Garantieleistungen auf Produkte beschränkt, die bei zugelassenen Händlern bezogen wurden.³⁸

13. Als qualitativ schwerwiegend gelten Beschränkungen des aktiven oder passiven Verkaufs durch zugelassene Einzelhändler an Endverbraucher (Ziff. 12 Abs. 2 Bst. c i.V.m. Ziff. 2, 3 VertBek) sowie Beschränkungen des aktiven oder passiven Verkaufs zwischen zugelassenen Händlern (Ziff. 12 Abs. 2 Bst. d i.V.m. Ziff. 2, 3 VertBek). Werden passive Verkäufe von gebietsfremden Vertriebspartnern an zugelassene Händler oder Endverbraucher in (gewissen Gebieten) der Schweiz ausgeschlossen, liegen grundsätzlich erhebliche absolute Gebietsschutzabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG vor (vgl. oben, Rz 6 ff.).

14. Ziff. 12 Abs. 2 Bst. c und d VertBek implizieren, dass die Kombination von Exklusiv- mit Selektivvertrieb qualitativ schwerwiegend ist, wenn der aktive Verkauf (Ziff. 2 VertBek) beschränkt wird. Wird der aktive Verkauf hingegen nicht beschränkt, stellt die Verknüpfung von Exklusiv- mit Selektivvertrieb keine qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkung dar.³⁹ So liegt bspw. eine qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkung vor, wenn ein Hersteller einen Exklusivvertrieb auf Grosshandelsstufe mit einem Selektivvertrieb auf Einzelhandelsstufe kombiniert und den Grosshändlern untersagt, aktiv in andere als den ihnen jeweils zugewiesenen Gebieten zu verkaufen.

Unerhebliche Wettbewerbsbeschränkung aufgrund der Marktanteile (Ziff. 13 VertBek)

15. Selektive Vertriebssysteme, welche keine Beschränkungen nach Ziff. 10 oder Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b bis e VertBek enthalten, sind in der Regel mangels erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung zulässig, falls die Marktanteilsschwelle von 15 % von keinem an der Abrede beteiligten Unternehmen überschritten wird (Ziff. 13 Abs. 1

²⁹ Vgl. RPW 2011/3, 381 f. Rz 70 ff., *Behinderung des Online-Handels*.

³⁰ Urteil des BGer 2C_180/2014 vom 28.6.2016, E. 6.3.5, *Gaba/Weko*.

³¹ Urteil des BGer 2C_180/2014 vom 28.6.2016, E. 5.1.6, *Gaba/Weko*.

³² Urteil des BGer 2C_180/2014 vom 28.6.2016, E. 5.2.5, 5.6, *Gaba/Weko*.

³³ Urteil des BGer 2C_180/2014 vom 28.6.2016, E. 5.2.1, 5.5, *Gaba/Weko*.

³⁴ Urteil des BGer 2C_180/2014 vom 28.6.2016, E. 5.4, 5.6, *Gaba/Weko*.

³⁵ Urteil des BGer 2C_180/2014 vom 28.6.2016, E. 5.4.2, *Gaba/Weko*.

³⁶ Urteil des BGer 2C_180/2014 vom 28.6.2016, E. 7, *Gaba/Weko*.

³⁷ Vgl. EuGH vom 13.1.1994, C-376/92, *Metro/Cartier*, Slg. 1994 I-15, Rz 32 f.

³⁸ Vgl. RPW 2014/2, 411 Rz 42, *Jura*.

³⁹ Vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 57, 152.

VertBek). Diese Marktanteilsschwelle wird bei kumulativen Wirkungen von parallelen Vertriebsnetzen auf 5 % herabgesetzt (Ziff. 13 Abs. 2 VertBek). Bei selektiven Vertriebssystemen ist eine kumulative Wirkung unwahrscheinlich, wenn solche Systeme weniger als 50 % eines Marktes abdecken oder wenn die Summe der Marktanteile der fünf grössten Anbieter unter 50 % liegt.⁴⁰

Rein qualitativer Selektivvertrieb (Ziff. 14 VertBek)

16. Selektive Vertriebssysteme, welche die in Ziff. 14 VertBek dargelegten drei Voraussetzungen kumulativ erfüllen, sind unabhängig von der Höhe der Marktanteile der an der Abrede beteiligten Unternehmen mangels erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung zulässig.⁴¹

Rechtfertigung (Ziff. 16 VertBek)

17. Selektive Vertriebssysteme gelten unabhängig von der Art des Produkts und der Art der Auswahlkriterien in der Regel ohne Einzelfallprüfung als gerechtfertigt, wenn die Marktanteilsschwelle von 30 % weder vom Anbieter auf seinem Absatzmarkt noch von den Abnehmern auf ihrem Beschaffungsmarkt überschritten wird.⁴² Davon ausgenommen sind selektive Vertriebssysteme, die Abreden nach Ziff. 12 Abs. 2 VertBek und Abreden beinhalten, die sich mit anderen kumulativ auf dem Markt auswirken (Ziff. 16 Abs. 2 VertBek). Wird die Marktanteilsschwelle von 30 % von einem an der Abrede beteiligten Unternehmen überschritten, ist im Einzelfall zu prüfen, ob selektive Vertriebssysteme, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, aus Effizienzgründen zulässig sind (Ziff. 16 Abs. 3 VertBek).

Online-Handel (Ziff. 3, 10, 12 Abs. 2 Bst. b, c, d VertBek)

Sanktionierbare Wettbewerbsbeschränkungen (Ziff. 10 VertBek)

18. Verbote bzw. Beschränkungen von Internetverkäufen können eine vertikale Preisabrede oder eine vertikale Abrede über absoluten Gebietsschutz darstellen, wenn sie von qualifizierenden Umständen begleitet werden (vgl. oben, Rz 9, vierter Punkt). Ob qualifizierende Umstände vorliegen und der Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG erfüllt ist, erfordert eine Beurteilung anhand der konkreten Umstände im Einzelfall.⁴³

19. Als qualifizierende Umstände für eine vertikale Preisabrede kommen z.B. in Frage:

- Direkte und indirekte Einflussnahmen des Anbieters auf Preise der Händler, z.B. durch Beeinflussung der Rabattpolitik;
- Massnahmen des Anbieters wie Drohungen, Einschüchterungen, Warnungen, Strafen, Verzögerungen oder Aussetzung von Lieferungen und Vertragskündigung bei Nichteinhaltung eines bestimmten Preisniveaus durch die Händler.⁴⁴

20. Als qualifizierende Umstände für eine vertikale Abrede über absoluten Gebietsschutz kommen z.B. in Frage:

- Abreden, welche vorsehen, dass der Händler verhindert, dass Kunden aus der Schweiz seine Website einsehen können, oder dass er auf seiner Website eine automatische Umleitung auf die

Website des Herstellers oder anderer Händler in der Schweiz errichtet;

- Abreden, welche vorsehen, dass der Händler Internet-Transaktionen von Endkunden unterbricht, sobald ihre Kreditkarte eine Adresse erkennen lässt, die nicht im (Vertrags-)Gebiet des Händlers liegt.⁴⁵

Qualitativ schwerwiegende Abreden (Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b, c, d VertBek)

21. Abreden, die Verbote bzw. Beschränkungen von Internetverkäufen zulasten der Abnehmer zum Gegenstand haben, beschränken passive Verkäufe an die Kundengruppe der Internetkunden und sind somit qualitativ schwerwiegend (Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Ziff. 3 VertBek).⁴⁶

22. Abreden, die Verbote bzw. Beschränkungen von Internetverkäufen zum Gegenstand haben, gelten im Rahmen von selektiven Vertriebssystemen als qualitativ schwerwiegend, da sie passive Verkäufe durch zugelassene Einzelhändler an Endverbraucher (Ziff. 12 Abs. 2 Bst. c i.V.m. Ziff. 3 VertBek)⁴⁷ und/oder passive Verkäufe zwischen zugelassenen Händlern (Ziff. 12 Abs. 2 Bst. d i.V.m. Ziff. 3 VertBek) beschränken.

23. Als qualitativ schwerwiegende Abrede gilt dementsprechend jede Verpflichtung innerhalb eines selektiven Vertriebssystems, welche die zugelassenen Händler davon abhält, das Internet zu benutzen, um mehr und andere Kunden zu erreichen, indem ihnen Kriterien für Online-Verkäufe auferlegt werden, die insgesamt den Kriterien für Verkäufe im physischen Verkaufspunkt nicht gleichwertig sind. Dies bedeutet nicht, dass die Kriterien für Online- und Offline-Verkäufe identisch sein müssen, sondern dass mit ihnen dieselben Ziele verfolgt und vergleichbare Ergebnisse erzielt werden sollten und dass die unterschiedlichen Kriterien im unterschiedlichen Wesen dieser beiden Vertriebswege begründet sein müssen.⁴⁸

24. Als nicht qualitativ schwerwiegend gelten indes Qualitätsanforderungen, welche ein Anbieter an die Verwendung des Internets zum Weiterverkauf seiner Waren stellt, um zu gewährleisten, dass das Online-Geschäft des Händlers mit dem Vertriebsmodell des Anbieters in

⁴⁰ Vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 179; RPW 2011/3, 389 Rz 134, 137, *Behinderung des Online-Handels*.

⁴¹ Vgl. auch EuGH vom 25.10.1977, Rs. 26/76, *Metro I*, Slg. 1977 1875. Die erste Voraussetzung, wonach die Beschaffenheit des fraglichen Produkts einen selektiven Vertrieb erfordern muss, erfüllt die Zahnpasta Elmex rot gemäss Praxis der WEKO nicht (RPW 2010/1, 84 Rz 157, *Gaba*).

⁴² Vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 176.

⁴³ RPW 2011/3, 381 Rz 69, *Behinderung des Online-Handels*; RPW 2014/1, 198 Rz 139, *Kosmetikprodukte*.

⁴⁴ RPW 2011/3, 381 Rz 71, *Behinderung des Online-Handels*; RPW 2014/1, 198 Rz 140, *Kosmetikprodukte*; RPW 2014/2, 413 Rz 61, *Jura*.

⁴⁵ RPW 2011/3, 381 Rz 74, *Behinderung des Online-Handels*; RPW 2014/1, 198 Rz 142, *Kosmetikprodukte*; RPW 2014/2, 413 Rz 62, *Jura*.

⁴⁶ RPW 2014/1, 198 Rz 143, *Kosmetikprodukte*; RPW 2014/2, 413 Rz 66, *Jura*.

⁴⁷ RPW 2011/3, 386 Rz 106 ff., *Behinderung des Online-Handels*. Vgl. hierzu auch EuGH vom 13.10.2011, C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS*, Slg. 2011 I-9447, Rz 54, 59.

⁴⁸ Vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 56.

Einklang steht. Dies hat für alle Vertriebsformen Gültigkeit, kann aber insbesondere für den selektiven Vertrieb von Bedeutung sein (vgl. hierzu jedoch Rz 23). So kann der Anbieter bspw. von seinen Händlern verlangen, dass sie über einen oder mehrere physische Verkaufspunkte verfügen, wenn sie Mitglied des Vertriebssystems werden wollen.⁴⁹

25. Die Erheblichkeit von Verboten bzw. Beschränkungen von Internetverkäufen sowie deren Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz sind im Einzelfall zu prüfen (Ziff. 12 Abs. 1 Bst. b, Ziff. 16 Abs. 3 VertBek).

⁴⁹ Vgl. EU-Vertikalleitlinien, Rz 52 Bst. c, Rz 54; RPW 2011/3, 396 Rz 189, *Behinderung des Online-Handels*.

D 1	5. Note explicative de la Commission de la concurrence sur la Communication concernant l'appréciation des accords verticaux (Note explicative CommVert) du 12 juin 2017
-----	--

But de la Note explicative

1. La Note explicative qui suit sert comme aide à l'interprétation des règles de la Communication sur les accords verticaux¹ (CommVert). Elle se focalise sur des questions pratiques pertinentes, pour lesquelles il existe une pratique établie des autorités de la concurrence. Ainsi, la Note explicative ne contient pas de commentaires sur chaque disposition de la Communication sur les accords verticaux, ni de règles de concurrence supplémentaires. La Commission de la concurrence (COMCO) se réserve le droit d'adapter cette Note explicative si nécessaire.

2. La Note explicative s'inspire des Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales², lesquelles valent de manière analogue en Suisse – tout en tenant compte des conditions juridiques et économiques spécifiques à la Suisse – conformément au consid. VII CommVert.³ Dans ce contexte et pour assurer la sécurité juridique, les termes utilisés dans les Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales sont repris autant que possible lorsqu'il y est fait référence.

Restrictions à la concurrence passibles de sanctions (ch. 10, 12 al. 1 CommVert)

Principe

3. Les entreprises qui participent à un accord illicite aux termes de l'art. 5 al. 4 LCart⁴ sont sanctionnées selon l'art. 49a al. 1 LCart. Sont illicites et donc passibles de sanction les accords verticaux qui suppriment la concurrence efficace sur le marché pertinent (art. 5 al. 4 LCart; ch. 10 CommVert), de même que ceux qui ne suppriment pas la concurrence sur le marché pertinent mais qui l'affectent de manière notable et ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 4 en relation avec l'al. 1 LCart; ch. 12 al. 1 let. a CommVert).⁵ En présence d'un accord vertical, la suppression de la concurrence efficace est présumée lorsque celui-ci a pour objet l'imposition d'un prix de vente minimal ou fixe ou une protection territoriale absolue (art. 5 al. 4 LCart; ch. 10 CommVert).

Accords verticaux sur les prix (prix de revente imposés; ch. 10 CommVert)

4. Un accord vertical sur les prix se caractérise entre autre par le fait qu'il existe entre le fournisseur et ses acheteurs une action collective consciente et voulue au sens de l'art. 4 al. 1 LCart portant sur la fixation de prix minimums ou fixes (ch. 1 CommVert). Toutes les formes d'actions collectives conscientes et voulues sont concernées, des pratiques concertées jusqu'aux conventions expresses (orales ou écrites).⁶ Même les recommandations de prix (cf. ch. 15 CommVert) peuvent constituer une pratique concertée, lorsqu'il existe entre leur émetteur et leur destinataire une concordance de volonté minimale que ces prix soient appliqués.⁷ Les accords verticaux sur les prix revêtant la forme de recommandations sont aussi couverts par l'art. 5 al. 4 LCart (ch. 10 al. 3 CommVert).⁸

5. Les prix peuvent aussi être imposés de manière indirecte (ch. 10 al. 2 CommVert). À titre d'exemples de mesures indirectes d'imposition de prix, on pourrait citer un accord qui subordonne au respect d'un niveau de prix déterminé l'octroi de ristournes et remboursement (par ex. pour les coûts promotionnels des distributeurs) par le fournisseur de même qu'un accord sur les réductions maximales que le distributeur peut accorder sur un niveau de prix prédéfini.⁹ Des menaces, intimidations, avertissements, sanctions, retards ou suspension des livraisons, de même que la résiliation du contrat en cas de non-respect par les distributeurs d'un niveau de prix donné, constituent d'autres exemples d'une influence indirecte par le fournisseur sur les prix de revente des distributeurs.¹⁰

Accords verticaux de protection territoriale absolue (ch. 10 CommVert)

6. L'existence d'une protection territoriale absolue au sens de l'art. 5 al. 4 LCart requiert premièrement celle d'un accord vertical au sens de l'art. 4 al. 1 LCart (ch. 1 CommVert). Une protection territoriale absolue au sens de l'art. 5 al. 4 LCart nécessite, aux termes de la loi, les éléments suivants: premièrement un contrat de distribution, deuxièmement l'attribution d'un territoire, et troisièmement l'exclusion des ventes d'un territoire à un autre.¹¹ Le concept de contrat de distribution doit être défini de manière globale et comprend non seulement les contrats de distributions à proprement parler, mais aussi les clauses individuelles sur l'achat, la vente ou la revente des produits contractuels contenues dans d'autres contrats et qui prévoient une protection territoriale absolue; de telles clauses se trouvent p. ex. dans les contrats de

¹ Décision de la Commission de la concurrence du 28.6.2010 (FF 2017 4237), disponible sur www.weko.ch > Documentation > Communications / Notes explicatives.

² Lignes directrices sur les restrictions verticales, Communication de la Commission européenne, JO C 130 du 19.5.2010 p. 1 (Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales).

³ Cf. aussi l'arrêt du TF 2C_180/2014 du 28.6.2016, consid. 6.2.3, *Gaba/WEKO*.

⁴ Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart; RS 251).

⁵ Arrêt du TF 2C_180/2014 du 28.6.2016, consid. 9.4.6, *Gaba/Weko*.

⁶ DPC 2016/3, 731 N 75 s., *Saiteninstrumente*.

⁷ DPC 2014/1, 193 N 85, *Kosmetikprodukte*.

⁸ DPC 2010/4, 669 N 155 ss, *Hors-Liste Medikamente* (la décision n'est pas encore entrée en force).

⁹ DPC 2016/2, 399 ss N 133 ss, *Altimum SA* (la décision n'est pas encore entrée en force); DPC 2016/3, 737 N 102, *Saiteninstrumente*.

¹⁰ Cf. Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 48.

¹¹ Arrêt du TF 2C_180/2014 du 28.6.2016, consid. 6.3, *Gaba/Weko*; arrêt du TAF du 16.9.2016, DPC 2016/3, 852 consid. 7.3.1, *Nikon AG/WEKO*, avec renvois.

¹² Arrêt du TF 2C_180/2014 du 28.6.2016, consid. 6.3.1, 6.4.1, *Gaba/Weko*.

franchise, de licence ou encore de transfert de technologie.¹² Sont couvertes non seulement les clauses dans des contrats écrits, mais aussi tous types et formes de conventions verticales et de pratiques concertées au sens du ch. 1 CommVert ayant pour objet une protection territoriale absolue (p. ex. des listes de conditions applicables ou des conventions orales). Il n'est pas nécessaire que le contrat de distribution soit d'un certain type, tel qu'un contrat de distribution exclusive¹³ ou sélective (ch. 4 CommVert).¹⁴ Le territoire peut ainsi être attribué à un ou plusieurs distributeurs en même temps, indépendamment du type de système de distribution.¹⁵ L'attribution du territoire peut être effectuée de manière directe comme indirecte (cf. ci-dessous ch. 8).¹⁶ Le territoire attribué peut être défini de différentes manières, p. ex. par régions, par pays ou encore par territoires supranationaux. Pour qu'il y ait une protection territoriale absolue, il faut que les ventes passives (ch. 3 CommVert) dans ces territoires soient exclues pour les partenaires de distribution situés en dehors de ces derniers; ce n'est par contre pas le cas en présence d'une restriction des ventes actives (ch. 2 CommVert).¹⁷ Les ventes réalisées par Internet constituent une forme de ventes passives, tant que les efforts de vente ne visent pas à atteindre des clients établis hors du territoire attribué au distributeur (cf. ci-dessous ch. 18 ss); il en va de même pour les offres dans le cadre de procédures d'adjudication ouvertes et sélectives.¹⁸

7. Des conventions entre producteurs et leurs partenaires de distribution, par lesquelles les partenaires de distribution dans l'espace économique européen (EEE) se voient attribuer le territoire de l'EEE (ou un territoire dans l'EEE) et les partenaires de distribution en Suisse le territoire suisse, pendant que les ventes depuis l'EEE (ou un territoire dans l'EEE) sont exclues, constituent des exemples d'accords de protection territoriale absolue.¹⁹ De telles interdictions d'exportations contractuelles conduisent à l'exclusion des ventes passives aux distributeurs et clients finals situés en Suisse. Sont aussi des accords de protection territoriale absolue les restrictions des ventes passives de distributeurs agréés situés dans un territoire au sein duquel la distribution est organisée de façon sélective aux distributeurs situés dans un territoire au sein duquel la distribution est organisée de façon ouverte.²⁰

8. Un accord de protection territoriale absolue peut aussi être mis en œuvre de façon indirecte (ch. 10 al. 2 CommVert).²¹ Une protection territoriale absolue indirecte comprend toutes les mesures par lesquelles les distributeurs devraient être amenés à ne pas satisfaire des demandes provenant de certains territoires, p. ex. le refus ou la réduction des primes ou des remises, l'arrêt des livraisons, la diminution des volumes de livraison, des menaces de résiliation du contrat et l'application d'un prix plus élevé pour les produits destinés à l'exportation.²² Le non-remboursement par le fournisseur de services de garantie que les distributeurs effectuent sur des produits importés de manière parallèle ou directe²³ peut aussi conduire à une protection territoriale absolue indirecte.²⁴ Peut aussi conduire à une exclusion indirecte des ventes passives aux acheteurs situés en Suisse les restrictions d'approvisionnement contractuelles, par lesquelles les partenaires de distribution situés en Suisse s'obligent à se fournir en biens contractuels qu'à l'intérieur de son territoire contractuel.²⁵

Etats de fait ne remplissant pas les conditions de l'art. 5 al. 4 LCart

9. Les états de fait suivants ne sont pas par eux-mêmes couverts par la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart:

- l'interdiction des ventes passives imposée au fournisseur:²⁶ l'engagement de fournisseurs étrangers envers l'importateur général suisse de rediriger vers ce dernier les commandes non-sollicitées provenant de distributeurs ou de clients finals situés en Suisse ne constitue pas d'accord de protection territoriale absolue. Il n'y a ainsi p. ex. pas d'accord de protection territoriale absolue lorsqu'un producteur étranger s'engage envers l'importateur général suisse à lui transmettre les demandes émanant de Suisse.
- les états de faits internes à un groupe: un accord en matière de concurrence nécessite une convention ou des pratiques concertées entre (au moins) deux entreprises indépendantes l'une de l'autre (art. 4 al. 1 LCart). Les ententes internes à un groupe ne remplissent pas cette condition.²⁷ Cela signifie que, lorsqu'elles sont passées entre deux sociétés appartenant au même groupe, les ententes verticales sur les prix et sur une protection

¹³ Dans le cadre d'un accord de distribution exclusive, le fournisseur s'engage à ne vendre ses produits qu'à un seul distributeur en vue de leur revente sur un territoire déterminé ou à un groupe de clients déterminé (cf. Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 51, 151).

¹⁴ Arrêt du TF 2C_180/2014 du 28.6.2016, consid. 6.3.1, *Gaba/Weko*; arrêt du TAF du 16.9.2016, DPC 2016/3, 854 consid. 7.3.3, *Nikon AG/WEKO*.

¹⁵ Arrêt du TAF du 16.9.2016, DPC 2016/3, 854 consid. 7.3.3, *Nikon AG/WEKO*.

¹⁶ Arrêt du TF 2C_180/2014 du 28.6.2016, consid. 6.3.2, *Gaba/Weko*; arrêt du TAF du 16.9.2016, DPC 2016/3, 853 consid. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*.

¹⁷ Arrêt du TF 2C_180/2014 du 28.6.2016, consid. 6.3.5, *Gaba/Weko*; arrêt du TAF du 16.9.2016, DPC 2016/3, 853 consid. 7.3.1, *Nikon AG/WEKO*, avec renvois.

¹⁸ DPC 2016/3, 654 N 4 s., *Flügel und Klaviere* (la décision n'est pas encore entrée en force).

¹⁹ Arrêt du TAF du 13.11.2015, DPC 2015/4, 801 ss consid. 6.3, 9.1.5, *BMW/WEKO* (la décision n'est pas encore entrée en force); arrêt du TAF du 16.9.2016, DPC 2016/3, 853 consid. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*; DPC 2017/1, 100 N 40 s., *Eflare*.

²⁰ Cf. DPC 2016/2, 479 N 315, *Nikon*.

²¹ Arrêt du TAF du 16.9.2016, DPC 2016/3, 853 consid. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*.

²² Cf. DPC 2016/2, 373, *Beratung betreffend Preisdifferenzierung bei Importen in die Schweiz*; DPC 2012/3, 524, *Rabattendifferenzierung bei Lieferungen in die Schweiz*; Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 50.

²³ On parle d'importation directe lorsque des clients finals achètent des produits à l'étranger et les importent en Suisse. On parle d'importation parallèle lorsque des distributeurs se procurent des produits à l'étranger et les importent en Suisse sans passer par le réseau de distribution prévu par le producteur.

²⁴ Cf. arrêt du TAF du 16.9.2016, DPC 2016/3, 853 consid. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*; DPC 2016/3, 869, *Umfrage Motion Hess*; Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 50.

²⁵ Cf. arrêt du TAF du 16.9.2016, DPC 2016/3, 853 consid. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*.

²⁶ Cf. DPC 2016/1, 89 N 169, *Online-Buchungsplattformen für Hotels*, avec renvois; DPC 2010/4, 793 consid. 3.3.3, *Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich betreffend Forderung*.

²⁷ Cf. arrêt 2C_180/2014 du TF du 28.6.2016, consid. 6.2.2, *Gaba/Weko*.

territoriale absolue ne tombent pas dans le champ d'application de l'art. 5 al. 4 LCart, tant que ces ententes au sein d'un groupe ne prévoient pas pour les distributeurs en dehors du groupe des comportements verrouillant les marchés.²⁸ Est p. ex. couvert par ce « privilège de groupe » la redirection par une société étrangère vers une société suisse appartenant au même groupe des commandes non sollicitées provenant de distributeurs ou de clients finals situés en Suisse.

- des simples différences de prix au niveau international sans indices de l'existence d'accords verticaux sur les prix ou d'accords de protection territoriale absolue ne tombent pas dans le champ d'application de l'art. 5 al. 4 LCart.
- les restrictions des ventes passives à certains groupes de clients ne sont pas couvertes par l'art. 5 al. 4 LCart, mais sont cependant considérées comme qualitativement graves (ch. 12 al. 2 let. b CommVert). Les interdictions respectivement restrictions des ventes par Internet constituent des interdictions des ventes passives à un groupe de clients, en l'espèce celui des clients en ligne, et, partant, ne tombent pas dans le champ d'application de l'art. 5 al. 4 LCart, tant qu'il n'existe pas d'autres circonstances qualifiées laissant conclure à l'existence d'un accord vertical sur les prix ou sur une protection territoriale absolue (cf. ci-dessous ch. 18 ss).²⁹
- lorsque les ventes passives sont autorisées mais pas les actives, il s'agit seulement d'une protection territoriale relative. De telles ventes dans des territoires attribués ne sont pas exclues au sens de l'art. 5 al. 4 LCart (cf. ci-dessus, ch. 6).³⁰ En dehors des exceptions mentionnées dans le ch. 12 al. 2 let. b/i-iii CommVert, les restrictions aux ventes actives sont cependant considérées comme qualitativement graves (ch. 12 al. 2 let. b à c CommVert).

Restrictions notables à la concurrence (ch. 12 al. 1 let. a CommVert)

10. Le critère de la notabilité est une clause bagatelle. Une atteinte de faible intensité est déjà suffisante pour être qualifiée de notable.³¹ Les accords particulièrement nuisibles mentionnés à l'art. 5 al. 4 LCart, à savoir les accords verticaux sur les prix et les accords de protection territoriale absolue, remplissent en principe le critère de la notabilité au sens de l'art. 5 al. 1 LCart.³² Cela s'applique sans référence à un marché et indépendamment de critères quantitatifs tels que l'importance des parts de marché des entreprises parties à l'accord.³³ Il suffit que de tels accords puissent potentiellement affecter la concurrence.³⁴ Cela signifie que la preuve d'effets concrets ou de la mise en œuvre de l'accord n'est pas nécessaire.³⁵ Les restrictions notables à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 4 en relation avec l'al. 1 LCart sont illicites, sous réserve d'une justification pour des motifs d'efficacité économique à examiner au cas par cas (art. 5 al. 2 LCart; ch. 16 CommVert).³⁶

Système de distribution sélective (ch. 12 al. 2, ch. 13, 14, 16 CommVert)

Accords qualitativement graves (ch. 12 al. 2 let. b, c, d CommVert)

11. Le ch. 12 al. 2 CommVert qualifie une série d'accords dans des systèmes de distribution sélective comme qualitativement graves. Leur notabilité au sens de l'art. 5 al. 1 LCart et leur justification (art. 5 al. 2 LCart) doivent être examinées au cas par cas (ch. 12 al. 1 let. b, ch. 16 al. 3 CommVert).

12. La restriction des ventes par les membres d'un système de distribution sélective à des distributeurs non agréés, dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système, n'est pas considérée comme qualitativement grave (ch. 12 al. 2 let. b/iii CommVert). De telles restrictions servent à protéger le système de distribution sélective de la distribution par des distributeurs étrangers au système.³⁷ Par conséquent, il n'y a p. ex. pas non plus d'accord qualitativement grave lorsqu'un producteur limite ses services de garantie à des produits qui ont été acquis auprès de distributeurs agréés.³⁸

13. Sont réputées qualitativement graves les restrictions des ventes actives ou passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective qui agissent en tant que détaillants sur le marché (ch. 12 al. 2 let. c en relation avec les ch. 2 et 3 CommVert), de même que les restrictions des ventes actives ou passives entre distributeurs agréés (ch. 12 al. 2 let. d en relation avec les ch. 2 et 3 CommVert). Il y a en principe un accord de protection territoriale absolue notable au sens de l'art. 5 al. 4 LCart lorsque les ventes passives de partenaires de distributions en dehors du territoire à des distributeurs agréés ou des utilisateurs finals situés en Suisse (ou dans des territoires délimités à l'intérieur de celle-ci) sont exclues (cf. ci-dessus ch. 6 ss).

14. Le ch. 12 al. 2 let. c et d CommVert implique que la combinaison de distributions exclusive et sélective est qualitativement grave, lorsque la vente active (ch. 2 CommVert) est restreinte. Si au contraire la vente active n'est pas restreinte, l'association de la distribution exclusive et de la distribution sélective ne constitue pas de restriction qualitativement grave à la concurrence.³⁹ Il y a

²⁸ Cf. DPC 2014/1, 190 N 61 ss, 197 N 130 ss, *Kosmetikprodukte*; décision de la COMCO du 27.5.2013 dans l'affaire *Marché du livre écrit en français*, N 136 ss, 367 ss, 422 ss, disponible sur www.weko.ch > Actualités > Dernières décisions (la décision n'est pas encore entrée en force).

²⁹ Cf. DPC 2011/3, 381 s. N 70 ss, *Behinderung des Online-Handels*.

³⁰ Arrêt du TF 2C_180/2014 du 28.6.2016, consid. 6.3.5, *Gaba/Weko*.

³¹ Arrêt du TF 2C_180/2014 du 28.6.2016, consid. 5.1.6, *Gaba/Weko*.

³² Arrêt du TF 2C_180/2014 du 28.6.2016, consid. 5.2.5, 5.6, *Gaba/Weko*.

³³ Arrêt du TF 2C_180/2014 du 28.6.2016, consid. 5.2.1, 5.5, *Gaba/Weko*.

³⁴ Arrêt du TF 2C_180/2014 du 28.6.2016, consid. 5.4, 5.6, *Gaba/Weko*.

³⁵ Arrêt du TF 2C_180/2014 du 28.6.2016, consid. 5.4.2, *Gaba/Weko*.

³⁶ Arrêt du TF 2C_180/2014 du 28.6.2016, consid. 7, *Gaba/Weko*.

³⁷ Cf. arrêt de la CJCE du 13.1.1994, C-376/92, *Metro/Cartier*, Rec. 1994 I-15, point 32 s.

³⁸ Cf. DPC 2014/2, 411 N 42, *Jura*.

³⁹ Cf. Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 57, 152.

ainsi p. ex. une restriction qualitativement grave à la concurrence lorsqu'un producteur combine distribution exclusive à l'échelon du commerce de gros et distribution sélective au niveau du commerce de détail, et interdit aux grossistes de vendre de manière active dans des territoires autres que ceux qui leur avaient été attribués.

Absence de notabilité en raison des parts de marché (ch. 13 CommVert)

15. Les systèmes de distributions sélectives qui ne contiennent pas de restrictions au sens des ch. 10 ou 12 al. 2 let. b à e CommVert sont en principe licites en raison de l'absence d'affection notable de la concurrence, lorsque le seuil de 15 % de part du marché n'est dépassé par aucune des entreprises parties à l'accord (ch. 13 al. 1 CommVert). En présence d'effets cumulatifs de réseaux de distribution parallèles, ce seuil est abaissé à 5 % (ch. 13 al. 3 CommVert). En présence de systèmes de distribution sélective, un effet cumulatif est improbable lorsque la part de marché couverte par la distribution sélective est inférieure à 50 % ou lorsque la part de marché cumulée détenue par les cinq fournisseurs les plus importants n'atteint pas 50 %.⁴⁰

Système de distribution sélective purement qualitative (ch. 14 CommVert)

16. Les systèmes de distribution sélective qui remplissent les trois conditions cumulatives du ch. 14 CommVert sont licites indépendamment de l'importance des parts de marchés des entreprises parties à l'accord, car ils n'affectent pas la concurrence de manière notable.⁴¹

Motifs justificatifs (ch. 16 CommVert)

17. Les systèmes de distribution sélective sont en règle générale justifiés sans examen au cas par cas indépendamment du type des produits et du type des critères de sélection, lorsque le seuil de 30 % de part de marché n'est pas dépassé par le fournisseur sur son marché des ventes ni par ses acheteurs sur leur marché d'approvisionnement.⁴² Sont exclus de cette règle, les systèmes de distributions sélectives qui contiennent des accords au sens du ch. 12 al. 2 CommVert et des accords produisant un effet cumulatif de verrouillage (ch. 16 al. 2 CommVert). Si le seuil de 30 % de part de marché est dépassé par une des entreprises parties à l'accord, il faut examiner au cas par cas si les systèmes de distribution sélective qui affectent la concurrence de façon notable sont licites pour des motifs d'efficacité économiques (ch. 16 al. 3 CommVert).

Commerce en ligne (ch. 3, 10, 12 al. 2 let. b, c, d CommVert)

Restrictions à la concurrence passibles de sanctions (ch. 10 CommVert)

18. Les interdictions respectivement restrictions des ventes par Internet peuvent constituer un accord vertical sur les prix ou un accord vertical de protection territoriale absolue, lorsqu'elles sont accompagnées des circonstances qualifiées correspondantes (cf. ch. 9 ci-dessus, quatrième point). La question de savoir si des circonstances qualifiées existent et l'état de fait de l'art. 5 al. 4 LCart est rempli nécessite un examen à l'aide des circonstances concrètes au cas par cas.⁴³

19. Peuvent être considérées à titre d'exemples de circonstances qualifiées pour un accord vertical sur les prix:

- l'influence directe et indirecte du fournisseur sur les prix des distributeurs, p. ex. en influençant sur la politique de rabais;
- les mesures du fournisseur telles que des menaces, intimidations, avertissements, sanctions, retards ou suspension des livraisons, de même que la résiliation du contrat en cas de non-respect d'un niveau de prix donné par les distributeurs.⁴⁴

20. Peuvent être considérées à titre d'exemples de circonstances qualifiées pour un accord vertical de protection territoriale absolue:

- les accords qui prévoient que le distributeur empêche les clients finals situés en Suisse de consulter son site internet ou les renvoie automatiquement vers les sites internet du fabricant ou d'autres distributeurs en Suisse;
- les accords qui prévoient que le distributeur mette un terme à une opération de vente par Internet lorsque les données de la carte de crédit du client révèlent qu'il n'est pas établi sur son territoire (contractuel).⁴⁵

Accords qualitativement graves (ch. 12 al. 2 let. b, c, d CommVert)

21. Les accords qui ont pour objet des interdictions respectivement des restrictions des ventes par Internet imposées aux acheteurs restreignent les ventes passives au groupe des clients en ligne et sont ainsi qualitativement graves (ch. 12 al. 2 let. b en lien avec le ch. 3 CommVert).⁴⁶

22. Les accords qui ont pour objet des interdictions respectivement des restrictions des ventes par Internet sont qualitativement graves dans le cadre des systèmes de distribution sélective, car ils restreignent les ventes passives par les détaillants agréés aux utilisateurs finals (ch. 12 al. 2 let. c en relation avec le ch. 3 CommVert)⁴⁷ et/ou les ventes passives entre distributeurs agréés (ch. 12 al. 2 let. d en relation avec le ch. 3 CommVert).

⁴⁰ Cf. Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 179; DPC 2011/3, 389 N 134, 137, *Behinderung des Online-Handels*.

⁴¹ Cf. aussi CJCE du 25.10.1977, Aff. 26/76, *Metro I*, Rec. 1977 1875. La première condition, qui est que la nature du produit en question rend nécessaire une distribution sélective, n'est pas remplie par le dentifrice Elmex rouge selon la pratique de la COMCO (DPC 2010/1, 84 N 157, *Gaba*).

⁴² Cf. Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 176.

⁴³ DPC 2011/3, 381 N 69, *Behinderung des Online-Handels*; DPC 2014/1, 198 N 139, *Kosmetikprodukte*.

⁴⁴ DPC 2011/3, 381 N 71, *Behinderung des Online-Handels*; DPC 2014/1, 198 N 140, *Kosmetikprodukte*; DPC 2014/2, 413 N 61, *Jura*.

⁴⁵ DPC 2011/3, 381 N 74, *Behinderung des Online-Handels*; DPC 2014/1, 198 N 142, *Kosmetikprodukte*; DPC 2014/2, 413 N 62, *Jura*.

⁴⁶ DPC 2014/1, 198 N 143, *Kosmetikprodukte*; DPC 2014/2, 413 N 66, *Jura*.

⁴⁷ DPC 2011/3, 386 N 106 ss, *Behinderung des Online-Handels*. Cf. aussi à ce sujet CJUE du 13.10.2011, C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS*, Rec. 2011 I-9447, ch. 54, 59.

23. Partant, constitue un accord qualitativement grave toute obligation, dans un système de distribution sélective, visant à dissuader les distributeurs agréés d'utiliser Internet pour atteindre un plus grand nombre et une plus grande variété de clients en leur imposant des conditions pour la vente en ligne qui ne sont pas globalement équivalentes à celles qui sont imposées pour la vente dans un point de vente physique. Cela ne signifie pas que les conditions imposées à la vente en ligne doivent être identiques à celles qui sont imposées à la vente hors ligne, mais plutôt qu'elles doivent poursuivre les mêmes objectifs et aboutir à des résultats comparables et que la différence entre elles doit être justifiée par la nature différente de ces deux modes de distribution.⁴⁸

24. Ne sont par contre pas qualitativement graves, les exigences de qualité qu'un fournisseur impose pour l'utilisation du site internet aux fins de la vente de ses produits, afin de garantir que l'activité sur Internet du distributeur reste cohérente avec le modèle de distribution du fournisseur. Cela s'applique à toutes les formes de distribution, mais peut être utile en particulier pour la distribution sélective (cf. cependant à ce sujet ch. 23). Un fournisseur peut ainsi p. ex. exiger de ses distributeurs qu'ils disposent d'un ou plusieurs points de vente physiques, comme condition pour pouvoir devenir membres de son système de distribution.⁴⁹

25. Le caractère notable des interdictions respectivement des restrictions des ventes par Internet ainsi que leur justification par des motifs d'efficacité économique doivent être examinés au cas par cas (ch. 12 al. 1 let. b, ch. 16 al. 3 CommVert).

⁴⁸ Cf. Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 56.

⁴⁹ Cf. Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 54; DPC 2011/3, 396 N 189, *Behinderung des Online-Handels*.

D 1	6. Opuscolo esplicativo della Commissione della concorrenza relativo alla Comunicazione sulla valutazione degli accordi verticali alle luce delle disposizioni in materia di concorrenza (Opuscolo esplicativo (ComVert) del 12 giugno 2017
-----	--

Scopo dell'Opuscolo esplicativo

1. Il seguente Opuscolo esplicativo è un orientamento interpretativo delle regole stabilite nella Comunicazione sulla valutazione degli accordi verticali¹ (ComVert). Alla base dell'Opuscolo vi sono questioni pratiche per le quali esiste una prassi consolidata delle autorità in materia di concorrenza. Di conseguenza l'Opuscolo esplicativo non contiene né spiegazioni per ogni regola stabilita nella ComVert né ulteriori regole in materia di concorrenza. All'occorrenza, la Commissione della concorrenza (COMCO) si riserva la facoltà di adattare l'Opuscolo esplicativo.

2. L'Opuscolo esplicativo si basa sugli Orientamenti sulle restrizioni verticali dell'UE.² Questi, secondo il considerando VII. ComVert – considerando le condizioni legali ed economiche vigenti in Svizzera – sono validi per analogia anche per la Svizzera.³ In questo contesto e per motivi di sicurezza giuridica, il presente Opuscolo esplicativo adotta il più possibile il testo degli Orientamenti sulle restrizioni verticali dell'UE, per quanto vi si faccia riferimento.

Limitazioni della concorrenza sanzionabili (Cifra 10 e 12 cpv. 1 ComVert)

Principio

3. Imprese partecipanti ad accordi illeciti ai sensi dell'articolo 5 capoverso 4 LCart⁴ vengono sanzionati secondo l'articolo 49a capoverso 1 LCart. Sono illeciti e di conseguenza passibili di sanzioni sia gli accordi verticali che sopprimono la concorrenza efficace sul mercato determinante (art. 5 cpv. 4 LCart, Cifra 10 ComVert) sia gli accordi che, pur non sopprimendo la concorrenza efficace sul mercato determinante, la intralciano notevolmente e non sono giustificati da motivi di efficienza economica (art. 5 cpv. 4 in combinato disposto con cpv. 1 LCart, Cifra 12 cpv. 1 lett. a ComVert).⁵ Nel caso degli accordi verticali si presume la soppressione della concorrenza efficace quando essi hanno per oggetto la determinazione di prezzi minimi o fissi oppure la protezione territoriale assoluta (art. 5 cpv. 4 LCart, Cifra 10 ComVert).

Accordi verticali sui prezzi (imposizione di prezzi di rivendita; Cifra 10 ComVert)

4. Un accordo verticale sui prezzi è caratterizzato tra l'altro dalla "interazione consapevole e intenzionale" da parte del fornitore e del suo acquirente riguardo alla fissazione di prezzi minimi o fissi ai sensi dell'articolo 4 capoverso 1 LCart (Cifra 1 ComVert). Può essere presa in considerazione ogni forma di "interazione consapevole e intenzionale", dalle pratiche concordate agli accordi espliciti (orali o scritti).⁶ Persino raccomandazioni di prezzo (cfr. Cifra 15 ComVert) possono rappresentare pratiche concordate se tra colui che li emette e il destinatario esiste un concorso minimo di volontà riguardo all'osservanza dei prezzi raccomandati.⁷ L'articolo 5 capoverso 4 LCart si

applica anche agli accordi verticali sui prezzi in forma di raccomandazioni (Cifra 10 cpv. 3 ComVert).⁸

5. I prezzi possono essere fissati anche in maniera indiretta (Cifra 10 cpv. 2 ComVert). La subordinazione di sconti e rimborsi (ad es. dei costi promozionali da parte dei commercianti) da parte del fornitore al rispetto di un dato livello di prezzo sono esempi di misure indirette per la fissazione dei prezzi, nonché accordi su sconti massimi erogabili da parte del commerciante ad un certo livello del prezzo prestabilito.⁹ Ulteriori esempi di influenza indiretta sui prezzi di rivendita da parte del fornitore sono minacce, intimidazioni, avvertimenti, penalità, rinvii o sospensioni di consegne e risoluzioni di contratti in relazione all'inosservanza di un dato livello di prezzo.¹⁰

Accordi verticali sulla protezione territoriale assoluta (Cifra 10 ComVert)

6. Una protezione territoriale assoluta ai sensi dell'articolo 5 capoverso 4 LCart richiede anzitutto l'esistenza di un accordo verticale in materia di concorrenza ai sensi del articolo 4 capoverso 1 LCart (Cifra 1 ComVert). La fattispecie della protezione territoriale assoluta ai sensi del articolo 5 capoverso 4 LCart presuppone, seguendo il tenore della legge, in primo luogo, un contratto di distribuzione, in secondo luogo, l'assegnazione di un territorio ed in terzo luogo, un divieto delle vendite tra le differenti zone.¹¹ Il concetto del contratto di distribuzione deve essere inteso in senso lato e comprende non solo i contratti di distribuzione, ma anche altri contratti che contengono clausole di contratto singole riguardo all'acquisto, alla vendita o alla rivendita di prodotti contrattuali o che prevedono una protezione territoriale assoluta; tali clausole si trovano ad esempio nei contratti di franchising, di licenza o di trasferimento di tecnologia.¹² Non sono incluse

¹ Decisione della Commissione della concorrenza del 28.6.2010 (FF 2017 4237), disponibile all'indirizzo www.comco.ch > Documentazione > Comunicazioni.

² Orientamenti sulle restrizioni verticali, Comunicazione della Commissione Europea, GU C 130 del 19.5.2010 p. 1 (Orientamenti dell'UE sulle restrizioni verticali).

³ Cfr. anche sentenza del TF 2C_180/2014 del 28.6.2016, consid. 6.2.3, *Gaba/WEKO*.

⁴ Legge federale sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza del 6 ottobre 1995 (Legge sui cartelli, LCart; SR 251).

⁵ Sentenza del TF 2C_180/2014 del 28.6.2016, consid. 9.4.6, *Gaba/WEKO*.

⁶ DPC 2016/3, 731 n. 75 seg., *Saiteninstrumente*.

⁷ DPC 2014/1, 193 n. 85, *Kosmetikprodukte*.

⁸ DPC 2010/4, 669 n. 155 segg., *Hors-Liste Medikamente* (la decisione non è ancora passata in giudicato).

⁹ DPC 2016/2, 399 segg. n. 133 segg., *Altimum SA* (la decisione non è ancora passata in giudicato); DPC 2016/3, 737 n. 102, *Saiteninstrumente*.

¹⁰ Cfr. Orientamenti dell'UE sulle restrizioni verticali, n. 48.

¹¹ Sentenza del TF 2C_180/2014 del 28.6.2016, consid. 6.3, *Gaba/WEKO*; Sentenza del TAF del 16.9.2016, DPC 2016/3, 852 consid. 7.3.1, *Nikon AG/WEKO* con ulteriori riferimenti.

¹² Sentenza del TF 2C_180/2014 del 28.6.2016, consid. 6.3.1, 6.4.1, *Gaba/WEKO*.

solo le clausole contrattuali scritte, ma anche tutti i tipi e tutte le forme di accordi verticali e pratiche concordate ai sensi della Cifra 1 ComVert riguardo ad una protezione territoriale assoluta (ad es. elenchi delle condizioni e accordi orali). Non è richiesto un tipo di contratto di distribuzione specifico come un contratto di distribuzione esclusivo¹³ o selettivo (Cifra 4 ComVert).¹⁴ A prescindere dal tipo di sistema di distribuzione, il territorio può essere stato assegnato ad un singolo o a più commercianti contemporaneamente.¹⁵ L'assegnazione di un territorio può avvenire direttamente o indirettamente (cfr. n. 8).¹⁶ Il territorio assegnato può essere definito in vari modi, ad esempio secondo le province, i paesi o le aree sovranazionali. Tuttavia, la fattispecie è soddisfatta solo se le vendite passive all'interno di questi territori (Cifra 3 ComVert) tramite partner commerciali extraterritoriali sono escluse, non è invece soddisfatta se sono limitate unicamente le vendite attive (Cifra 2 ComVert).¹⁷ Come forme di vendite passive vengono considerate anche le vendite tramite Internet, per quanto gli sforzi di vendita non sono indirizzati in modo mirato a clienti al di fuori del territorio assegnato (cfr. sotto n. 18 segg.), così come l'inoltro di offerte nell'ambito di bandi di concorso in una procedura aperta o selettiva.¹⁸

7. Esempi di accordi in materia di protezione territoriale assoluta sono accordi tra produttori e i loro partner di distribuzione, secondo i quali ai partner di distribuzione nello Spazio economico europeo (SEE) viene assegnato il territorio dell'SEE rispettivamente un territorio nell'SEE e ai partner di distribuzione svizzeri viene assegnato il territorio della Svizzera e contemporaneamente vengono escluse vendite provenienti dall'SEE rispettivamente provenienti da un territorio nell'SEE.¹⁹ Tali divieti di esportazioni contrattuali portano ad un'esclusione di vendite passive a commercianti e utenti finali in Svizzera. Vengono considerati accordi verticali sulla protezione territoriale assoluta anche restrizioni delle vendite passive nei confronti di commercianti autorizzati in un territorio con distribuzione selettiva, a commercianti in un territorio nel quale la distribuzione è organizzata in forma aperta.²⁰

8. Un accordo sulla protezione territoriale assoluta può essere implementato anche in maniera indiretta (Cifra 10 cpv. 2 ComVert).²¹ Una protezione territoriale assoluta indiretta comprende tutte le misure con le quali i commercianti vengono incoraggiati a non soddisfare richieste provenienti da territori determinati, ad esempio tramite dinieghi o diminuzioni di premi e sconti, cessazione della fornitura, riduzioni nei volumi delle forniture, minacce di risoluzione dei contratti e prezzi più elevati per i prodotti da esportare.²² Una protezione territoriale assoluta indiretta può essere realizzata anche tramite il rifiuto del fornitore di rimborsare prestazioni di garanzia fornite da commercianti su prodotti d'importazione diretta²³ o parallela.²⁴ Restrizioni contrattuali relative all'acquisto, in base alle quali i distributori in Svizzera si impegnano ad acquistare i prodotti contrattuali solo nel proprio territorio contrattuale, conducono altrettanto all'esclusione indiretta di vendite passive ad acquirenti in Svizzera.²⁵

Circostanze che non soddisfano la presunzione dell'articolo 5 capoverso 4 LCart

9. Le seguenti circostanze, considerate isolatamente, non soddisfano la presunzione d'illiceità dell'articolo 5 capoverso 4 LCart:

- Divieti di vendite passive a carico del fornitore:²⁶ L'obbligo dei fornitori stranieri nei confronti dell'importatore generale svizzero di rimandare i commercianti e gli utenti finali in Svizzera all'importatore generale svizzero, in caso di ordini non sollecitati, non rappresenta una protezione territoriale assoluta. Così ad esempio non è considerato come accordo sulla protezione territoriale assoluta, quando un fornitore straniero si obbliga nei confronti di un importatore generale svizzero ad inoltrargli le richieste provenienti dalla Svizzera.
- Fattispecie relative ad un gruppo societario: Un accordo in materia di concorrenza presuppone una convenzione o una pratica concordata da parte di almeno due società indipendenti (art. 4 cpv. 1 LCart). Accordi all'interno di un gruppo societario non soddisfanno questa condizione.²⁷ Ciò significa che la fissazione dei prezzi verticale e accordi di

¹³ In un accordo di distribuzione esclusiva, il fornitore acconsente a vendere i propri prodotti ad un unico distributore perché li distribuisca in un particolare territorio o ad un particolare gruppo di clienti (cfr. Orientamenti dell'UE sulle restrizioni verticali, n. 51, 151).

¹⁴ Sentenza del TF 2C_180/2014 del 28.6.2016, consid. 6.3.1, *Gaba/WEKO*; Sentenza del TAF del 16.9.2016, DPC 2016/3, 854 consid. 7.3.3, *Nikon AG/WEKO*.

¹⁵ Sentenza del TAF del 16.9.2016, DPC 2016/3, 854 consid. 7.3.3, *Nikon AG/WEKO*.

¹⁶ Sentenza del TF 2C_180/2014 del 28.6.2016, consid. 6.3.2, *Gaba/WEKO*; Sentenza del TAF del 16.9.2016, DPC 2016/3, 853 consid. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*.

¹⁷ Sentenza del TF 2C_180/2014 del 28.6.2016, consid. 6.3.5, *Gaba/WEKO*; Sentenza del TAF del 16.9.2016, DPC 2016/3, 853 consid. 7.3.1, *Nikon AG/WEKO* con ulteriori riferimenti.

¹⁸ DPC 2016/3, 654 n. 4 seg., *Flügel und Klaviere* (la decisione non è ancora passata in giudicato).

¹⁹ Sentenza del TAF del 13.11.2015, DPC 2015/4, 801 segg. consid. 6.3, 9.1.5, *BMW/WEKO* (la decisione non è ancora passata in giudicato); Sentenza del TAF del 16.9.2016, DPC 2016/3, 853 consid. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*; DPC 2017/1, 100 n. 40 seg., *Eflare*.

²⁰ Cfr. DPC 2016/2, 479 n. 315, *Nikon*.

²¹ Sentenza del TAF del 16.9.2016, DPC 2016/3, 853 consid. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*.

²² Cfr. DPC 2016/2, 373, *Beratung betreffend Preisdifferenzierung bei Importen in die Schweiz*; DPC 2012/3, 524, *Rabattendifferenzierung bei Lieferungen in die Schweiz*; Orientamenti dell'UE sulle restrizioni verticali, n. 50.

²³ Importazioni dirette risultano se gli utenti finali acquistano prodotti all'estero e li importano in Svizzera. Importazioni parallele risultano se un commerciante acquista prodotti all'estero e li importa in Svizzera al di fuori dei canali di vendita previsti dal produttore.

²⁴ Cfr. Sentenza del TAF del 16.9.2016, DPC 2016/3, 853 consid. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*; DPC 2016/3, 869, *Umfrage Motion Hess*; Orientamenti dell'UE sulle restrizioni verticali, n. 50.

²⁵ Cfr. Sentenza del TAF del 16.9.2016, DPC 2016/3, 853 consid. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*.

²⁶ Cfr. DPC 2016/1, 89 n. 169, *Online-Buchungsplattformen für Hotels*, con ulteriori riferimenti; DPC 2010/4, 793 consid. 3.3.3, *Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich betreffend Forderung*.

²⁷ Cfr. Sentenza del TF 2C_180/2014 del 28.6.2016, consid. 6.2.2, *Gaba/WEKO*.

protezione territoriale assoluta all'interno di un gruppo societario non rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 5 capoverso 4 LCart, finché questi accordi all'interno di un gruppo societario non prevedono pratiche da parte di rivenditori esterni al gruppo che conducono a un isolamento del mercato.²⁸ Questo privilegio di gruppo si applica anche nel caso in cui una società estera rinvia ad una società in Svizzera collegata al gruppo gli ordini non richiesti provenienti da commercianti e utenti finali in Svizzera.

- Differenze internazionali di prezzo senza riferimento ad accordi verticali sui prezzi o accordi sulla protezione territoriale assoluta, non rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 5 capoverso 4 LCart.
- Restrizioni di vendite passive a determinati gruppi di clienti non sono inclusi nell'articolo 5 capoverso 4 LCart, tuttavia vengono considerati qualitativamente gravi (Cifra 12 cpv. 2 lett. b ComVert). Divieti rispettivamente restrizioni di vendite tramite Internet rappresentano un divieto di vendita passiva al gruppo dei clienti Internet e non rientrano quindi nell'ambito d'applicazione dell'articolo 5 capoverso 4 LCart, fintantoché non vi sono ulteriori circostanze qualificate che indicano un accordo verticale sui prezzi o un accordo sulla protezione territoriale assoluta (cfr. sotto n. 18 segg.).²⁹
- Nel caso in cui sono consentite le vendite passive ma non quelle attive, si tratta soltanto di una protezione territoriale relativa. Tali vendite in territori assegnati non sono escluse ai sensi dell'articolo 5 capoverso 4 LCart (cfr. sopra n. 6).³⁰ A parte le eccezioni menzionate alla Cifra 12 capoverso 2 lett. b/iii ComVert, restrizioni di vendite attive sono considerate comunque qualitativamente gravi (Cifra 12 cpv. 2 lett. b-c ComVert).

Intralcio notevole della concorrenza (Cifra 12 cpv. 1 lett. a ComVert)

10. Il criterio della notabilità è una clausola bagatella. Già un livello basso di intralcio è sufficiente per essere qualificato come notevole.³¹ Accordi particolarmente nocivi secondo l'articolo 5 capoverso 4 LCart, ovvero accordi verticali sui prezzi e accordi sulla protezione territoriale assoluta, soddisfano, in linea di massima, il criterio della notabilità ai sensi dell'articolo 5 capoverso 1 LCart.³² Questo vale senza riferimento ad un mercato e a prescindere da criteri quantitativi, come la quota di mercato delle imprese partecipanti agli accordi.³³ È sufficiente che tali accordi possano intralciare potenzialmente la concorrenza.³⁴ Ciò vuol dire che la prova di effetto reale o dell'applicazione dell'accordo non è necessaria.³⁵ Intralci notevoli della concorrenza secondo l'articolo 5 capoverso 4 in combinato disposto con capoverso 1 LCart sono illeciti, salvo se giustificati per motivi di efficienza economica (art. 5 cpv. 2 LCart, Cifra 16 ComVert), la quale è da esaminare nei casi singoli.³⁶

Sistemi di distribuzione selettiva (Cifra 12 cpv. 2, Cifra 13, 14, 16 ComVert)

Accordi qualitativamente gravi (Cifra 12 cpv. 2 lett. b, c, d ComVert)

11. La Cifra 12 capoverso 2 ComVert qualifica una serie di accordi nei sistemi di distribuzione selettiva come qualitativamente gravi. La notabilità ai sensi del articolo 5 capoverso 1 LCart e la giustificazione (art. 5 cpv. 2 LCart) sono da esaminare nei casi singoli (Cifra 12 cpv. 1 lett. b, Cifra 16 cpv. 3 ComVert).

12. Sono considerate qualitativamente non gravi le restrizioni delle vendite a commercianti non autorizzati da parte di membri di un sistema di distribuzione selettivo nel territorio che il fornitore ha riservato a tale sistema (Cifra 12 cpv. 2 lett. b/iii ComVert). Tali restrizioni hanno lo scopo di proteggere i sistemi di distribuzione selettivi dalla distribuzione tramite commercianti non associati al sistema.³⁷ Di conseguenza ad esempio non esiste un accordo qualitativamente grave se un fornitore limita le sue prestazioni di garanzia a prodotti acquistati da commercianti autorizzati.³⁸

13. Restrizioni della vendita attiva o passiva a consumatori finali da parte dei singoli commercianti autorizzati (Cifra 12 cpv. 2 lett. c in combinato disposto con Cifra 2 e 3 ComVert) così come le restrizioni della vendita attiva o passiva tra commercianti autorizzati (Cifra 12 cpv. 2 lett. d in combinato disposto con Cifra 2 e 3 ComVert) sono da considerare restrizioni qualitativamente gravi. Se vengono escluse le vendite passive da commercianti autorizzati esterni a commercianti autorizzati o consumatori finali in (certi territori) della Svizzera, in linea di massima, esistono accordi sulla protezione territoriale secondo l'articolo 5 capoverso 4 LCart (cfr. sopra, n. 6 segg.).

14. Cifra 12 capoverso 2 lettere c e d ComVert prevedono che la combinazione di distribuzione esclusiva e distribuzione selettiva è qualitativamente grave, se la vendita attiva viene limitata (Cifra 2 ComVert). Se la vendita attiva invece non viene limitata, la combinazione di distribuzione esclusiva e distribuzione selettiva non rappresenta una

²⁸ Cfr. DPC 2014/1, 190 n. 61 segg., 197 n. 130 segg., *Kosmetikprodukte*; Decisione della COMCO del 27.5.2013 nel caso *Marché du livre écrit en français*, n. 136 segg., 367 segg., 422 segg., disponibile all'indirizzo www.comco.ch > Attualità > Ultime decisioni (la decisione non è ancora passata in giudicato).

²⁹ Cfr. DPC 2011/3, 381 seg. n. 70 segg., *Behinderung des Online-Handels*.

³⁰ Sentenza del TF 2C_180/2014 del 28.6.2016, consid. 6.3.5, *Gaba/WEKO*.

³¹ Sentenza del TF 2C_180/2014 del 28.6.2016, consid. 5.1.6, *Gaba/WEKO*.

³² Sentenza del TF 2C_180/2014 del 28.6.2016, consid. 5.2.5, 5.6, *Gaba/WEKO*.

³³ Sentenza del TF 2C_180/2014 del 28.6.2016, consid. 5.2.1, 5.5, *Gaba/WEKO*.

³⁴ Sentenza del TF 2C_180/2014 del 28.6.2016, consid. 5.4, 5.6, *Gaba/WEKO*.

³⁵ Sentenza del TF 2C_180/2014 del 28.6.2016, consid. 5.4.2, *Gaba/WEKO*.

³⁶ Sentenza del TF 2C_180/2014 del 28.6.2016, consid. 7, *Gaba/WEKO*.

³⁷ Cfr. CGCE del 13.1.1994, C-376/92, *Metro/Cartier*, Racc. 1994 I-15, n. 32 seg.

³⁸ Cfr. DPC 2014/2, 411 n. 42, *Jura*.

restrizione qualitativamente grave in materia di concorrenza.³⁹ Così esiste ad esempio una restrizione qualitativamente grave in materia di concorrenza se un fornitore combina una distribuzione esclusiva a livello di commercio all'ingrosso con una distribuzione selettiva a livello di commercio al dettaglio e vieta ai commercianti all'ingrosso di vendere attivamente in territori diversi da quelli a lui assegnati.

Intralcio alla concorrenza non notevole secondo le quote di mercato (Cifra 13 ComVert)

15. Accordi sulla distribuzione selettiva che non contengono restrizioni secondo le Cifre 10 o 12 capoverso 2 lett. b-e, di regola sono ammissibili perché non intralciano notevolmente la concorrenza, se nessuna impresa che partecipa all'accordo detiene una quota di mercato superiore al 15% (Cifra 13 cpv. 1 ComVert). Questa soglia viene ridotta al 5% in caso di effetti cumulativi di reti di distribuzione paralleli (Cifra 13 cpv. 2 ComVert). In caso di sistemi di distribuzione selettivi, un effetto cumulativo è improbabile se questi sistemi coprono meno del 50% del mercato o se la somma delle quote di mercato dei cinque fornitori più grandi è inferiore al 50%.⁴⁰

Distribuzione selettiva puramente qualitativa (Cifra 14 ComVert)

16. Sistemi di distribuzione selettiva che soddisfano cumulativamente le tre condizioni menzionate alla Cifra 14 ComVert sono consentiti a prescindere dal livello di quota di mercato delle imprese partecipanti, vista la mancanza di un intralcio notevole alla concorrenza.⁴¹

Giustificazione (Cifra 16 ComVert)

17. Di regola, i sistemi di distribuzione selettiva sono considerati giustificati senza esame dei singoli casi, a prescindere dalla natura del prodotto e del tipo dei criteri di selezione, se la soglia della quota di mercato del 30% non viene superata né dal fornitore sul mercato di vendita né dagli acquirenti sul mercato di acquisto.⁴² Questo non si applica ai sistemi di distribuzione selettiva che contengono accordi secondo la Cifra 12 capoverso 2 ComVert e accordi che, sommati ad altri accordi, hanno conseguenze sul mercato (Cifra 16 cpv. 2 ComVert). Se la soglia della quota di mercato del 30% è superata da parte di un'impresa partecipante all'accordo, è necessario esaminare nei singoli casi se i sistemi di distribuzione selettiva che intralciano notevolmente la concorrenza possono essere giustificati per motivi di efficienza economica (Cifra 16 cpv. 3 ComVert).

Commercio online (Cifra 3, 10, 12 cpv. 2 lett. b, c, d ComVert)

Limitazioni della concorrenza sanzionabili (Cifra 10 ComVert)

18. Divieti rispettivamente restrizioni di vendite tramite internet possono rappresentare un accordo verticale sui prezzi o un accordo verticale sulla protezione territoriale assoluta se sono accompagnati da circostanze qualificate (cfr. sopra n. 9 quarto punto). È necessario un esame dei singoli casi per verificare se esistono circostanze qualificate e se la fattispecie del articolo 5 capoverso 4 LCart è soddisfatta.⁴³

19. Come circostanze qualificate per accordi verticali sui prezzi possono essere considerate ad esempio:

- Influenza diretta o indiretta sui prezzi dei commercianti esercitata da parte del fornitore, ad esempio tramite il suggerimento della politica di sconti;
- Misure del fornitore come minacce, intimidazioni, avvertimenti, penalità, rinvii o sospensioni di consegne o risoluzioni di contratti in relazione all'inservanza di un dato livello di prezzo.⁴⁴

20. Come circostanze qualificate per un accordo verticale sulla protezione territoriale assoluta possono essere presi in considerazione ad esempio:

- Accordi che prevedono che il commerciante impedisce ai clienti in Svizzera di visitare il suo sito web o se questo crea sul suo sito web uno sviamento automatico che li conduce al sito web del produttore o altri fornitori in Svizzera;
- Accordi che prevedono che il fornitore interrompe transazioni via Internet da parte di utenti finali non appena dalla loro carta di credito risulta un indirizzo che non è situato nel territorio (contrattuale) del commerciante.⁴⁵

Accordi qualitativamente gravi (Cifra 12 cpv. 2 lett. b, c, d ComVert)

21. Accordi relativi a divieti rispettivamente a restrizioni delle vendite tramite Internet a carico degli acquirenti limitano le vendite passive verso il gruppo dei clienti Internet e sono di conseguenza qualitativamente gravi (Cifra 12 cpv. 2 lett. b in combinato disposto con Cifra 3 ComVert).⁴⁶

22. Accordi relativi a divieti rispettivamente a restrizioni delle vendite tramite Internet sono considerati qualitativamente gravi nell'ambito di sistemi di distribuzione selettiva, poiché essi limitano le vendite passive all'utente finale tramite dettaglianti autorizzati (Cifra 12 cpv. 2 lett. c in combinato disposto con Cifra 3 ComVert)⁴⁷ e/o vendite passive tra commercianti autorizzati (Cifra 12 cpv. 2 lett. d in combinato disposto con Cifra 3 ComVert).

³⁹ Cfr. Orientamenti dell'UE sulle restrizioni verticali, n. 57, 152.

⁴⁰ Cfr. Orientamenti dell'UE sulle restrizioni verticali, n. 179; DPC 2011/3, 389 n. 134, 137, *Behinderung des Online-Handels*.

⁴¹ Cfr. anche CGCE del 25.10.1977, causa 26/76, *Metro I*, Racc. 1977 1875. Il primo requisito secondo il quale la natura del prodotto in questione rende necessaria una distribuzione selettiva non è soddisfatto dal dentifricio Elmex Rosso secondo la prassi della COMCO (DPC 2010/1, 84 n. 157, *Gaba*).

⁴² Cfr. Orientamenti dell'UE sulle restrizioni verticali, n. 176.

⁴³ DPC 2011/3, 381 n. 69, *Behinderung des Online-Handels*; DPC 2014/1, 198 n. 139, *Kosmetikprodukte*.

⁴⁴ DPC 2011/3, 381 n. 71, *Behinderung des Online-Handels*; DPC 2014/1, 198 n. 140, *Kosmetikprodukte*; DPC 2014/2, 413 n. 61, *Jura*.

⁴⁵ DPC 2011/3, 381 n. 74, *Behinderung des Online-Handels*; DPC 2014/1, 198 n. 142, *Kosmetikprodukte*; DPC 2014/2, 413 n. 62, *Jura*.

⁴⁶ DPC 2014/1, 198 n. 143, *Kosmetikprodukte*; DPC 2014/2, 413 n. 66, *Jura*.

⁴⁷ DPC 2011/3, 386 n. 106 ff., *Behinderung des Online-Handels*. Cfr. anche CGCE del 13.10.2011, C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS*, Racc. 2011 I-9447, punti 54, 59.

23. È considerato come accordo qualitativamente grave qualsiasi obbligo all'interno di un sistema di distribuzione selettivo che impedisce ai commercianti autorizzati l'utilizzo di Internet per raggiungere clienti più numerosi e differenziati, imponendo criteri per le vendite online che non sono nel complesso equivalenti a quelli imposti presso un punto vendita "non virtuale". Ciò non significa che i criteri imposti per le vendite online debbano essere identici a quelli imposti per le vendite offline, ma piuttosto che i criteri dovrebbero perseguire gli stessi obiettivi ed ottenere risultati comparabili e che la differenza tra i criteri deve essere giustificata dalla natura diversa di questi due modi di distribuzione.⁴⁸

24. Sono considerati accordi qualitativamente non gravi invece i criteri di qualità relativi all'utilizzo di Internet per la rivendita richiesti dal fornitore per garantire che gli affari online del commerciante siano conformi al modello di vendita del fornitore. Questo vale per tutte le forme di distribuzione ma può essere in particolare rilevante per la distribuzione selettiva (cfr. tra l'altro n. 23). Il fornitore può ad esempio richiedere ai suoi commercianti di avere uno o più punti di rivendita "non virtuali" se intendono divenire membri del suo sistema di distribuzione.⁴⁹

25. La notabilità dei divieti rispettivamente delle restrizioni di vendite tramite Internet, così come la loro giustificazione per motivi di efficienza economica, sono da esaminare nei casi singoli (Cifra 12 cpv. 1 lett. b, Cifra 16 cpv. 3 ComVert).

⁴⁸ Cfr. Orientamenti dell'UE sulle restrizioni verticali, n. 56.

⁴⁹ Cfr. Orientamenti dell'UE sulle restrizioni verticali, n. 52 lit. c, n. 54; DPC 2011/3, 396 n. 189, *Behinderung des Online-Handels*.

Abkürzungsverzeichnis

Registre des abréviations

Indice delle abbreviazioni

A			
AF	Arrêté fédéral	GebRV	and Trade Verordnung über
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics	GRUR	Gebrauchsgegenstände Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)	GU	Gemeinschaftsunternehmen
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin	H	
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts	HGer	Handelsgericht
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel	HMG	Heilmittelgesetz
B		I	
BA	Bundesamt	IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
BB	Bundesbeschluss	IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen
BBI	Bundesblatt	J	
BG	Bundesgesetz	JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt	JdT	Journal des Tribunaux
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung	K	
BGer	Bundesgericht	KG	Kartellgesetz
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats	KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national	KSG	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen	KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung
BR	Bundesrat	L	
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction	LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale	LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati	LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
BV	Bundesverfassung	LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess	LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale
C		LCsl	Legge federale contro la concorrenza sleale
CC	Code civil	LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur
CE	Communauté Européenne	LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
CE	Conseil des Etats	LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
CF	Conseil fédéral	LF	Loi fédérale / Legge federale
FR.	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri	LL	Legge federale sul lavoro
CO	Code des obligations	LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
Cost.	Costituzione federale	LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
CPC	Code (cantonal) de procédure civile	LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
CPS	Code pénal suisse	LOTG	Legge federale sugli ostacoli tecnici al commercio
cst.	Constitution fédérale	LPM	Loi fédérale sur la protection des marques
D		LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)	LSPr	Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi
DPC	Droit et politique de la concurrence (=RPW)	M	
DG	Direction Générale (UE)	N	
E		O	
EU	Europäische Union	O	Ordonnance
F		OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique
FF	Feuille fédérale	OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico
FMG	Fernmeldegesetz		
G			
GATT	General Agreement on Tariffs		

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OGer	Obergericht	StR	Ständerat
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OMC	Organisation mondiale du commerce	T	
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	TA	Tribunal administratif
OR	Obligationenrecht	TApp	Tribunale d'Appello
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
P		TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)		
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	U	
PrHG	Produkthaftungsgesetz	UE	Union Européenne
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
PüG	Preisüberwachungsgesetz	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
Q		URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
		UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
R		V	
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
REKOWEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	W	
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RR	Regierungsrat	X	
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	Y	
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	Z	
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
S		ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs	ZPO	Zivilprozessordnung
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
SJ	La semaine judiciaire		
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		

Index

- A**
- abgestimmtes Verhalten -
 - abgestimmte Verhaltensweise 286 f., 349, 370, 388 f.
 - Abrede 273 f., 279 ff., 284, 286 ff., 301, 308 f., 312, 323, 338, 342, 344 ff., 365 ff., 369 ff., 388 ff.
 - Acquiring -
 - Anhörung -
 - Apotheker/innen -
 - Ärzte(-Verband) -
- B**
- Banken 308
 - Befristung des Entscheids -
 - Breitbanddienste -
 - Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten -
 - Domestic Interchange Fee -
- E**
- Effizienzgründe 290, 292, 358, 370, 373, 391
 - Effizienzprüfung 350, 352, 358
 - Einstellung einer Untersuchung -
 - einvernehmliche Regelung 283, 286, 291 f., 296, 338, 340 f.
 - Erheblichkeit 290, 346, 349 ff., 354, 360, 369 f., 372 f., 390, 392
 - Exklusivvertrieb 389 f.
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
 - Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -
- I**
- Indizienbeweis -
 - Interchange Fee -
 - Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung -
 - Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 277, 288, 312, 313
 - Koppelungsgeschäft -
 - Kostenraster -
 - Krankenversicherer -
 - Kreditkarten -
 - Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons -
- M**
- Marktaufteilung -
 - marktbeherrschende Stellung 302, 208 f., 314 f., 320, 324, 326, 350
 - Marktgegenseite 276, 288, 302, 304 ff., 315 f., 318 f., 324 f.
 - Marktorganisation -
 - Marktstruktur 314
 - Marktzutrittsschranken -
 - Meldepflicht 277, 302, 314, 324
 - Missbrauch 273 f., 276, 308, 347, 352, 367
- N**
- Netzwerk 308
 - Netzwerkkosten -
 - Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten -
 - potenzieller Wettbewerb -
 - Preisabrede 284, 286, 289 ff., 293 ff., 296, 388, 390 f.
 - Preisbindung zweiter Hand 369
- Q**
- Quersubventionierung -
- R**
- Rabatte 279, 287, 324 f., 388 f.
 - Reduktion der Sanktion 295
- S**
- Sanktionen 279, 281, 285, 291, 351 f., 360 ff.
 - Senkung Herstellkosten -
 - Submission -
 - Submissionskartell -
- T**

Tarife -	Verschulden 292 f., 361
Tarifvertrag -	Vierparteiensysteme -
Tierärzte/innen -	vorbehaltene Vorschriften 286, 301, 314, 323
Transparenzmassnahmen -	vorgezogene Recyclinggebühren -

U

Umstossung der Vermutung -

Untersuchung 275 f., 279 ff., 288 f., 291, 294 ff., 324 f., 338 ff., 365 f. Wettbewerb um den Markt -

W

unzulässige Wettbewerbsabrede 273, 280, 286, 344, 349, 365, 370, 373

X**Y****Z****V**

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -

Zahlungsmittel -

Veröffentlichung -

zweiseitige Märkte -