



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

2013/3

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 145.- Ausland
(Form: 727.000.13/3)

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 145.- étranger

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 145.- estero

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

2013/3

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.

Oktober/octobre/ottobre 2013

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	
C	Zivilrechtliche Praxis	
C 1	Kantonale Gerichte	
C 2	Bundesgericht	
D	Entwicklungen	
D 1	Erlasse, Bekanntmachungen	
D 2	Bibliografie	
E	Diverses	

Systematique	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	
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	
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	

B	Verwaltungsrechtliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa	
B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
1.	Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari	
	1. Harley-Davidson Switzerland GmbH	285
4.	Beratungen Conseils Consulenze	
	1. Beratung betreffend Meldepflicht der Zusammenschluss Swisscom IT Services/Entris Operations AG und Swisscom I Services/X AG	316
	2. Marketingvereinbarung als Teil von Verkaufsdienstleistungen	320
B 2	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
2.	Untersuchungen Enquêtes Inchieste	
	1. Auskunftsverfügung in der Untersuchung LIBOR/TIBOR/EURIBOR in Sachen Herausgabe von Mitarbeiterkommunikation	321
3.	Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese	
	1. Emmi AG/Studer Holding AG	325
	2. Swiss Prime Site/Tertianum	327
	3. AET/SES	334
	4. Tamedia AG/PPN AG	350
	5. Tamedia/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you	356
	6. Tamedia/Starticket	380
	7. PubliGroupe/S1TV	389
	8. MDC Industry Holding Company LLC I DUBAL Holding LLC I Emirates Global Aluminium PJSC betreffend Erwerb gemeinsamer Kontrolle über Emirates Global Aluminium PJSC	398
8.	BGBM LMI LMI	
	1. Empfehlung vom 23. September 2013 – Freizügigkeit für Notare und öffentliche Urkunden	399
	2. Recommandation du 23 septembre 2013 – Libre circulation des notaires et des actes authentiques	413
	3. Raccomandazione del 23 settembre 2013 – Libera circolazione dei notai e degli atti pubblici	427
B 3	Bundesverwaltungsgericht Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale	
	1. Zwischenverfügung vom 4. September 2013 in der Beschwerdesache ICAP plc gegen Wettbewerbskommission in Sachen Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG	441
	2. Abschreibungsentscheid vom 4. Oktober 2013 in der Beschwerdesache ICAP plc gegen Wettbewerbs-Sachen Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG	448
B 7	Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali	
	1. Urteil vom 9. September 2013 des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern betreffend Nichterteilung einer kommunalen Bewilligung für sanitäre Installationen	449

C	Zivilrechtliche Praxis Pratique des tribunaux civils Prassi dei tribunali civili	
C 1	Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali	
1.	Urteil vom 23. August 2013 der II. Zivilabteilung Obergericht Kanton Zug betreffend Kartellrecht, Vertragsverletzung, etc.	455
C 2	Bundesgericht Tribunal fédéral Tribunale federale	
1.	Urteil vom 5. Juni 2013 in Sachen Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich – Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. September 2012	467
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	472
	Index (deutsch, français e italiano)	474

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

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

B 1	1. Vorabklärungen Enquêtes préliminaires Inchieste preliminari
B 1.1	1. Harley-Davidson Switzerland GmbH

Schlussbericht vom 24. September 2013 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Harley-Davidson Switzerland GmbH wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG

A **Sachverhalt**

A.1 **Gegenstand der Vorabklärung**

1. Dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) lagen gestützt auf verschiedene Bürgeranfragen Hinweise vor, wonach die Harley-Davidson Switzerland GmbH an Massnahmen beteiligt war, welche möglicherweise dazu dienen, das Verkaufsgebiet der Schweiz für den Vertrieb von Harley-Davidson-Motorrädern abzuschotten. Es sah insbesondere danach aus, dass der Export von Harley-Davidson Produkten aus den USA in die Schweiz an Private nicht mehr zulässig war und dadurch Online-Verkäufe in die Schweiz eingeschränkt bzw. ausgeschlossen worden sind.

2. Es gab zudem Anzeichen dafür, dass Garantieleistungen seitens des Produzenten nur erbracht werden, wenn das Produkt bei einem autorisierten Harley-Davidson-Händler erworben wurde. Ausgeschlossen sei die Garantie nach Aussagen von gewissen Anzeigern auch für jene Produkte gewesen, an denen von einem nicht offiziellen Händler Arbeiten durchgeführt wurden.

3. Schliesslich wurde von diversen Anzeigern geltend gemacht, dass Harley-Davidson Switzerland Preisempfehlungen herausgeben würde, die von allen autorisierten Harley-Davidson-Händlern angewendet und auch befolgt würden, was dazu führe, dass sich die Preise für Harley-Davidson-Produkte schweizweit auf dem gleichen (hohen) Niveau befänden.

4. Mit der Vorabklärung soll geklärt werden, ob die US-Lieferverträge und die Schweizer Lieferverträge zwischen Harley-Davidson und ihren Vertriebspartnern unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG enthalten.

5. Im Rahmen der Vorabklärung werden insbesondere die zwischen der Harley-Davidson Inc., USA, und ihren U.S. Vertriebspartnern geschlossenen Vertriebsverträge untersucht. Daneben werden auch die Vertriebsverträge zwischen der Harley-Davidson Switzerland GmbH und ihren Schweizer Vertriebspartnern analysiert. Diese Verträge sind:

- Harley-Davidson Motor Company Motorcycle Dealer Contract;
- Products Addendum To The Harley-Davidson Motor Company Motorcycle Dealer Contract;
- Harley-Davidson Motor Company General Conditions of Sales and Services;
- Harley-Davidson Non-Retail Sales Policy Pleasure Vehicles 2012 Model Year;
- Non-Retail Sales Policy Genuine Motor Parts, Genuine Motor Accessories, and Motorclothes Products 2012 Model Year, Revised: November 8, 2011;
- Third-Party Internet Sales Policy Genuine Motor Parts, Genuine Motor Accessories, and Motorclothes Products;
- Händlervertrag für Motorräder, Teile & Zubehör und Motorradbekleidung; und
- Harley-Davidson Switzerland GmbH Zusätzliche Vertragsbestimmungen für Händler.

6. Gegenstand der Vorabklärung bilden zusammenfassend die U.S. Lieferverträge zwischen Harley-Davidson Inc. und ihren amerikanischen Vertriebspartnern einerseits und die Schweizer Lieferverträge zwischen der Harley-Davidson Switzerland GmbH und ihren Schweizer Vertriebspartnern andererseits. Diese Verträge sind nachfolgend auf ihre Kartellrechtskonformität zu prüfen.

A.2 Verfahren

7. Vor diesem Hintergrund hat das Sekretariat am 8. November 2011 eine Vorabklärung gemäss Artikel 26 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gegen die Harley-Davidson Switzerland GmbH eröffnet. Dies wurde ihr mit Schreiben vom gleichen Tag mitgeteilt.

8. In der Folge wurde die Harley-Davidson Switzerland GmbH um die Einreichung ihrer Verträge mit ihren Vertriebspartnern in der Schweiz gebeten und aufgefordert zu den gegen sie erhobenen Vorwürfen Stellung zu nehmen. Mit Schreiben vom 7. Dezember 2011 hat die Harley-Davidson Switzerland GmbH zu den Vorwürfen des Sekretariats Stellung genommen und die nachgefragten Vertriebsverträge eingereicht.

9. Zusätzlich dazu wurden im Mai 2012 fünf offizielle Harley-Davidson-Händler in der Schweiz sowie vier offizielle Harley-Davidson-Händler in Grossbritannien, einer in Irland und acht offizielle Harley-Davidson Händler in den USA mittels Fragebogen um Auskünfte gebeten.

10. Die Antworten der Schweizer Händler gingen im Juni resp. Juli 2012 beim Sekretariat ein. Aus den USA hat das Sekretariat mit Ausnahme von einem Händler keine Rückmeldung erhalten. Aufgrund der Eingabe von besagtem Händler war es immerhin möglich, einen – wenn auch einseitigen – Einblick in die Wettbewerbsverhältnisse im Bereich des Handels mit Harley-Davidson-Produkten in den USA zu erhalten. Aus Grossbritannien und Irland kamen ebenfalls keine Antworten zurück.

11. Das Sekretariat hat darüber hinaus am 24. September 2012 ein Telefongespräch mit der Federal Trade Commission (FTC) aus den USA geführt. Dabei ging es einerseits um einen Informationsaustausch hinsichtlich der Handhabung von selektiven Vertriebssystemen und andererseits um die Frage, ob die FTC ihrerseits gedenkt, juristische Schritte gegen die Harley-Davidson Inc. in den USA einzuleiten. Diese Fragestellung ergab sich aus dem Umstand, dass Harley-Davidson Inc. im August 2011 ein absolutes (Online-)Exportverbot von Harley-Davidson Originalzubehör und Ersatzteilen sowie Accessoires und Motorradkleidung gegenüber seinen in den USA stationierten Händlern angekündigt hatte. Diese Veränderung in der Vertriebspolitik von Harley Davidson Inc. führte u.a. dazu, dass vermehrt Bürgeranfragen aus der Schweiz beim Sekretariat eingingen. Die FTC stellte jedoch klar, dass nicht geplant sei, gegen Harley-Davidson Inc. in den USA vorzugehen. Eine vertikale Beschränkung seitens des Anbieters gegenüber seinen Vertriebspartnern in Form eines absoluten Exportverbots stehe nicht im Konflikt mit dem amerikanischen Wettbewerbsrecht. In den USA werden vertikale Beschränkungen anhand der „rule of reason“-Beurteilung bewertet. Ein absolutes Verbot von Online-Verkäufen ins Ausland würde demnach nach grober Einschätzung der FTC, keine Wettbewerbsnachteile für US-Konsumenten bedeuten, weshalb eine wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Vertriebspolitik von Harley-Davidson Inc. wohl neutral ausfallen würde.

12. Eine im Rahmen des Telefonats gestellte informelle Anfrage um Amtshilfe, um die Händler aus den USA

zum Beantworten des vom Sekretariat versandten Fragebogens zu bewegen, wurde von der FTC mittels E-Mail vom 26. September 2012 abgelehnt.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

13. Das Kartellgesetz (KG) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG).

14. Daneben gilt im Schweizerischen Kartellrecht das Auswirkungsprinzip (Art. 2 Abs. 2 KG), was bedeutet, dass das Kartellgesetz auch auf Unternehmen und Sachverhalte im Ausland anwendbar ist, sofern die im Ausland veranlasste Abrede unmittelbare und spürbare Auswirkungen auf den Schweizer Markt hat.

15. 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 Harley-Davidson Switzerland GmbH und deren Abnehmer vornehmlich KMU, die im Verkauf von Motorrädern tätig sind und allgemeine Garantie- und Reparaturdienstleistungen anbieten sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

16. Daneben ist das Kartellgesetz gemäss Art. 2 Abs. 1 KG nur auf Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden anwendbar. Der Begriff der Kartell- bzw. anderen Wettbewerbsabreden muss im Zusammenhang mit Art. 4 Abs. 1 KG gelesen werden.¹ Danach gelten als Wettbewerbsabreden u.a. rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG).

17. Die Frage, ob die Lieferverträge zwischen der Harley-Davidson Inc. in den USA und ihren dortigen Vertriebspartnern als auch die Lieferverträge zwischen der Harley-Davidson Switzerland GmbH und ihren Vertriebspartnern in der Schweiz solche Abreden zum Gegenstand haben, und ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG vorliegt, wird nachfolgend im Rahmen der Beurteilung der Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG geklärt. Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen (vgl. unten Rz 25 ff.).

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

18. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften,

¹ JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 KG N 33.

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). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben (Art. 3 Abs. 2 KG).

19. Die Harley-Davidson Switzerland GmbH macht das Vorliegen einer Vorschrift nach Art. 3 Abs. 1 KG geltend, indem sie sich auf Art. 99 Abs. 1 des Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SVG; SR 741.01) bezieht, wonach mit Busse belegt wird, wer Fahrzeuge, Bestandteile oder Ausrüstungsgegenstände, die der Typenprüfung unterliegen, in nicht genehmigter Ausführung in den Handel bringt. Vor diesem Hintergrund bestehe für Motorräder aus den USA aufgrund der genannten Vorschrift des SVG eine vorbehaltene Vorschrift, da diese nicht ohne Weiteres in der Schweiz zugelassen werden.

20. Vorab sei hierzu anzumerken, dass das Sekretariat diese Ansicht nicht teilt und es sich bei Art. 99 Abs. 1 SVG nicht um eine vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG handelt.

21. Gemäss der Botschaft zum KG 1995 kann der Gesetzgeber in das freie Spiel von Angebot und Nachfrage eingreifen, wenn der Markt als Regelsystem der Wirtschaftsbeziehungen seine Funktion nicht oder nicht hinlänglich zu erfüllen vermag. Diese Problematik könne sich für öffentliche Güter stellen, aber auch in Fällen, in denen das Marktsystem nicht in der Lage sei, höherstehenden Interessen Rechnung zu tragen (z.B. Gerechtigkeits- oder Verteilungsüberlegungen). Mit anderen Worten muss ein Marktversagen vorliegen, weshalb sich eine staatliche Lenkung aufdrängt.

22. Gemäss der herrschenden Praxis der Wettbewerbsbehörden regelt Art. 3 KG das Verhältnis des Kartellgesetzes zu anderen Rechtsvorschriften. Dabei geht es um die Frage, inwieweit das Kartellgesetz auf Wirtschaftsbereiche Anwendung finden kann, in denen der Staat mittels öffentlich-rechtlicher Vorschriften die Wettbewerbsfreiheit ganz oder teilweise aufgehoben hat, weil im betreffenden Bereich das Regelsystem „Markt“ seine Funktionen nicht oder nicht genügend zu erfüllen vermag (sog. Marktversagen) oder zu sozial unerwünschten Verteilungen führt (sog. Verteilungsprobleme).²

23. Die Wettbewerbsbehörden haben das Vorliegen von vorbehaltenen Vorschriften im Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes wegen zu klären. Dabei ist zu prüfen, ob der Gesetzgeber von einem Marktversagen oder Verteilungsproblem ausgegangen ist und deshalb mit seinen Vorschriften den Wettbewerb in einem bestimmten Wirtschaftsbereich ausschalten wollte. Es ist allerdings nicht Sache der rechtsanwendenden Behörden zu überprüfen, ob im konkreten Bereich tatsächlich Marktversagen oder Verteilungsprobleme vorliegen.

24. Vorliegend kann man nicht von einem Marktversagen oder Verteilungsproblem im Markt für Motorräder bzw. Zubehör und Ersatzteilen ausgehen. Vielmehr ist die Bestimmung des Art. 99 Abs. 1 SVG mit dem Zweck der Verkehrssicherheit eingeführt worden.³ Darüber hinaus wird ausdrücklich festgehalten, dass die Handels- und Gewerbefreiheit nicht durch eine Typenprüfung ein-

geschränkt wird.⁴ Es liegt somit mit Art. 99 Abs. 1 SVG keine Vorschrift vor, welche den Wettbewerb im Bereich für den Handel mit Motorrädern bzw. deren Zubehör und Ersatzteilen ausschaltet.

B.3 Wettbewerbsabreden über Gebietsabschottungen und Festlegung von Wiederverkaufspreisen, Preisempfehlungen und Behinderung des Online-Handels

25. Unzulässig sind laut Art. 5 Abs. 1 KG 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. Vorliegend wird geprüft, ob eine Abrede zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise oder eine Abrede in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten vorliegt, soweit Verkäufe in diese durch gebiets-fremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG). Die Auslegung dieses Absatzes wird konkretisiert durch die Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 28. Juni 2010 (Vertikalbekanntmachung, VertBek⁵).

26. Wie die Bürgeranzeigen gezeigt haben, wurde mehrheitlich das Problem des transatlantischen Bezuges von Harley-Davidson Produkten (Motorräder, Zubehör/Ersatzteile, Merchandise) an die Wettbewerbsbehörden herangetragen. Vereinzelt wurde auch die Preisdiskrepanz zwischen der Schweiz und dem europäischen Ausland angesprochen.

27. Die im Rahmen der Vorabklärung eingeholten Informationen konzentrierten sich auf die Ausgestaltung der in der Schweiz vorherrschenden Vertriebsstruktur und die hiesige Garantie- bzw. Reparaturpolitik. Mittels Fragebögen sollte ferner abgeklärt werden, ob Preisempfehlungen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG von Harley-Davidson Switzerland GmbH an ihre Vertriebshändler bestanden, was unter Umständen eine Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 4 KG i.V.m. Ziff. 15 VertBek begründen würde.

28. Darüber hinaus wurden auch die in den Verträgen zwischen der Herstellerin Harley-Davidson Inc. und ihren U.S. Händlern festgehaltenen (Online) Exportverbote bezüglich Motorräder, Zubehör und Ersatzteile sowie Accessoires und Motorradbekleidung mit Blick auf eine mögliche unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 4 KG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG vordergründig untersucht.

² RPW 2012/4, 868 Rz 51 m.w.H., *Schweizerische Post/La Poste*.

³ Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 24. Juni 1955 an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Strassenverkehr, S. 20.

⁴ Botschaft des Bundesrates vom 24. Juni 1955 an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Strassenverkehr, S. 20.

⁵ <www.weko.admin.ch> unter Dokumentation > Bekanntmachungen/Erläuterungen > Vertikalbekanntmachung vom 28. Juni 2010.

B.3.1 Wettbewerbsabrede

29. 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). Eine Wettbewerbsabrede definiert sich daher durch zwei Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung.

30. Nachfolgend werden die relevanten Vertragsklauseln auf ihren Charakter einer Wettbewerbsabrede im Einzelnen untersucht, um zu beurteilen, ob diese als Wettbewerbsabreden im zuvor umschriebenen Sinne zu betrachten sind.

B.3.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

B.3.1.1.1 US Vertriebsverträge

Exportverbot von Harley-Davidson-Motorrädern

31. Die amerikanischen Vertriebsverträge zwischen der Harley-Davidson Inc. und ihren Händlern in den USA sehen ein generelles Exportverbot von Harley-Davidson Motorrädern vor. In den Vertriebsverträgen heisst es hierzu:

[...] ⁶

32. Die in den US-Händlerverträgen festgelegte Exportklausel, wonach die Händler keine Motorräder ins Ausland verkaufen dürfen, wenn der Endkunde sich im Ausland befindet und das Motorrad nicht an eine US-Adresse geliefert wird, erfüllt somit das erste Tatbestandselement von Art. 4 Abs. 1 KG..

Online-Exportverbot von Ersatzteilen und Zubehör

33. Im August 2011 wurde durch die Harley-Davidson Inc. in den USA die Einführung eines (Online-) Exportverbots von Motorrad-Ersatzteilen sowie Zubehör verkündet. Diese Einschränkung in Form einer „Sales-Policy“ (vgl. Rz 44) erging an alle in den USA stationierten Harley-Davidson-Händler und trat per 1.8.2011 als integraler Bestandteil des bestehenden Liefervertrags zwischen Harley-Davidson Inc. und ihren US-Händlern in Kraft. Auch diese Vertragsklausel bezüglich Original Harley-Davidson Ersatzteilen und Zubehör erfüllt somit das erste Tatbestandselement von Art. 4 Abs. 1 KG.

Online-Exportverbot von Accessoires und Motorradbekleidung

34. Dieselbe „Sales Policy“ (vgl. Rz 44) sah daneben auch ein (Online-) Exportverbot für die US-Händler betreffend Accessoires und Motorradbekleidung vor.

35. Aufgrund des in den amerikanischen Lieferverträgen festgesetzten (Online-) - Exportverbots können Schweizer Konsumenten somit keine Online-Bestellungen bei amerikanischen Online-Händlern von Harley-Davidson Ersatzteilen und Zubehör sowie Accessoires und Motorradbekleidung mehr aufgeben. Auch hier erfüllt die vorliegende Vertragsklausel das erste Tatbestandselement von Art. 4 Abs. 1 KG.

36. Bei den in Frage stehenden Exportklauseln der amerikanischen Vertriebsverträge handelt es sich folglich um eine schriftliche Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zwischen Harley-Davidson Inc. und seinen Harley-Davidson-Händlern in den USA über ein Exportverbot bezüglich Harley-Davidson Motorrädern, Zubehör und Ersatzteilen, Accessoires und Motorradbekleidung.

B.3.1.1.2 Schweizer Vertriebsverträge

37. Zwischen der Harley-Davidson Switzerland GmbH und ihren Vertriebspartnern in der Schweiz besteht ein Händlervertrag für Motorräder, Teile & Zubehör und Motorradbekleidung. Dabei handelt es sich folglich um eine rechtlich erzwingbare Vereinbarung von Unternehmen auf unterschiedlichen Marktstufen.

38. Zusätzlich gaben die befragten Vertriebshändler an, dass sie von Harley-Davidson Switzerland GmbH Preiskataloge und somit Preisempfehlungen erhalten. Das erste Tatbestandselement von Art. 4 Abs. 1 KG ist somit erfüllt.

39. Es fragt sich nun, ob dieser Händlervertrag (bzw. dessen Vertragskonditionen) eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt.

B.3.1.2 Bezweckung oder Bewirkung einer Wettbewerbsbeschränkung

40. Neben dem Element des bewussten und gewollten Zusammenwirkens der an einer Abrede beteiligten Unternehmen ist zudem erforderlich, dass eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt wird, eine tatsächliche Beeinflussung des Marktes ist indes nicht notwendig. Bezwecken in diesem Sinne bedeutet, dass die Abrede oder die abgestimmte Verhaltensweise objektiv geeignet sein muss, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen, unwesentlich sind dabei die Vorstellungen der beteiligten Unternehmen. Bewirkt wird eine Wettbewerbsbeschränkung dann, wenn tatsächlich eine Beeinflussung auf dem relevanten Markt stattfindet.

B.3.1.2.1 U.S. Vertriebsverträge

41. Hinsichtlich des Exportverbots von Motorrädern kann festgehalten werden, dass dieses dazu geeignet ist, den US-Markt gegenüber dem Rest der Welt abzuschotten. Die im Jahr 2012 eingeführte Richtlinie *Harley-Davidson Non-Retail Sales Policy Pleasure Vehicles 2012 Model Year* (nachfolgend: *Pleasure Vehicles*-Richtlinie), welche das in den Vertriebsverträgen festgesetzte Exportverbot genauer definieren soll, nimmt explizit Bezug auf den Verkauf von Harley-Davidson Motorrädern der U.S. Händler ins Ausland und zieht diesen Umstand als Beweggrund für den Erlass dieser Richtlinie heran.

42. Zu den Gründen heisst es in der *Pleasure Vehicles*-Richtlinie im Vorwort:

[...]

⁶ Harley-Davidson Motor Company, General Conditions of Sales and Services (nachfolgend: General Conditions), § B-6 "Non-Retail Sales".

43. In der Folge wurde die „Non-Retail Sales Policy“ von § B-6 der *General Conditions* wie folgt präzisiert:

[...]⁷

44. Daneben hat Harley-Davidson Inc. auch eine neue Richtlinie mit Bezug auf Original Zubehör und Ersatzteile sowie Accessoires und Motorradkleidung im Zusammenhang mit der in Paragraph B-6 des *Dealer Contract* enthaltenen Regelung von „Non-Retail Sales“ erlassen. In der entsprechenden Richtlinie⁸ heisst es hierzu:

[...]⁹

45. Demnach sind Verkäufe von Originalzubehör und Ersatzteilen sowie Accessoires und Motorradkleidung nur noch an Endkunden innerhalb der USA zulässig. Dies bedeutet auch, dass Online-Verkäufe an Kunden ausserhalb der USA nicht mehr gestattet sind.

46. Zudem hat Harley-Davidson Inc. USA begonnen, den Online-Handel über eine zentrale Plattform zu bündeln.¹⁰ Kunden können neu über die offizielle Website von Harley-Davidson Inc. bestellen, werden dann aber für die Vertragsabwicklung an einen Händler in ihrer Nähe weitergeleitet. Zum jetzigen Zeitpunkt ist es für die offiziellen Schweizer Harley-Davidson-Händler offenbar (noch) nicht Pflicht, an diesem e-Commerce-Programm teilzunehmen. Nach Angaben eines vom Sekretariat befragten Harley-Davidson-Händlers in den USA plant Harley-Davidson die weltweite Umsetzung dieser Strategie, sofern sich das Programm in den USA bewährt. Hierzu hielt der US-Händler in seinen Antworten zum Fragebogen fest:

[...]

47. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich eindeutig, dass Harley-Davidson Inc. die Belieferung ausländischer Kunden verhindern möchte und somit eine wettbewerbsunzulässige Gebietsabschottung bezweckt.

B.3.1.2.2. Schweizer Vertriebsverträge

Beschränkung von Passivverkäufen

48. Aus den Vertriebsverträgen der Harley-Davidson Switzerland GmbH mit ihren Schweizer Händlern geht zunächst hervor, dass keine vertraglichen Einschränkungen hinsichtlich von Passivverkäufen und von Querlieferungen bestehen. In Ziffer 1 des Händlervertrags heisst es hierzu:

[...]

49. Ein Verkauf an unabhängige Einzelhändler, d.h. nicht-autorisierte Händler, ist den autorisierten Händlern untersagt. Diese Einschränkung ist gemäss gängiger Praxis¹¹ erlaubt und ist für das Funktionieren von selektiven Vertriebssystemen zwingend notwendig. Daneben ist es den Schweizer Händlern jedoch ausdrücklich erlaubt, Ersatzteile an unabhängige Händler weiterzuverkaufen. Damit bezweckt Harley-Davidson Switzerland GmbH nach eigenen Aussagen die Gewährleistung eines weitgehenden Zugangs zu Reparaturdienstleistungen. Unabhängige Händler können mit anderen Worten an Harley-Davidson Motorrädern Reparaturen vornehmen und dürfen zu diesem Zweck auch mit Original-Ersatzteilen beliefert werden. Es ist aber zu beachten,

dass die autorisierten Händler zur Lieferung von Ersatzteilen lediglich ermächtigt, nicht jedoch verpflichtet sind.

50. Darüber hinaus steht es den offiziellen Händlern offen, einen Online-Shop einzurichten und zu betreiben. Hierzu heisst es im Anhang „Internationale Internet Richtlinie“ zum Händlervertrag:

[...]

51. Allerdings hat die Befragung der Schweizer Händler ergeben, dass diese regelmässig gar nicht daran interessiert sind, ihre Produkte auch online zu vertreiben. Keiner der angefragten Händler betreibt einen Online-Shop. Es ist davon auszugehen, dass der Kauf von Motorrädern und Ersatzteilen im Regelfall eine direkte Beratung in einem physischen Laden erfordert und daher von den wenigsten Kunden online nachgefragt wird. Im Bereich Zubehör und Merchandise ist demgegenüber eine Online-Bestellung ohne weiteres möglich. Für die Harley-Davidson-Händler in der Schweiz scheint sich der Aufwand, welcher mit der Betreibung eines Online-Shops verbunden ist, jedoch nicht zu lohnen. Dies könnte nach Aussage eines Händlers unter anderem damit zusammenhängen, dass Bestellungen aus dem Ausland aufgrund der höheren Schweizer Preise unwahrscheinlich sind und die Nachfrage daher zu gering sei. Zudem ist es für Schweizer Kunden ein Leichtes, diese Produkte im Ausland (insbesondere EU, vergleiche Rz. 156 ff.) zu bestellen. Eine Einflussnahme seitens Harley-Davidson auf die Erstellung einer eigenen Harley-Davidson Webseite wurde von allen Händlern verneint. In der EU finden sich demgegenüber diverse Online-Shops für Harley-Davidson-Merchandise, aber auch für Motorrad-Zubehör, Neu- und Gebrauchtfahrzeuge¹². Die Schweizer Vertriebsverträge sind somit objektiv nicht dazu geeignet eine Beschränkung von Passivverkäufen in der Schweiz zu bewirken bzw. zu bezwecken.

Garantiebestimmungen

52. Die Bestimmungen des Schweizer Vertrags „Zusätzliche Vertragsbestimmungen für Händler“ lassen Garantietarbeiten bei nicht in der Schweiz erworbenen Motorrädern ausdrücklich zu. Im Vertrag heisst es hierzu:

[...]

53. Ein Ausschluss von Garantietarbeiten bei nicht-autorisierten Händlern gekauften Harley-Davidson Motorrädern ist nach bisheriger europäischer Praxis zulässig.¹³ Wie bereits ausgeführt (vgl. Rz 49), können Reparaturen auch von unabhängigen Händlern durchgeführt

⁷ Harley-Davidson Non-Retail Sales Policy, Pleasure Vehicles, 2012 Model Year, § 1.

⁸ Harley-Davidson Inc. Non-Retail Sales Policy, Genuine Motor Parts, Genuine Motor Accessoires, and Motorclothes Products, 2012 Model Year, Revised November 8 2011 (nachfolgend: PAM-Richtlinie).

⁹ PAM-Richtlinie, §3.

¹⁰ < http://www.harley-davidson.com/store/CustomerCareContentDisplayView?catalogId=10051&langId=-1&storeId=10152&emsName=ES_CS_StoreFAQs&linkName=ourSite§ionName=storeFAQ§ion=StoreFAQs > unter H-D Online Store and Local Dealerships.

¹¹ Vgl. Urteil des EuGH vom 13. Januar 1994 C-376/92 *Metro/Cartier*, Slg. 1994 I-15Rz 32 f.

¹² Z.B.: <http://www.thunderbike.de>.

¹³ Vgl. Urteil des EuGH vom 13. Januar 1994 C-376/92 *Metro/Cartier*, Slg. 1994 I-15 Rz 34.

werden, die zu diesem Zweck auch mit Ersatzteilen, welche sie bei offiziellen Händlern beziehen können, beliefert werden dürfen.

54. Gestützt auf die Befragung der Schweizer Händler haben sich auch von Seiten der Händler keine Anhaltspunkte für eine wettbewerbswidrige Verhaltensweise bei Garantiearbeiten ergeben. Vielmehr wurde von allen befragten Händlern bestätigt, dass sie Garantie- und Reparaturarbeiten bei sämtlichen Harley-Davidson Motorrädern durchführen, unabhängig davon, wo sie gekauft worden sind. So hielt ein Händler auf die Frage nach der Ausführung von Garantiearbeiten und Reparaturarbeiten beispielsweise Folgendes fest:

„Wir führen nur Garantiearbeiten aus an Motorrädern, die in Europa gekauft worden sind, da die amerikanischen Fahrzeuge nicht der Schweizer Homologation entsprechen.“

Wir führen Reparaturarbeiten an allen Harley-Davidson Motorrädern aus, unabhängig davon, wo sie gekauft worden sind.“

55. Auch unabhängige Händler können Garantiearbeiten an Harley-Davidson-Motorrädern durchführen, da sie aufgrund der möglichen Ersatzteillieferungen von zugelassenen Händlern dazu in der Lage sind. Diese Möglichkeit wurde von Harley-Davidson Switzerland GmbH bestätigt. Hingegen führen die offiziellen Händler Garantiearbeiten an Harley-Davidson-Motorrädern, welche zuvor von nicht-offiziellen Händlern gewartet oder repariert worden sind, nur aus, sofern die Arbeiten am Motorrad mit Original-Ersatzteilen und gemäss den offiziellen Vorgaben von Harley-Davidson vorgenommen worden sind. Auf Nachfrage bei nicht-autorisierten Händlern würden solche Arbeiten aber nur ungern ausgeführt, da ohne das nötige Werkhandbuch und aufgrund der technischen Unterschiede das Risiko gross sei, dass die Reparatur nicht fachmännisch vorgenommen werden würde. In den meisten Fällen raten diese deshalb ihren Kunden sich an einen offiziellen Händler zu wenden, um kein unnötiges Risiko hinsichtlich des Garantieanspruches einzugehen.

56. Die Schweizer Vertriebsverträge sind deshalb objektiv nicht dazu geeignet eine Gebietsabschottung aufgrund der Garantiebestimmungen zu bezwecken bzw. zu bewirken.

Verkaufsziele

57. Zwischen der Harley-Davidson Switzerland GmbH und den autorisierten Händlern werden jedes Jahr sogenannte Verkaufsziele vereinbart. Bezüglich dieser Verkaufsziele heisst es im Vertrag „Zusätzliche Vertragsbestimmungen für Händler“:

[...]

58. Eine gleichlautende Klausel besteht mit Bezug auf Teile, Zubehör und Motorradbekleidung von Harley-Davidson.

59. Es stellt sich die Frage, ob die im Vertrag „Zusätzliche Vertragsbestimmungen für Händler“ festgehaltene Klausel, wonach der „Händler“ beim „Verkäufer“ Bestellungen von „Harley-Davidson-Produkten“ in einem solchen Umfang und einer solchen Auswahl einreichen

muss, wie es erforderlich ist, um die Verpflichtungen des „Händlers“ nach dem Vertrag zu erfüllen, nicht einer indirekten Einschränkung von Querlieferungen gleichkommt. Schweizer Händler können nämlich gemäss Wortlaut des Händlervertrages (vgl. Rz 48) zwar im Ausland Harley-Davidson-Produkte einkaufen, praktisch wird dies jedoch durch eine Zielvorgabe seitens der Harley-Davidson Switzerland GmbH uninteressant. Dies wurde auch von einem Schweizer Händler bestätigt, indem er auf die Frage, ob er Harley-Davidson-Produkte von Dritthändlern/Lieferanten beziehen könne, antwortete:

„Ja, können wir schon eigentlich bei jedem anderen Harley Händler in Europa. Das Thema ist aber nicht interessant, da wir mit Harley-Schweiz eine Zielvorgabe haben, bei Zielerreichung wird ein Bonus ausbezahlt.“

60. Es besteht von daher die Möglichkeit, dass dieses System von Bezugspflicht, Verkaufszielen und damit einhergehenden Bonuszahlungen die Schweizer Händler in ihrer Bezugsentscheidung beeinflussen könnte. Nichtsdestotrotz bleibt es den Händlern gestattet bei anderen autorisierten Harley-Davidson-Händlern in der Schweiz oder im EWR einzukaufen. Diese Entscheidung ist jedoch nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten eher unwahrscheinlich, da die Schweizer Händler bei anderen Händlern aller Wahrscheinlichkeit nach nicht zu Einstandspreisen einkaufen werden können. Daneben bleibt ein Direktbezug von Harley-Davidson-Produkten bei Harley-Davidson Deutschland, ebenfalls eine Tochterfirma der Harley-Davidson Inc., durch in der Schweiz ansässige Harley-Davidson-Händler vermutlich erfolglos. Eine Belieferung von ausländischen Harley-Davidson Händlern zu Konditionen, welche eigentlich für die inländischen Harley-Davidson-Händler bestimmt sind und von denjenigen in der Schweiz vermutlich abweichen, läge wohl nicht im Interesse von Harley-Davidson. Aus diesem Grund würde eine solche Bestellung höchstwahrscheinlich abgelehnt werden. Aufgrund des „Konzernprivilegs“ wäre eine solche Lieferverweigerung auch nicht zu beanstanden. Da jedoch auf der Stufe der Konsumenten keine Beschränkungen bezüglich der Lieferungen von Harley-Davidson-Produkten bestehen, kann ein genügend grosser Preisdruck seitens der Endkunden aufrecht erhalten werden.

61. Das Bestehen von Verkaufszielen ist somit vorliegend objektiv nicht dazu geeignet eine Gebietsabschottung zu bewirken bzw. zu bezwecken.

Preisempfehlungen

62. Ziff. 15 Abs. 3 VertBek definiert Kriterien, welche Anlass geben können, dass die Wettbewerbsbehörden Preisempfehlungen aufgreifen. Es handelt sich dabei um eine nicht abschliessende Liste möglicher Aufgreifkriterien.¹⁴ In chronologischer Hinsicht geht die Prüfung der Aufgreifkriterien der Abklärung des Abredetatbestandes von Art. 4 Abs. 1 KG vor.¹⁵

63. Gemäss Ziffer 15 Abs. 3 VertBek sind Preisempfehlungen insbesondere dann zu untersuchen, wenn sie

¹⁴ ANDREA GRABER, Die neue Vertikalbekanntmachung 2010 der WE-KO, in: Jusletter vom 23. August 2010, Rz 16.

¹⁵ RPW 2011/3, 365 Rz 13, *Festool*.

nicht in allgemein zugänglicher Weise abgegeben werden (Bst. a) und nicht ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet werden (Bst. b). Anlass zum Aufgreifen gibt auch der Umstand, dass das Preisniveau der von den Preisempfehlungen betroffenen Produkte im benachbarten Ausland deutlich tiefer liegt (Bst. c).

64. Aus den Antworten der Harley-Davidson-Händler in der Schweiz ergibt sich, dass diese absolut frei sind sowohl in der Festlegung ihrer Wiederverkaufspreise wie auch in ihrer Rabattpolitik. Schweizweit gibt es insgesamt 19 offizielle Harley-Davidson-Händler. Die vom Sekretariat befragten 5 Unternehmen stellen somit ca. 27 % aller Händler dar. 4 der 5 befragten Händler bestätigten, dass im Markt aktiv von den Preisempfehlungen abgewichen wird. Es gibt keine Anzeichen dafür, dass seitens Harley-Davidson Switzerland GmbH Druck auf die Händler mit Bezug auf deren Preis- bzw. Rabattpolitik ausgeübt wird. Dies wurde von sämtlichen befragten Händlern bestätigt.

65. Es darf vermutet werden, dass auch die übrigen 14 Händler in ihrer Preisfestlegung frei sind und deshalb keine verbindlichen Preisvorgaben seitens Harley-Davidson Switzerland GmbH gemacht werden. Die Aussage eines Händlers, wonach bei neuen Modellen die offiziellen unverbindlichen Verkaufspreisempfehlungen von den Harley-Davidson-Händlern womöglich eingehalten werden, ist unter dem Aspekt der auf Wirtschaftlichkeit ausgerichteten Geschäftstätigkeit der einzelnen Händler nachvollziehbar und stellt für sich alleine noch keinen Eingreifgrund für die Wettbewerbsbehörden dar.

66. Mit Bezug auf die in Art. 15 Abs. 3 Bst. a) und b) VertBek genannten Aufgreifkriterien kann gesagt werden, dass die Preisempfehlungen in allgemeiner Weise von Harley-Davidson abgegeben werden (publiziert auf der offiziellen Homepage www.harley-davidson.com/ch) und diese Preise ausdrücklich als unverbindliche Verkaufspreise angeschrieben werden.

67. Aus den obigen Ausführungen zeigt sich, dass die von Harley-Davidson Switzerland GmbH ausgegebenen Preisempfehlungen nicht die Aufgreifkriterien gemäss Ziff. 15 Abs. 3 VertBek erfüllen.

B.3.1.3 Fazit

68. Die in den Vertriebsverträgen zwischen der Harley-Davidson Inc. und deren US-Händlern festgeschriebenen Exportverbote betreffend Motorräder, Zubehör und Ersatzteile sowie Accessoires und Motorradbekleidung sind als Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

69. Die Vertragsklauseln der Vertriebsverträge zwischen der Harley-Davidson Switzerland GmbH und ihren Schweizer Vertriebspartnern bezwecken weder eine Wettbewerbsbeschränkung noch bewirken sie eine, weshalb nicht von einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG auszugehen ist. Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen sind deshalb die Exportverbotsklauseln in den US Vertriebsverträgen.

B.3.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

70. Gemäss Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über die Zu-

weisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden.

71. Vorliegend kommen Abreden über die Zuweisung von Gebieten sowie über eine Behinderung des Online-Handels in Frage, weshalb nachfolgend die Tatbestandselemente der entsprechenden Abreden geprüft werden.

B.3.2.1 Vorliegen einer vertikalen Abrede nach Artikel 5 Absatz 4 KG

72. Unter den gesetzlichen Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG fallen Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, sofern passive Verkäufe in diese Gebiete durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (sog. absoluter Gebietsschutz; Ziff. 10 Abs. 1 Bst. b VertBek).

B.3.2.1.1. Vertikale Abrede in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten zwischen Harley-Davidson Inc. und seinen Vertriebspartnern in den USA

73. Zunächst setzt eine unzulässige Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten voraus.

i. Vertikale Abrede

74. Für die Definition der Wettbewerbsabrede wird nach oben verwiesen (vgl. Rz 29 ff.). Als vertikale Wettbewerbsabreden gelten Abreden von Unternehmen verschiedener Marktstufen, die Geschäftsbedingungen betreffen, zu denen die beteiligten Unternehmen bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können (Ziff. 1 VertBek).

75. Die Exportklausel gemäss § B-6 der Harley-Davidson Motor Company General Conditions of Sales and Service ist Teil des Vertriebsvertrages zwischen Harley-Davidson Inc. und seinen Vertriebspartnern in den USA (vgl. Rz 31 ff.). Es handelt sich folglich um eine Abrede zwischen einem herstellenden Unternehmen und seinen Vertriebspartnern. Diese Abreden werden folglich zwischen Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG (vgl. Rz 25) verschiedener Marktstufen im Sinne von Ziff. 1 VertBek getroffen.

76. Es handelt sich somit um eine vertikale Abrede zwischen Harley-Davidson Inc. und seinen US-Vertriebspartnern.

ii. Zuweisung von Gebieten

77. Art. 5 Abs. 4 KG erfasst jede Art von geografischer Aufteilung von Absatzgebieten.¹⁶ Die Bildung von geografischen Verkaufsgebieten muss kausal auf eine Zuweisung des Herstellers zurückzuführen sein.¹⁷ Art. 5 Abs. 4 KG erfasst aber sowohl die direkte als auch die indirekte Zuweisung von Gebieten (Ziff. 10 Abs. 2 VertBek).

78. Die Lieferverträge zwischen Harley-Davidson Inc. und ihren US-Vertriebspartnern verpflichten Letztere

¹⁶ Zum Ganzen PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 5 KG N 528.

¹⁷ KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 16), Art. 5 N 530.

dazu, Motorräder ausschliesslich in den USA zu verkaufen und weder direkt noch indirekt Exporte in andere Länder zu tätigen. Gleiches gilt seit dem 1. August 2012 auch in Bezug auf Original-Zubehör und Ersatzteile sowie Accessoires und Motorradbekleidung. Der Liefervertrag sieht folglich ein aktives wie auch ein passives Verkaufsverbot hinsichtlich der Vertragsprodukte vor. Dies bedeutet, dass die US-Händler potenzielle Kunden in vertragsfremden Gebieten weder aktiv ansprechen (Verbot des aktiven Verkaufs; Ziff. 2 VertBek) noch unaufgeforderten Bestellungen von Kunden aus solchen Gebieten nachkommen dürfen (Verbot des passiven Verkaufs; Ziff. 3 VertBek). Somit liegt ein absoluter Gebietsschutz vor, der den wirksamen Wettbewerb nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 KG vermutungsweise beseitigt (Ziff. 10 Abs. 1 Bst. b VertBek).

iii. Vertriebsverträge

79. Der Begriff Vertriebsvertrag wird extensiv ausgelegt. Es fallen einerseits jegliche Vertriebsverträge darunter, unabhängig davon ob der Vertrieb selektiv oder exklusiv organisiert ist, andererseits sind auch Vertriebsklauseln darunter zu subsumieren, die Bestandteil eines umfassenderen Vertrags sind.¹⁸

80. Der *Harley-Davidson Motor Company Motorcycle Dealer Contract* (nachfolgend: *Dealer Contract*) ist als Vertriebsvertrag zwischen Harley-Davidson Inc. und dem jeweiligen Händler zu qualifizieren. Im *Dealer Contract* weist Harley-Davidson Inc. dem jeweiligen Händler die folgenden Rechte zu:

[...] ¹⁹

81. Die genannte Exportklausel (vgl. Rz. 31 ff.) ist Teil der *Harley-Davidson Motor Company General Conditions of Sales and Service*, auf welche im *Dealer Contract* Bezug genommen wird (vgl. *Dealer Contract*, 2. *General Conditions*) und stellt somit einen integralen Bestandteil des Vertriebsvertrages dar. Auch wenn gewisse Bestimmungen Teil eines umfassenderen Vertrags sind, handelt es sich doch bei allen Bestimmungen um Vertriebsbestimmungen. Deshalb sind auch die Klauseln der *Pleasure Vehicles*-Richtlinie und der *PAM*-Richtlinie (vgl. Rz. 41 ff.) Teil des Vertriebsvertrags.

82. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es sich bei den zitierten Klauseln um vertikale Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten handelt.

iv. Fazit

83. Die im US-Vertriebsvertrag festgehaltenen Exportverbote bezüglich Motorräder, Zubehör und Ersatzteile sowie Accessoires und Motorradbekleidung stellen eine vereinbarte vertikale Gebietsabrede über die Zuweisung von Gebieten dar und erfüllen somit den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG.

84. Es stellt sich nun die Frage, ob die Vermutung allenfalls aufgrund von genügendem Interbrand- bzw. Intradbrand-Wettbewerb widerlegt werden kann (vgl. hierzu Rz 94 ff.).

B.3.2.1.2. Ausschluss des Online-Handels in den USA

85. Ob und inwiefern Behinderungen des Online-Handels allenfalls von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst werden

können, ist grundsätzlich anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu prüfen. Entscheidend ist dabei jeweils die Wirkung, die herbeigeführt wird bzw. werden kann und nicht das dafür eingesetzte Mittel.²⁰

86. Ein Verbot bzw. Beschränkungen von Internetverkäufen sind nicht ohne weiteres als Preisbindungen zweiter Hand im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG zu betrachten, solange sie nicht von weiteren, qualifizierenden Umständen begleitet werden.²¹ So kann eine Preisbindung zweiter Hand beispielsweise vorliegen, wenn zusätzlich zum Verbot des Online-Handels Massnahmen wie Drohungen, Einschüchterungen, Warnungen, Strafen, Lieferverzögerungen, die Aussetzung von Lieferungen oder die Vertragskündigung bei Nichteinhaltung eines bestimmten Preisniveaus ausgesprochen resp. umgesetzt werden.

87. Internetverkäufe gelten gemäss Ziff. 3 VertBek als passive Verkäufe. Gemäss Ziff. 10 Abs. 1 Bst. b) VertBek wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG vermutet, wenn Gebiete zugewiesen und gleichzeitig Passivverkäufe an Händler oder Endkunden verboten werden. Ein Verbot von Internetverkäufen kann somit bereits ein Tatbestandselement einer unzulässigen Gebietsschutzabrede gemäss Art. 5 Abs. 4 KG erfüllen. Die wettbewerbsrechtliche Problematik eines Verbots resp. einer Beschränkung des Online-Handels ist insbesondere dann gegeben, wenn dadurch der grenzüberschreitende Warenverkehr eingeschränkt werden soll, um den Schweizer Markt abzuschotten.²²

88. Ob eine Abrede betreffend die Behinderung des Online-Handels den Tatbestand der Preisbindung zweiter Hand resp. des absoluten Gebietsschutzes gemäss Art. 5 Abs. 4 KG erfüllt, ist stets aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles zu beurteilen. Als Faustregel kann jedoch festgehalten werden, dass je mehr und je einschneidendere Einschränkungen ein Hersteller seinen Händlern auferlegt, desto eher ist vom Vorliegen einer Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG auszugehen.²³ Ungeachtet einer allfälligen Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG stellt eine Behinderung des Online-Handels eine qualitativ schwerwiegende Abrede dar (Ziff. 3 i.V.m. Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b) VertBek) und kann den Tatbestand von Art. 5 Abs. 1 KG erfüllen.

89. Die General Conditions sehen ein absolutes Verkaufsverbot von neuen Harley-Davidson Motorrädern via einer Webseite oder sonstigen E-Commerce Aktivitäten für die US-Vertriebspartner vor. Hierzu heisst es:

[...] ²⁴

¹⁸ Zum Ganzen KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 16), Art. 5 N 534 ff.

¹⁹ Harley-Davidson Motor Company Motorcycle Dealer Contract, 1.A.

²⁰ RPW 2011/3, 381 Rz 69, *Behinderung des Online-Handels*.

²¹ Zum Ganzen RPW 2011/3, 381 Rz 71, *Behinderung des Online-Handels*.

²² RPW 2011/3, 381 Rz 73, *Behinderung des Online-Handels*.

²³ Zum Ganzen RPW 2011/3, 381 Rz 75, *Behinderung des Online-Handels*.

²⁴ *General Conditions*, B-6.

90. Dieses Onlineverkaufsverbot wurde in der *Pleasure Vehicles*-Richtlinie bestätigt. Danach sind nur Verkäufe von Motorrädern im Rahmen des normalen Einzelhandels erlaubt (sog. Retail-Sales). Ausdrücklich als „Non-Retail Sale“ qualifiziert und somit verboten sind laut der *Pleasure Vehicles*-Richtlinie generell Verkäufe via einer Internetseite oder sonstiger E-Commerce Aktivitäten unabhängig davon, ob es sich um Lieferungen ins Ausland oder innerhalb der USA handelt.

91. Auch mit Bezug auf Original-Ersatzteile und Zubehör, Accessories sowie Motorradbekleidung von Harley-Davidson wurde mittels der *PAM*-Richtlinie im Jahr 2011 ein indirektes Onlineverkaufsverbot für diese Produkte eingeführt. Obwohl die Richtlinie nicht generell alle Verkäufe via Internetwebseiten oder E-Commerce Aktivitäten verbietet, qualifiziert sie jedoch solche Verkäufe als „Non-Retail Sales“ und somit unzulässig, welche ins Ausland verkauft und versendet werden. Onlineverkäufe, welche innerhalb der USA abgewickelt werden, sind somit weiterhin zulässig.

92. Es lässt sich somit festhalten, dass der Online-Handel mit Harley-Davidson-Produkten den US-Vertriebspartnern generell untersagt ist, sobald die bestellte Ware ins Ausland verkauft bzw. geliefert werden soll. Damit soll der grenzüberschreitende Warenverkehr eingeschränkt werden, was folglich auch eine Abschottung des Schweizer Marktes zur Folge haben kann.

B.3.2.2 Fazit

93. Die US-Lieferverträge enthalten Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über die Zuweisung von Gebieten und über die Behinderung des Online-Handels und stellen eine Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG dar.

B.3.2.3 Umstossung der gesetzlichen Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 4 KG

94. Für die Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs ist eine Gesamtbetrachtung des Marktes unter Berücksichtigung des Intra- und 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 VertBek).

95. Im vorliegenden Fall kann die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden, sofern die Harley-Davidson-Händler in der Schweiz Parallelimporte von Harley-Davidson Motorrädern, Zubehör und Ersatzteile sowie Accessoires und Motorradbekleidung in genügendem Umfang tätigen bzw. tätigen können und/oder wenn sich die Harley-Davidson-Händler hinsichtlich eines anderen Wettbewerbsparameters, wie insbesondere dem Preis, einen gewissen Wettbewerb liefern (Intra- und Interbrand-Wettbewerb).

96. Eine weitere Möglichkeit zur Widerlegung der gesetzlichen Vermutung besteht im Nachweis eines intensiven Wettbewerbs zwischen verschiedenen Herstellern von Motorrädern, Zubehör und Ersatzteilen sowie Accessoires und Motorradbekleidung (Interbrand-Wettbewerb). Als dritte Möglichkeit zur Vermutungswiderlegung kommt schliesslich die Kombination des vor-

handenen Intra- und Interbrand-Wettbewerbs in Betracht.²⁵

97. Zur Prüfung der Marktverhältnisse wird vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abgegrenzt.

B.3.2.3.1. Relevanter Markt

B.3.2.3.1.1 Sachlich relevanter Markt

98. 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 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996; VKU; SR 251.4, die hier analog anzuwenden ist).

99. Marktgegenseite der Herstellerin Harley-Davidson Inc. sind ihre offiziellen Vertriebspartner in der Schweiz. Da deren Nachfrage nach Harley-Davidson Motorrädern wiederum vom Nachfrageverhalten der Endverbraucher geleitet wird (abgeleitete Nachfrage), ist das Verhalten der Endverbraucher Ausgangspunkt der nachfolgenden Analyse.

a) Motorräder

100. Es stellt sich nun die Frage, ob der sachlich relevante Markt aus Sicht der Endverbraucher sämtliche Motorräder umfasst oder ob dieser Gesamtmarkt nach den Produktausprägungen der einzelnen Motorräder oder einzelner Hersteller zu unterteilen ist. Anschliessend wird untersucht, welchem Markt Harley-Davidson Motorräder zuzuordnen sind oder ob sie allenfalls einen eigenen Markt bilden.

Marktsegmentierung nach Produktausprägungen

101. Aufgrund der verschiedenen Kategorien und Verwendungszwecke von Motorrädern ist davon auszugehen, dass der Markt für Motorräder weiter sachlich unterteilt werden muss. Hierbei kann man sich zum Beispiel auf die von der Vereinigung von schweizerischen Fabrikanten, Grossisten und Importeuren von Motorrädern und Rollern sowie von Motorrad- und Roller-Zubehör und -Bekleidung (motosuisse²⁶) vorgenommene Unterteilung abstützen.

102. Gemäss der motosuisse gibt es somit grob die folgenden 3 Märkte:

- Motorräder
- Roller
- Quads

103. Gemäss den Angaben von motosuisse versteht man unter einem Quad ein vierrädriges Zwitterfahrzeug zwischen Auto und Motorrad, technisch verwandt mit einem Motorrad, mit einer zentralen Sitzposition, einer Steuerung via Lenker und grobstolligen Breitreifen.²⁷

²⁵ Vgl. auch RPW 2010/1, 85 Rz 171 und 103 Rz 300, *Gaba* (Entscheid noch nicht rechtskräftig).

²⁶ <www.motosuisse.ch>.

²⁷ <www.motosuisse.ch> unter typologie > moto-roller typologie.

104. Den Markt für Motorräder kann man, gestützt auf die gängigen Unterteilungen seitens der Hersteller, grob in folgende Märkte weiter segmentieren, wobei hierbei zu beachten ist, dass die Grenzen zwischen den Kategorien fließend sind und sich die einzelnen Motorräder in vielen Fällen nicht eindeutig in eine der folgenden Kategorien einordnen lassen:

- Motocross

„Für den reinen Gelände-Wettbewerbseinsatz konzipierte Maschinen ohne Strassen-Zulassung. Leicht, wendig, handlich, mit stark profilierten Reifen. Hohe spezifische Motorleistung, spitze Leistungscharakteristik, d.h. schmales nutzbares Drehzahlband. Motoren von 125 bis 650 cm³.“²⁸

- Sport

„Sportlich, aber nicht supersportlich, d.h. Motor, Fahrwerk, Sitzposition und Handling unterliegen nicht dem reinen Brachial-Sportbegriff, sondern sind eine Spur "sanfter" konzipiert. Ideal für problemlosen Alltagseinsatz verbunden mit sportivem Touch. Ein-, Zwei-, Drei- oder Vierzylinder-Motoren, unzählige Ausführungsvarianten, vollverschalt oder mit Halbschale.“²⁹

- Touring

„Verschalte und unverschaltete Motorräder mit komfortbetonten Charakter für grössere Touren und Reisen. Komfortable Sitzposition, Fahrwerk abgestimmt für entspanntes, aber trotzdem zügiges Fahren. Komplett-Ausrüstung, in den höheren Preisklassen auch mit Seitenkoffern und Topcase sowie Radio/CD-Player. Vertreten vor allem in den grösseren Hubraumkategorien.“³⁰

- Cruising

„Grossvolumige, wuchtige Motorräder für entspanntes Dahingleiten, meist üppig ausgestattet. Verwandt zum Chopper, Abgrenzung oft schwierig. Motoren mit zwei bis sechs Zylindern. Motorcharakteristik: kraftvoll, leise, seidig, vergleichbar mit einem Automotor der gehobenen Mittel- oder Luxusklasse.“³¹

- Chopper

„"To chop = abschneiden": Ursprünglich von den "Easy-Rider-Maschinen" abstammende, nur mit dem Nötigsten ausgestattete Maschinen mit kurzem Heck und langer Gabel. Heute in mannigfacher Form gebaute Motorräder fürs gemütliche Dahingleiten. Einzelsitz oder Stufensitzbank, breiter Lenker, tropfenförmiger Tank. Motor meistens als V2-Zylinder-Triebwerk konzipiert.“³²

105. Diese Unterteilung stützt sich auf die Überlegung, dass aus Sicht der Endverbraucher ein Motorrad mit Fahreigenschaften einer Sportmaschine oder einer Motocrossmaschine nicht substituierbar ist mit Motorrädern aus den Kategorien Cruiser oder Tourer. Der vorgesehene Verwendungszweck sowie die unterschiedlichen Fahreigenschaften lassen ebenfalls den Schluss nahelegen, dass vorliegend unterschiedliche Märkte für Motorräder bestehend aus den Kategorien Sport, Moto-

cross, Touring und Cruising/Chopper vorliegen, wobei eine klare Trennung nicht immer möglich sein wird.

106. Harley-Davidson Inc. klassiert seine Motorräder ebenfalls in mehrere Kategorien ein. Gemäss dem Jahresbericht von 2012³³ befindet sich Harley-Davidson demnach im Wettbewerb mit Motorrädern aus den Segmenten Touring und Cruising.³⁴

107. Eine weitere Möglichkeit der Unterteilung ist das Abstützen auf die Hubraum-Grösse der einzelnen Motorräder. Eine vom Verband motosuisse vorgenommene Unterteilung nach Hubraum ergibt folgendes Bild der Anzahl verkaufter Motorräder in der Periode Januar-Mai der letzten zwei Jahre:

²⁸ Vgl. <www.motosuisse.ch> unter typologie > moto-roller typologie.

²⁹ Vgl. <www.motosuisse.ch> unter typologie > moto-roller typologie.

³⁰ Vgl. <www.motosuisse.ch> unter typologie > moto-roller typologie.

³¹ Vgl. <www.motosuisse.ch> unter typologie > moto-roller typologie.

³² Vgl. <www.motosuisse.ch> unter typologie > moto-roller typologie.

³³ Harley-Davidson Inc., Form 10-K (Annual Report 2012). Abrufbar unter: <http://ar.harley-davidson.com/_files/pdf/HD_10k_2012.pdf>.

³⁴ Annual Report 2012, S. 4.

Tabelle 1: Motorräder nach Hubraum

MOTORRÄDER: Hubraum MOTOS: cylindrés	Jan.-Mai / jan-mai		Mai / mai		Abweichung / Diff. Jan.-Mai / jan-mai	
	2013	2012	2013	2012	Stk./Pc.	%
TOTAL	11'876	13'189	3'387	3'658	-1'313	-9.96
<= 50 ccm	479	537	149	184	-58	-10.80
51 - 125 ccm	347	481	139	139	-134	-27.86
126 - 250 ccm	312	350	88	103	-38	-10.86
251 - 500 ccm	775	384	212	107	391	101.82
501 - 750 ccm	2'337	3'039	699	899	-702	-23.10
751 - 1000 ccm	2'752	3'159	804	804	-407	-12.88
> 1000 ccm	4'874	5'238	1'296	1'422	-364	-6.95
sonst. Hubraum	0	1	0	0	-1	-100.00

Quelle: motosuisse

108. Eine solche Unterteilung gestützt auf die Motorleistung eines Motorrads ist vorliegend als nicht zweckdienlich zu erachten, da bei dieser der Verwendungszweck der Motorräder nicht nachvollziehbar ist. Aus diesem Grund ist eine Segmentierung aufgrund des Verwendungszweckes derjenigen nach Hubraumgrösse im Rahmen dieser Vorabklärung vorzuziehen. Im Folgenden wird deshalb bei der Definition des sachlich relevanten Marktes auf die zuvor beschriebene Segmentierung nach Verwendungszweck (vgl. Rz 104) abgestützt.

Marktsegmentierung nach Herstellermarken

109. Eine Segmentierung des Marktes nach Herstellermarken ist aus den folgenden Gründen vorliegend nicht angezeigt:

110. Das unter einer Marke eines Herstellers verkaufte Motorrad einer bestimmten Kategorie ist mit einem Motorrad der gleichen Kategorie einer anderen Marke funktionell austauschbar (funktionelle Austauschbarkeit).

111. Auch das vorherrschende Preisniveau ergibt keinen Hinweis auf die Notwendigkeit einer weitergehenden Marktsegmentierung. Die nachfolgende Tabelle zeigt einen Überblick über das in der Schweiz vorherrschende ungefähre Preisniveau von vergleichbaren Motorrädern unterschiedlicher Hersteller in der Kategorie Cruiser/Chopper:

Tabelle 2: Preisvergleich Cruiser-Modelle (Preise 2013)

Hersteller/Modell	Preis in CHF inkl. Mwst.
Harley-Davidson/Roadster	10'800
Triumph/America	11'690
Yamaha/Midnight Star	12'490
Suzuki/ C800	11'385
Honda/VT750CS Shadow	11'910
Harley Davidson/Road King Classic	26'500
Suzuki/M1800RZ	19'685
Triumph/Rocket III	21'990
Honda/Gold Wing F6B	26'950
Kawasaki/1400GTR	21'990

Quelle: Angaben der jeweiligen Hersteller.

Produktausprägung Harley-Davidson Motorräder

112. Harley-Davidson Motorräder gehören aufgrund ihrer Fahreigenschaften und Bauweise in den Bereich der Cruiser-Modelle, wobei es bei gewissen Modellen auch zu Überschneidungen mit dem Bereich Touring-Modelle kommen kann. Eine Einordnung von Harley-Davidson Motorrädern in die Kategorie Sport ist je nach Definition dieser Kategorie ebenfalls denkbar.

113. Harley-Davidson produziert ausschliesslich Motorräder ab einer Motorleistung von 750ccm und mehr. Die meisten Motorräder des Typs Cruiser/Touring findet man in den Kategorien 751 – 1000 ccm und > 1000 ccm.

114. Harley-Davidson hat sich im Markt für Motorräder aufgrund seiner Erfolgsgeschichte in den USA und seiner Präsenz in Film und Werbung als Symbol des amerikanischen Traums von Freiheit und als Ausdruck eines

Lebensgefühls bzw. Lifestyles etabliert.³⁵ Als starke und weltbekannte Marke ist es deshalb denkbar, dass es Harley-Davidson dank einer erfolgreichen Imagekampagne gelungen ist, seine Motorräder so im Markt zu positionieren, dass sie trotz der obigen Ausführungen einen eigenen Markt bilden. Im Folgenden wird dieser Frage nachgegangen.

Markenimage Harley-Davidson Motorräder

115. Die Harley-Davidson Motor Co. wurde 1903 in Milwaukee, Wisconsin (USA) gegründet. Der anfängliche Erfolg von Harley-Davidson Motorrädern, welcher sich in der Qualität und Zuverlässigkeit der Motorräder widerspiegelte, wurde in den 1950er Jahren gestoppt. Der Grund dafür war zum einen die Hell's Angels Bewegung, deren Mitglieder Harley-Davidson Motorräder fuhren, was zu einem Imageschaden und damit verbundenen Umsatzeinbußen führte und zum anderen eine Busse durch die amerikanische Wettbewerbsbehörde, welche durch die Forderung von Harley-Davidson nach einem 40%-igen Einfuhrzoll auf ausländische Motorräder verursacht wurde. In den 1960er-Jahren sanken die Absatzzahlen weiter, was zu der Umwandlung in eine Aktiengesellschaft führte. Doch auch diese Massnahme konnte nicht verhindern, dass Harley-Davidson in den 1960er bis in die 1980er Jahre Marktanteile an die europäische und vor allem japanische Konkurrenz verlor. Die Unzufriedenheit der Belegschaft über das schlechte Management schlug sich dann auch in der Produktqualität nieder. Anfang der 1980er Jahre war Harley-Davidson ein Sanierungsfall und musste einen starken Imageverlust verkraften. Mit neuen Inhabern kam die Wende in den 80er Jahren. Dies nicht zuletzt dadurch, dass Präsident Reagan einen Importzoll auf ausländische vornehmlich japanische Motorräder von 40 % verhängte, um Harley-Davidson vor der Konkurrenz zu schützen. Diese Handelsschutzmassnahme verlieh Harley-Davidson die Möglichkeit, sich wieder stärker im U.S. Markt zu positionieren und das Geschäft wieder rentabel zu machen.

116. Die 1983 gegründete Harley Owners Group (H.O.G.) war das Resultat einer drastischen Umstellung im Marketingbereich von Harley-Davidson. Hintergrund dazu war der Wunsch nach Verbesserung des Verhältnisses zwischen Harley-Davidson und seinen Kunden auf Basis von langanhaltenden Verbindungen zwischen der Firma, ihren Angestellten und den Kunden. Eigentümer eines Harley-Davidson Motorrads können Mitglied in einer lokalen H.O.G. und somit Teil einer grossen Biker-Gemeinschaft mit besonderen Vorteilen werden, wie gemeinsamen Events, dem H.O.G. Magazin, Tour-Handbooks etc. Jeder Käufer ist automatisch für ein Jahr Mitglied in diesem H.O.G. Die H.O.G. zählt momentan über eine Million Mitglieder. Jede lokale Vertretung der H.O.G. wird durch einen offiziellen Vertriebspartner von Harley-Davidson gesponsert. Auf diese Weise wird versucht, auch auf Ebene der Vertriebspartner und deren Kunden eine enge Verbindung herzustellen. Diese durch die H.O.G. geschaffene Harley-Davidson Gemeinschaft wurde 1995 ethnografisch als Prototyp der „subculture of consumption“ definiert.³⁶ Demnach definiert sich eine solche als „a distinctive subgroup of society that self-selects on the basis of a shared commitment to a particular product class, brand, or consumption activity“. In der

Schweiz gibt es aktuell 20 dieser H.O.G. Da aber längst nicht alle Harley-Davidson Motorradbesitzer Mitglied in einer H.O.G. sind, wird im Folgenden nicht auf die Mitglieder, sondern auf alle Harley-Davidson Kunden bei der Definition des sachlich relevanten Marktes abgestellt. Somit stellt die Marktgegenseite alle aktuellen und potenziellen Besitzer von Harley-Davidson Motorrädern dar.

117. Bei der Definition des sachlich relevanten Produktmarktes kann der allgemein anerkannte SSNIP-Test (small but significant non-intransitory increase in price) herangezogen werden. Danach stellt sich die Frage, ob es für den Hersteller von Harley-Davidson Motorräder profitabel wäre, die Preise für Harley-Davidson Motorräder bei gleichbleibenden Preisen der Konkurrenzmotorräder um 10 % zu erhöhen. Würde die Abwanderung der Konsumenten hin zu anderen Marken die Preiserhöhung unprofitabel machen, würde dies, gemäss dem SSNIP-Test, dafür sprechen, dass Harley-Davidson keinen eigenen Markt bildet. Diese Frage kann an dieser Stellen mangels verfügbaren Informationen nicht beantwortet werden. Jedoch deutet die Vergangenheit darauf hin, dass Harley-Davidson sich nicht nur aufgrund seines Markennamens und den damit assoziierten Werten im Markt halten kann. Der starke Konkurrenzkampf in den 80-iger Jahren, die Schutzmassnahmen seitens der US-Regierung als auch die Marktanteilsentwicklungen in den USA und Europa in den letzten Jahren haben gezeigt, dass die Konsumenten bei gleicher Qualität zu günstigeren Preisen auf Substitute ausweichen. Obwohl diese Marktverhältnisse in den USA stattfanden, könnte dies aber auch für die Schweiz Bedeutung haben. Im Folgenden werden die Marktanteilsentwicklungen von Harley-Davidson für den (a) US-Markt als auch (b) den europäischen Markt für den Zeitraum 2006-2008 dargestellt:

³⁵ <http://www.harley-davidson.com/de_CH/Content/Pages/Becoming_a_Dealer/the-company.html>.

³⁶ Schouten, John W.; McAlexander, James H. (June 1995), "Subcultures of consumption — an ethnography of the new bikers", *Journal of Consumer Research* (The University of Chicago Press) 22 (1): 43–61.

Tabelle 3: Marktanteilsentwicklungen von Harley-Davidson Motorrädern in den USA 2006-2008

U.S. Heavyweight Motorcycle Registration Data ^(a)			
(Engine Displacement of 651+cc)			
(Units in thousands)			
	2008	2007	2006
Total market new registrations	479.8	516.1	543.0
Harley-Davidson new registrations	218.2	251.4	267.9
Buell new registrations	4.0	3.7	3.8
Total new registrations	222.2	255.1	271.7
Percentage Market Share:			
Harley-Davidson motorcycles	45.5%	48.7%	49.3%
Buell motorcycles	0.8	0.7	0.7
Total	46.3%	49.4%	50.0%

(a) United States industry data includes 651+cc models derived from submission of motorcycle retail sales by each major manufacturer to an independent third party. The retail registration data for Harley-Davidson motorcycles presented in this table may differ slightly from the Harley-Davidson retail sales data presented in Item 7 of this report. The Company's source for retail sales data in Item 7 of this report is sales and warranty registrations provided by Harley-Davidson dealers as compiled by the Company. The differences are not significant and generally relate to the timing of data submissions to the independent sources.

Quelle: Harley-Davidson Inc., Form 10-K (Annual Report 2008)

Tabelle 4: Marktanteilsentwicklungen von Harley-Davidson Motorrädern in Europa 2006-2008

European Heavyweight Motorcycle Registration Data ^(a)			
(Engine Displacement of 651+cc)			
(Units in thousands)			
	2008	2007	2006
Total market new registrations	397.3	388.7	361.3
Harley-Davidson new registrations	41.0	38.7	34.3
Buell new registrations	4.2	4.6	4.1
Total new registrations	45.2	43.3	38.4
Percentage Market Share:			
Harley-Davidson motorcycles	10.3%	10.0%	9.5%
Buell motorcycles	1.1	1.2	1.1
Total	11.4%	11.2%	10.6%

(a) Europe data includes retail sales in Austria, Belgium, Denmark, Finland, France, Germany, Greece, Italy, Netherlands, Norway, Portugal, Spain, Sweden, Switzerland, and the United Kingdom. The Company derives its market registration data and market share calculations presented above from information provided by Giral S.A., an independent agency. The retail registration data for Harley-Davidson motorcycles presented in this table may differ slightly from the Harley-Davidson retail sales data presented in Item 7 of this report. The Company's source for retail sales data in Item 7 of this report is sales and warranty registrations provided by Harley-Davidson dealers as compiled by the Company. The differences are not significant and generally relate to the timing of data submissions to the independent sources.

Quelle: Harley-Davidson Inc., Form 10-K (Annual Report 2008)

118. In den Folgejahren vergrösserte sich der Marktanteil von Harley-Davidson im US-, wie auch im europäischen Markt langsam aber kontinuierlich, was man anhand der nachfolgenden Übersichten ablesen kann:

Tabelle 5: Marktanteilsentwicklungen von Harley-Davidson Motorrädern in den USA 2008-2010

U.S. Heavyweight Motorcycle Registration Data ^{(a) (b)}			
(Units in thousands)			
	2010	2009	2008
Total new heavyweight motorcycle registrations	259.7	304.3	480.3
Harley-Davidson new registrations	142.7	162.0	218.2
	54.9%	53.2%	45.4%

(a) Heavyweight data includes street legal 651+cc models. Street legal 651+cc models include on-highway, dual purpose models and three-wheeled vehicles.
 (b) U.S. industry data is derived from information provided by Motorcycle Industry Council (MIC). This third party data is subject to revision and update. Prior periods have been adjusted to include all dual purpose models that were previously excluded. The retail registration data for Harley-Davidson motorcycles presented in this table may differ slightly from the Harley-Davidson retail sales data presented in Item 7 of this report. The Company's source for retail sales data in Item 7 of this report is sales and warranty registrations provided by Harley-Davidson dealers as compiled by the Company. The differences are not significant and generally relate to the timing of data submissions to the independent sources.

Quelle: Harley-Davidson Inc., Form 10-K (Annual Report 2010)

Tabelle 6: Marktanteilsentwicklungen von Harley-Davidson Motorrädern in Europa 2008-2010

European Heavyweight Motorcycle Registration Data ^{(a) (b)}
(Units in thousands)

	2010	2009	2008
Total new heavyweight motorcycle registrations	301.3	313.6	389.7
Harley-Davidson new registrations	38.3	37.7	41.1
	12.7%	12.0%	10.6%

- (a) Heavyweight data includes street legal 651+cc models. Street legal 651+cc models include on-highway, dual purpose models and three-wheeled vehicles.
 (b) Europe data includes retail sales in Austria, Belgium, Denmark, Finland, France, Germany, Greece, Italy, Netherlands, Norway, Portugal, Spain, Sweden, Switzerland, and the United Kingdom. Industry retail motorcycle registration data is derived from information provided by Giral S.A., an independent agency. This third party data is subject to revision and update. The retail registration data for Harley-Davidson motorcycles presented in this table may differ slightly from the Harley-Davidson retail sales data presented in Item 7 of this report. The Company's source for retail sales data in Item 7 of this report is sales and warranty registrations provided by Harley-Davidson dealers as compiled by the Company. The differences are not significant and generally relate to the timing of data submissions to the independent sources.

Quelle: Harley-Davidson Inc., Form 10-K (Annual Report 2010)

119. In den Jahren 2010 bis 2012 verzeichnete Harley-Davidson in den USA zwar einen Anstieg bei den Marktanteilen, in Europa hingegen stagnierten die Wach-

tumszahlen. Gemäss dem Jahresbericht von 2012³⁷ stellt sich das Bild wie folgt dar:

Tabelle 7: Marktanteilsentwicklungen von Harley-Davidson Motorrädern in den USA 2010-2012

U.S. Heavyweight Motorcycle Registration Data ^{(a)(b)}
(Units in thousands)

	2012	2011	2010
Total new heavyweight motorcycle registrations	282.0	271.0	259.7
Harley-Davidson new registrations	161.3	150.9	142.7
	57.2%	55.7%	54.9%

- (a) Heavyweight data includes street legal 651+cc models. Street legal 651+cc models include on-highway and dual purpose models and three-wheeled vehicles.
 (b) U.S. industry data is derived from information provided by Motorcycle Industry Council (MIC). This third party data is subject to revision and update. The retail registration data for Harley-Davidson motorcycles presented in this table may differ slightly from the Harley-Davidson retail sales data presented in Item 7 of this report. The Company's source for retail sales data in Item 7 of this report is sales and warranty registrations provided by Harley-Davidson dealers as compiled by the Company. The differences are not significant and generally relate to the timing of data submissions to the independent sources.

Quelle: Harley-Davidson Inc., Form 10-K (Annual Report 2012)

Tabelle 8: Marktanteilsentwicklungen von Harley-Davidson Motorrädern in Europa 2010-2012

European Heavyweight Motorcycle Registration Data ^{(a)(b)}
(Units in thousands)

	2012	2011	2010
Total new heavyweight motorcycle registrations	268.3	292.5	301.3
Harley-Davidson new registrations	35.6	40.0	38.0
	13.3%	13.7%	12.7%

- (a) Heavyweight data includes street legal 651+cc models. Street legal 651+cc models include on-highway and dual purpose models and three-wheeled vehicles.
 (b) Europe data includes retail sales in Austria, Belgium, Denmark, Finland, France, Germany, Greece, Italy, Netherlands, Norway, Portugal, Spain, Sweden, Switzerland, and the United Kingdom. Industry retail motorcycle registration data is derived from information provided by Association des Constructeurs Européens de Motocycles (ACEM), an independent agency. This third party data is subject to revision and update. The retail registration data for Harley-Davidson motorcycles presented in this table may differ slightly from the Harley-Davidson retail sales data presented in Item 7 of this report. The Company's source for retail sales data in Item 7 of this report is sales and warranty registrations provided by Harley-Davidson dealers as compiled by the Company. The differences are not significant and generally relate to the timing of data submissions to the independent sources.

Quelle: Harley-Davidson Inc., Form 10-K (Annual Report 2012)

120. Bei den Marktanalysten scheint darüber hinaus Einigkeit zu herrschen, dass Harley-Davidson im Markt einer gewissen Konkurrenz ausgesetzt ist. So nennt zum Beispiel Dun & Bradstreet die Ultra Motorcycle Company Inc, die Triumph Motorcycle Limited und die Viper Motorcycle Company als Konkurrenten zu Harley-Davidson.³⁸ Daneben werden auch die Hersteller Honda, Kawasaki und Suzuki als Konkurrenten zu Harley-

³⁷ Harley-Davidson Inc., Form 10-K (Annual Report 2012), S. 4 f. Ab-rufbar unter: <http://ar.harley-davidson.com/_files/pdf/HD_10k_2012.pdf>.

³⁸ http://www.hoovers.com/company-information/cs/competition.Harley-Davidson_Inc.5a3594463c0cc7ef.html#megamenu.html.

Davidson genannt.³⁹ Besonders hervorzuheben hierbei ist jedoch die neu in den CH-Markt für Cruiser/Sport Modelle eingetretene Marke Victory, welche im Jahr 1997 als Tochtergesellschaft der Polaris Industries gegründet wurde. Seit 2011 auch in der Schweiz erhältlich, stieg das Absatzvolumen von Victory im Jahr 2012 um 279,17 % im Vergleich zum Vorjahr, wohingegen dasje-

nige von Harley-Davidson nur um 5,4 % anstieg. Die allgemeine Marktentwicklung verzeichnete einen Anstieg von 445 Motorrädern oder 1,93 % von 2011 auf 2012.⁴⁰

121. Harley-Davidson nahm zudem eine Preissenkung von bis zu 16 % auf sein gesamtes Motorradsortiment im Jahr 2013 in der Schweiz vor (vgl. untenstehende Tabelle).

Tabelle 9: Preisvergleich von unterschiedlichen Harley-Davidson Modellen der Jahre 2013 und 2012

H-D Modell	Farboption	Preis 2013 (in CHF)	Preis 2012 (in CHF)	Preisdifferenz in %
Sportster 883 Roadster	Vivid Black	10'800	11'500	6,1
Sportster Super Low	Vivid Black	10'800	11'500	6,1
Sportster 883 Iron	Color Option	11'100	11'200	1
Dyna Switchback	Vivid Black	21'700	23'500	7,7
Softail Fat Boy	Vivid Black	23'600	28'100	16,0
Touring Road King Classic	Vivid Black	26'500	30'800	14,0
Touring Street Glide	Vivid Black	28'000	31'800	11,9

Quelle: Offizielle Harley-Davidson Homepage

122. Ob dies vor dem Hintergrund einer Harmonisierung der Preise zum EWR geschah oder um mit den Preisen von vergleichbaren Modellen der Konkurrenz mitzuhalten, kann nicht beantwortet werden.

123. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass man aufgrund der obigen Ausführungen nicht von einem eigenen Markt für Harley-Davidson Motorräder ausgehen kann.

Vorabklärung von 1992 in Sachen Harley-Davidson

124. In diesem Zusammenhang sei betont, dass die Feststellung der Kartellkommission von vor 21 Jahren bezüglich der Marktstellung von Harley-Davidson in der Schweiz⁴¹ angesichts der stark unterschiedlichen Wettbewerbsverhältnisse und der stattgefundenen Rechtsfortentwicklungen im Wettbewerbsrecht als nicht mehr relevant und praxistauglich erscheint, zumal damals keine vertiefte Marktsegmentierung vorgenommen worden ist. Aus diesem Grund scheint die damalige Feststellung, dass Harley-Davidson einen eigenen sachlich relevanten Markt darstellt, für die Zwecke der vorliegenden Beurteilung als nicht sachgerecht.

Fazit

125. Harley-Davidson mag es zwar gelungen sein, aufgrund einer geschickten Imagekampagne und Präsenz in Film und Werbung eine erfolgreiche Produktdifferenzierungsstrategie betrieben zu haben und somit einen besonderen Markenwiedererkennungswert bei den Konsumenten geschaffen zu haben. Dennoch stellt Harley-Davidson keinen eigenen Markt dar, sondern dürfte den

Segmenten Cruiser/Chopper, Touring, Sport im Produktmarkt für Motorräder zuzuordnen sein.

126. Die Frage nach der genauen Marktsegmentierung wird vorliegend offen gelassen, da es nicht möglich ist, abschliessend zu klären, in welche etwaigen Unterkategorien von Touring, Sport und Cruiser die Harley-Davidson Motorräder einzuordnen wären. Deswegen wird vorliegend von einem sachlich relevanten Markt für Motorräder der Kategorien Sport, Touring und Cruiser/Chopper ausgegangen.

b) Zubehör und Ersatzteile

127. Der Begriff „Zubehör und Ersatzteile“ ist ein Sammelbegriff für alle möglichen technischen und nicht-technischen (An-)Bauelemente von einem Motorrad. Darunter fallen nach gängiger Marktauffassung Teile wie Auspuffanlagen, Blinker, Bremsen, Fussrasten, Kuppelung, Kühlung, Luftfilter etc. Es wird davon ausgegangen, dass die Marktgegenseite, somit die Endkunden,

³⁹ Siehe auch: <http://money.cnn.com/2012/10/03/autos/harley-davidson-polaris.fortune/index.html>.

⁴⁰ Angaben beruhen auf der Statistik von motosuisse abrufbar unter: <www.motosuisse.ch> unter Statistik > Statistik 2012 > Neuzulassungen Motorräder nach Marken.

⁴¹ Vorabklärung Vertretung „Harley-Davidson“, VKKP/Heft 1a/1992/f und VKKP/Heft 1a/1993/b), 1992/2: „La marque de motos Harley-Davidson jouit d'une grande réputation et forme un monde à part dans l'univers des motards. La marque doit donc être considérée comme un marché à prendre en considération autonome.“

bei Bedarf von Zubehör und Ersatzteilen von Motorrädern potenziell auf die Gesamtheit der dahinterstehenden Produkte zurückgreift. Zudem wird das gesamte Portfolio von Zubehör und Ersatzteilen von den Herstellern angeboten. Eine weitere Segmentierung von Zubehör und Ersatzteile in die jeweiligen einzelnen Unterkategorien ist für die vorliegende Vorabklärung nicht zweckdienlich und wird deshalb offen gelassen. Im Folgenden wird deshalb der sachlich relevante Markt für Zubehör und Ersatzteile als Gesamtmarkt aller technischen und nicht-technischen (An)Bauelemente eines Motorrads betrachtet.

128. Die Original Harley-Davidson Zubehör und Ersatzteile stellen aufgrund ihrer Austauschbarkeit mit gleichwertigen Produkten anderer Hersteller keinen eigenen Markt dar. Sie unterscheiden sich nicht hinsichtlich Funktionalität, Qualität oder Preis. Aus diesem Grund werden Original Harley-Davidson Zubehör und Ersatzteile dem Markt für Zubehör und Ersatzteilen in seiner Gesamtheit zugeordnet. Hinzu kommt, dass auf Nachfrage bei Garagisten die Harley-Davidson Motorradinhaber bevorzugt auf nicht-original Zubehörteile zurückgreifen, um ihr Motorrad zu individualisieren oder Kosten zu sparen bei gleichwertiger Qualität.

c) *Accessoires und Motorradbekleidung*

129. Gemäss den verschiedenen Angeboten der Hersteller von Accessoires versteht man unter diesem Begriff eine Ansammlung von nicht-technischen Gegenständen, welche ein Motorrad in modischer Hinsicht ergänzen bzw. einen nebensächlichen Gegenstand, welchen man aufgrund von persönlichen Vorlieben und Wünschen gerne besitzen möchte. Unter „Accessoires“ findet man Gegenstände wie Abdeckplanen, Messer, Gepäckträger, Satteltaschen, Kugelschreiber, Gürtelschnallen, Taschenlampen, Pins, Zierembleme, etc. Auch hier kann im Sinne einer Arbeitshypothese eine weitergehende Segmentierung in engere sachliche Märkte unterlassen werden, da es keinen Einfluss auf das Ergebnis der vorliegenden Abklärungen hat. Der sachlich relevante Markt für Original Harley-Davidson Accessoires wird deshalb im oben genannten Sinne abgegrenzt. Die Original Harley-Davidson Accessoires stellen aufgrund ihrer Austauschbarkeit mit gleichwertigen Produkten anderer Hersteller keinen eigenen Markt dar. Sie unterscheiden sich nicht hinsichtlich Funktionalität, Qualität oder Preis. Aus diesem Grund werden Original Harley-Davidson Accessoires dem Markt für Accessoires in seiner Gesamtheit zugerechnet.

130. Unter Motorradbekleidung fallen nach marktüblicher Auffassung alle Kleidungsstücke, welche man üblicherweise zum Motorradfahren braucht. Demnach sind Stiefel, Helme, Handschuhe, Jacken und Hosen darunter zu finden. Für die Zwecke der vorliegenden Vorabklärung kann auf eine weitere Segmentierung verzichtet werden, da eine engere Abgrenzung keinen Einfluss auf das Ergebnis hat. Als sachlich relevanter Markt für Motorradbekleidung wird deshalb von einem Gesamtmarkt aller Kleidungsstücke im oben genannten Sinne ausgegangen. Die Original Harley-Davidson Motorradbekleidung stellt aufgrund ihrer Austauschbarkeit mit gleichwertigen Produkten anderer Hersteller keinen eigenen Markt dar. Sie unterscheiden sich nicht hinsichtlich

Funktionalität, Qualität oder Preis. Aus diesem Grund wird Original Harley-Davidson Motorradbekleidung dem Markt für Motorradbekleidung in seiner Gesamtheit zugerechnet.

B.3.2.3.1.2. Räumlich relevanter Markt

131. 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, der hier analog anzuwenden ist).

132. Harley-Davidson Motorräder werden in der Schweiz über 19 offizielle Harley-Davidson-Händler vertrieben. Es ist anzunehmen, dass die Schweizer Konsumenten vornehmlich bei ihrem nächstgelegenen Harley-Davidson-Händler ihr Motorrad kaufen werden. Dass ein gewisser Import aus dem angrenzenden Ausland und weiteren EU-Ländern besteht, mag zwar auf eine unter Umständen weitere räumliche Abgrenzung als einer lediglich nationalen hindeuten, die genaue räumliche Abgrenzung kann aber vorliegend offen gelassen werden.

133. Gleiches gilt mit Bezug auf Ersatzteile und Zubehör sowie Accessoires und Motorradbekleidung.

134. Für die Zwecke der vorliegenden Beurteilung wird im Folgenden (mindestens) von einem nationalen Markt ausgegangen.

B.3.2.3.2. Intra-brand-Wettbewerb

135. Zur Analyse des Ausmasses an Wettbewerb zwischen Anbietern von Harley-Davidson Motorrädern, Zubehör und Ersatzteilen sowie Accessoires und Motorradbekleidung wird geprüft, ob Parallelimporte von diesen Produkten in genügendem Umfang getätigt wurden bzw. hätten getätigt werden können, um disziplinierend auf das Wettbewerbsgeschehen zu wirken. Hierzu wird untersucht, ob überhaupt eine Arbitragemöglichkeit gegeben war und ob Parallelimporte tatsächlich getätigt wurden. Möglicherweise herrscht auf dem Schweizer Markt zwischen den Anbietern von Harley-Davidson Motorrädern, Zubehör und Ersatzteilen sowie Accessoires und Motorradbekleidung unabhängig von allfälligen Parallelimporten ein intensiver Wettbewerb. Dieser Frage wird in Abschnitt B.3.2.3.3 nachgegangen. Wie bereits erwähnt (Rz 99), wird die Nachfrage von den Harley-Davidson-Händlern hinsichtlich Motorräder vom Nachfrageverhalten der Endkunden abgeleitet (abgeleitete Endnachfrage). Daher fokussiert die nachfolgende Analyse auf die Endkunden.

B.3.2.3.2.1. Arbitragemöglichkeit

a) *Motorräder*

136. Zunächst stellt sich die Frage, ob es sich für die Endkunden von Harley-Davidson Motorrädern wirtschaftlich lohnt, Motorräder parallel zu importieren. Wenn Arbitragemöglichkeiten bestehen, welche Schweizer Endkonsumenten ausnützen möchten, dies infolge des Exportverbots jedoch nicht können, wirkt sich das Exportverbot negativ auf die Direktimportmöglichkeiten aus. Deshalb ist abzuklären, ob für Schweizer Endkunden Anreize bestehen, aufgrund bestehender Preisdifferen-

zen zum Ausland Harley-Davidson Motorräder (parallel oder direkt) zu importieren.

137. Ein Preisvergleich mit fünf verschiedenen Harley-Davidson-Modellen zwischen der Schweiz, Deutschland

und dem Vereinigten Königreich hat einen Wechselkurs- und mehrwertsteuerbereinigten Preisunterschied von bis zu 27 % im Vergleich zu den Schweizer Preisen ergeben. Es ergab sich folgendes Bild:

Tabelle 10: Preisspiegel Schweiz-Deutschland-Vereinigtes Königreich (Preise 2012)

Harley-Davidson Modell	Preis-CH (ohne MwSt. 8%)	Preis-D (ohne MwSt. 19 %)	Preis-D - Wechselkursbereinigt (Jahresmittelwert 2012: 1.2076)	Differenz in % (Basis CH)	Preis-UK (ohne MwSt. 20%)	Preis-UK - Wechselkursbereinigt (Jahresmittelwert 2012: 1.4759)	Differenz in % (Basis CH)
Nightster	12'420 CHF	8'096 €	9'777 CHF	21	6'319 £	9'326 CHF	25
Iron 883	10'304 CHF	6'578 €	7'944 CHF	23	5'359 £	7'909 CHF	23
Road King Classic	28'336 CHF	18'059 €	21'808 CHF	23	13'919 £	20'543 CHF	28
CVO Street Glide	42'320 CHF	26'969 €	32'568 CHF	23	20'959 £	30'933 CHF	27
Night Rod Special	21'436 CHF	13'199 €	15'939 CHF	26	10'799 £	15'938 CHF	26

Quelle: Preisangaben gemäss offizieller Harley-Davidson Homepage; Jahresmittelwerte: <http://www.oanda.com/lang/de/currency/historical-rates/>

138. Um aber die Wirtschaftlichkeit eines Imports marktgerecht zu beurteilen, muss man alle mit einem möglichen Import zusammenhängenden Kosten mitberücksichtigen.

139. Aufgrund länderspezifischer gesetzlicher Vorschriften im Zusammenhang mit der Immatrikulation von Fahrzeugen vor der Zulassung eines im Ausland erworbenen Fahrzeuges in der Schweiz ist unter Umständen eine sogenannte Homologation vorzunehmen, was mit zusätzlichen Kosten verbunden wäre. Bezüglich der Einfuhr von Strassenmotorfahrzeugen heisst es auf der Webseite der Eidgenössischen Zollverwaltung:

„Für die Zulassung in der Schweiz müssen die Fahrzeuge den Bestimmungen über Bau und Ausrüstung entsprechen. Eine EG-Übereinstimmungsbescheinigung (Certificate of Conformity, kurz CoC) erleichtert die Inverkehrsetzung ohne Lärm- und Abgastest.“⁴²

140. Im Folgenden wird auf die Kosten im Zusammenhang mit Importen in die Schweiz eingegangen.

Importe aus der EU

141. Da es eine solche EG-Übereinstimmungsbescheinigung⁴³ für Harley-Davidson Motorräder aus dem EU-Raum gibt, bedarf es bei einer Einfuhr aus der EU keiner Lärm- oder Abgastests.

142. Hinsichtlich der Zollgebühren muss bei einem Import eines Motorrads mit einer Gebühr von CHF 37.- je 100 kg brutto gerechnet werden.⁴⁴ Bei einem maximalen Gewicht eines Harley-Davidson Motorrads von 400kg würden somit CHF 148.- anfallen.

143. Die sogenannten Überführungskosten fallen in der Schweiz genauso an wie im umliegenden Ausland. Diese Kosten, welche für den Versand des Produkts vom Hersteller an den Händler anfallen, werden in den meisten Fällen an die Kunden weitergegeben. In Deutschland betragen die Überführungskosten ca. EUR 400.- In der Schweiz liessen sich die Überführungskosten nicht ermitteln, sind aber in den meisten Fällen bereits in den Endverkaufspreis integriert.

144. Aufgrund eines durchschnittlichen Nettopreisunterschieds in Höhe von 21 % - 29 % (vgl. Tabelle 10) zwischen den Preisen aus der EU und der Schweiz, sind die mit einem Kauf im EU-Ausland verbundenen Zusatzkosten (Transport, Zoll) als nicht kaufentscheidend relevant zu werten. Bei einem Kauf eines Harley-Davidson-Motorrades im benachbarten Ausland ist zudem ohne Weiteres denkbar, dass der Kunde das Fahrzeug selber abholt und nicht transportieren lässt.

Importe aus den USA

145. Bei einer Einfuhr aus den USA ist neben den unter Umständen notwendigen Lärm- und Abgastests noch der anfallende Transportpreis zu beachten. Gemäss Auskunft des Dynamic Test Centers (DTC), fallen bei

⁴² <www.ezv.admin.ch/zollinfo_privat/00417/00419/>.

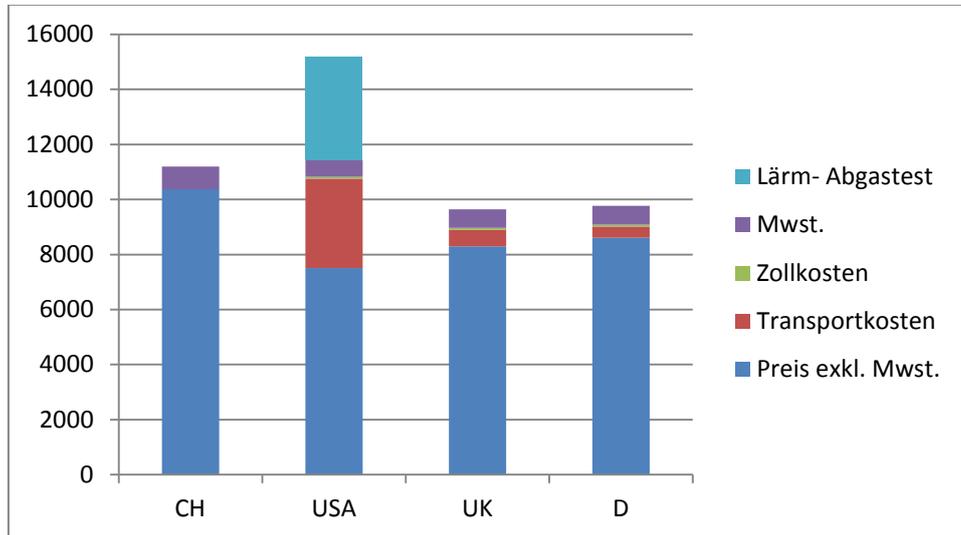
⁴³ Die EG-Übereinstimmungsbescheinigung wird vom Händler ausgestellt und gibt technische Details und Merkmale des Kraftfahrzeugs resp. Motorrad an.

⁴⁴ <www.ezv.admin.ch/zollinfo_privat/00417/00419/>.

einem Lärm- und Abgastest CHF 3'735.- exkl. Mehrwertsteuer an.⁴⁵ Ein Motorradtransport aus den USA in die Schweiz kostet gemäss Informationen der DHL ab CHF 3250.-.⁴⁶ Ein Transport von Deutschland in die Schweiz kostet gemäss Internetinformationen verschiedener Transportunternehmen ca. CHF 400.- und vom Vereinigten Königreich nach Deutschland ca. CHF 600.-.⁴⁷ Die noch hinzukommenden Mehrwertsteuerkos-

ten in Höhe von 8% des Kaufpreises komplettieren dann die Importkosten, mit welchen man bei der Einfuhr eines Motorrads aus den USA rechnen muss. Diese Kosten hingegen sind kaufentscheidend relevant und egalieren unter Umständen, je nach Preisdifferenz zwischen einer Harley-Davidson aus den USA und einer solchen aus der Schweiz den Wechselkursvorteil wieder (vgl. Tabellen unten).

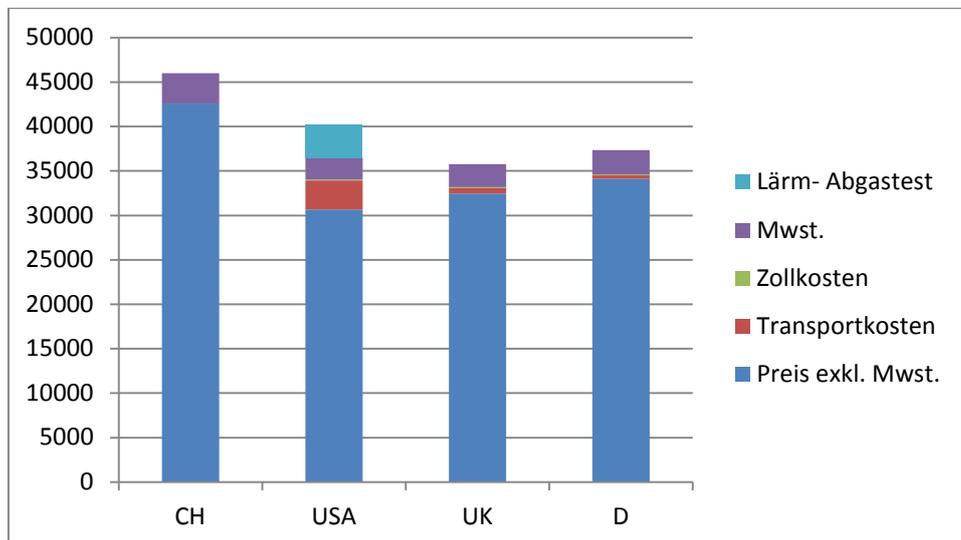
Tabelle 11: Länderspezifische Preise einer Harley-Davidson Iron 883 (2012 Modell)



(Alle Preise von 2012 und in Schweizer Franken)

Quelle: Preisangaben gemäss offizieller Harley-Davidson Homepage des jeweiligen Landes; Zollkosten vgl. Fn 44; Transportkosten vgl. Rz 145; Kosten für Lärm-Abgastest gemäss Angaben des Dynamic Test Centers (vgl. Fn 45).

Tabelle 12: Länderspezifische Preise einer Harley-Davidson CVO Street Glide (2012 Modell)



(Alle Preise von 2012 und in Schweizer Franken)

Quelle: Preisangaben gemäss offizieller Harley-Davidson Homepage des jeweiligen Landes; Zollkosten vgl. Fn 44; Transportkosten vgl. Rz145; Kosten für Lärm-Abgastest gemäss Angaben des Dynamic Test Centers (vgl. Fn 45).

⁴⁵ Dynamic Test Center, Preisliste abrufbar unter http://www.dtc-ag.ch/site/fileadmin/download/mu/MU_201_ex_d.pdf.

⁴⁶ Vgl. <http://www.dhl.ch/de/logistik/frachttransport/motorradtransporte/tarife.html>.

⁴⁷ Z.B.: <http://www.wallner-motorradlogistik.de/html/preise.html>, besucht am 13.08.2013; <http://www.uship.com/de/motorradimport/>, besucht am 13.08.2013.

146. Aus diesem Grund kann man trotz der grossen Nettopreisdifferenzen nicht pauschal annehmen, dass die Motorräder aus den USA generell günstiger seien als solche, die man in der Schweiz kauft. Man muss hierbei die anfallenden Importkosten mitberücksichtigen. Unter Berücksichtigung des möglichen, weitaus schnelleren und bedeutend kostengünstigeren Imports aus dem EWR, ist der Kauf eines Motorrads im angrenzenden EU-Ausland womöglich attraktiver als derjenige aus den USA (vgl. Tabellen 11 und 12 sowie 10).

Fazit

147. Zusammenfassend lässt sich aus den obigen Ausführungen festhalten, dass es sich für die Schweizer Konsumenten finanziell nicht lohnt Harley-Davidson Motorräder aus den USA einzukaufen. Hingegen bestehen erhebliche finanzielle Anreize ein Harley-Davidson Motorrad aus dem europäischen Ausland zu importieren.

148. Anzumerken bleibt zudem, dass gemäss telefonischen Auskünften durch die DHL diejenigen Kunden, welche ein Motorrad aus den USA importieren wollen, sich der grossen Kostenunterschiede bewusst sind und deshalb, gemäss Schätzung der DHL, weniger als 1% der durch die DHL aus den USA importierten Harley-Davidson Motorräder Neufahrzeuge sind. Vielmehr handelt es sich in den meisten Fällen um Occasionen bzw. Raritäten, welche man in Europa nicht findet. Auf die Importquoten wird nachfolgend eingegangen (vgl. Rz 157 ff.).

b) Zubehör und Ersatzteile sowie Accessoires und Motorradbekleidung

149. Bezüglich Zubehör und Ersatzteilen sowie Accessoires und Motorradbekleidung kann festgehalten werden, dass auch hier keine kaufentscheidrelevanten Arbitragemöglichkeiten bestehen.

150. Hinsichtlich Original-Zubehör und Ersatzteile für Harley-Davidson Motorräder existieren in der Schweiz als auch im EWR eine gross Anzahl möglicher Bezugsquellen.⁴⁸ Darüber hinaus werden Original-Ersatzteile und Zubehör für Harley-Davidson Motorräder auch von nicht-offiziellen Händlern in der Schweiz angeboten (vgl. Rz 49).

151. Ein Preisvergleich zwischen der Schweiz, Deutschland, dem Vereinigten Königreich sowie den USA hat gezeigt, dass es keine bedeutenden Unterschiede zwischen der Schweiz und dem europäischen Ausland gibt. Im Vergleich zu den Preisen aus den USA hingegen konnte ein signifikanter Preisunterschied für Zubehör und Ersatzteile festgestellt werden.

⁴⁸ Neben den 19 offiziellen Händlern in der Schweiz, die offiziellen Händler in Deutschland bzw. weiteren EU-Ländern, darunter z.B.: <http://www.hd-augsburg.de/store/store.php>; <http://shop.thunderbike.de/H-D-Original-Zubehoer/>; <http://www.shop-harley-dresden.com/information/liefer-und-versandkosten.html>.

Tabelle 13: Länderspezifische Preise (inkl. MwSt.) für Original Harley-Davidson Zubehör

H-D Ersatzteil	Deutschland (1.2076)	Schweiz	UK (1.4759)	US (0,9143)
Motorabdeckung (Art.-Nr. 25213-04)	672,70 € (812,35 CHF)	845,38 CHF	520,07£ (767,57 CHF)	439,95\$ (402,25 CHF)
Sport- Gepäckträger (Art.- Nr. 53862-00)	165,89€ (200,33 CHF)	200,78 CHF	132,28£ (195,23 CHF)	134,95\$ (123,38 CHF)
Tour-Pak Einbaukit (Art.-Nr. 90067-06)	491,65 € (593,72 CHF)	595,05 CHF	392,02 £ (578,58 CHF)	399,95\$ (365,31 CHF)
Windschutzscheibe (Art.-Nr. 57838-08)	387,15 € (467,52 CHF)	468,59 CHF	308,70£ (455,61 CHF)	314,95\$ (287,96 CHF)
Custom-Spiegel (Art.-Nr.91696-05A)	122,87 € (148,37 CHF)	148,71 CHF	97,97£ (144,59 CHF)	99,95\$ (91,38 CHF)
Schwinge-Chrom (Art.-Nr. 48458-10)	430,19 € (519,50 CHF)	520,60 CHF	343£ (506,23 CHF)	349,95\$ (319,96 CHF)
Radfelge (Art.-Nr. 47835-10)	921,89 € (1113,27 CHF)	1115,78 CHF	735,07£ (1084,79 CHF)	749,95\$ (685,68 CHF)

Quelle: Preisangaben 2013 gemäss offizieller Harley-Davidson Homepage des jeweiligen Landes

152. Generell kann man aber auch festhalten, dass die Preise aus dem europäischen Ausland konstant günstiger sind als die Schweizer Preise und dieser Unterschied noch grösser wird, sobald man von Mehrwertsteuerbereinigten Preisen ausgeht. Für den Schweizer Konsumenten lohnt es sich deshalb finanziell durchaus, Original Harley-Davidson Zubehör- und Ersatzteile in den Nachbarländern einzukaufen.

153. Hinsichtlich den Preisunterschieden bei Accessoires und Motorradbekleidung zeichnet sich ein ähnliches Bild ab. Die nachfolgende Tabelle gibt einen exemplarischen Überblick über die Preissituation in der Schweiz im Vergleich zu Deutschland, dem Vereinigten Königreich sowie den USA:

Tabelle 14: Länderspezifische Preise (inkl. MwSt.) für Original Harley-Davidson Accessoires und Motorradbekleidung

H-D Ersatzteil	Deutschland (1.2076)	Schweiz	UK (1.4759)	US (0,9143)
Lederjacke (Art.- Nr. 98118-08VM)	574,33 € (693,56 CHF)	698,67 CHF	485,68 £ (716,82 CHF)	450\$ (411,44 CHF)
Lederjacke (Art.- Nr. 98002-11VM)	574,33 € (693,56 CHF)	698,67 CHF	458,69 £ (676,98 CHF)	425\$ (388,58 CHF)
Lederhandschuhe (Art.-Nr. 98210- 13VM)	114,87 € 138,72 CHF)	139,73 CHF	97,14 £ (143,37 CHF)	90\$ (82,29 CHF)
Lederweste (Art.- Nr. 98066-13VM)	287,16 € (346,77 CHF)	349,34 CHF	242,83 £ (358,40 CHF)	225\$ (205,72 CHF)

H-D Ersatzteil	Deutschland (1.2076)	Schweiz	UK (1.4759)	US (0,9143)
Tasche (Art.-Nr. 98320-08VM)	264,35 € (319,23 CHF)	322,75 CHF	210,46 £ (310,62 CHF)	195\$ (178,29 CHF)

Quelle: Preisangaben 2013 gemäss offizieller Harley-Davidson Homepage des jeweiligen Landes

154. Aufgrund der vorstehenden Übersicht zeigt sich, dass zwischen der Schweiz und den USA ein erheblicher Preisunterschied herrscht, wohingegen das Preisniveau innerhalb Europas angeglichen scheint.

Fazit

155. Bei den Original-Zubehör- und Ersatzteilen als auch bei Accessoires und Motorradbekleidung besteht ein grosser Preisunterschied und somit ein mögliches Arbitragepotenzial für die Schweizer Kunden zwischen bzw. bei den jeweiligen Produkten aus den USA und denjenigen aus der Schweiz. Hingegen ist das Preisniveau zwischen dem EWR und der Schweiz praktisch gleich, obwohl sich eine Tendenz zu etwas günstigeren Preisen im EWR abzeichnet.

B.3.2.3.2.2. Parallelimporte

156. Unter diesem Titel wird geprüft, in welchem Umfang Schweizer Endkonsumenten tatsächlich von den Arbitragemöglichkeiten Gebrauch gemacht und in den U.S.A. Harley-Davidson Motorräder, Zubehör und Ersatzteile sowie Accessoires und Motorradbekleidung gekauft haben.

a) Motorräder

157. Das Sekretariat hat von der Oberzolldirektion die Einfuhrstatistiken von Harley-Davidson Motorrädern für die Jahre 2010, 2011 und 2012 erhalten. Gestützt auf diese Statistiken lassen sich die genauen Importdetails (Ursprungsland, Versandland, Importeur und Spediteur) nachvollziehen. Die Analyse für die Jahre 2010, 2011 und 2012 hat Folgendes ergeben:

Tabelle: 15: Importstatistiken von Harley-Davidson Motorrädern 2010-2012

	2010 (Angaben in Stück)	2010 (Angaben in %)	2011 (Angaben in Stück)	2011 (Angaben in %)	2012 (Angaben in Stück)	2012 (Angaben in %)
Importe (total)	3006	100	3544	100	3753	100
Importe von H-D Switzerland	2861	95,2	3092	87,2	3269	87,1
Importe von Privaten/ Unternehmen	145	4,8	452	12,8	484	12,9
Importe von Privaten/ Unternehmen aus den USA	70	2,3	137	3,9	104	2,8
Importe von Privaten/ Unternehmen aus der EU	75	2,5	315	8,9	375	10

Quelle: Importstatistiken der Oberzolldirektion

2010

158. Im Jahr 2010 wurden insgesamt 3'006 Motorräder der Marke Harley-Davidson in die Schweiz eingeführt. Davon wurden 2'861 Motorräder von Harley-Davidson Switzerland GmbH importiert. Die restlichen 145 Motorräder wurden von Privatpersonen oder anderen Unternehmen, welche im Motorradhandel tätig sind, importiert.

159. Aus den Statistiken lässt sich das Ursprungsland eines jeden Motorrads erkennen und aus welchem Land es schlussendlich importiert wurde (eine Übereinstimmung ist nicht zwingend). Demnach wurden sämtliche Motorräder, welche Harley-Davidson Switzerland GmbH importiert hat, direkt aus den USA geliefert. Von den übrigen 145 Motorrädern wurden 70 Stück direkt aus den USA importiert. Dies entspricht einem Prozentsatz von ca. 2 % vom Gesamtimport von Harley-Davidson Motorrädern in die Schweiz. Die übrigen Motorräder wurden aus dem europäischen Ausland importiert. Insgesamt betrachtet wurden ca. 4,8 % der Harley-Davidson Motorräder von Privaten bzw. unabhängigen Unternehmen in die Schweiz eingeführt.

2011

160. Im Jahr 2011 wurden insgesamt 3'544 Motorräder der Marke Harley-Davidson in die Schweiz eingeführt. Davon wurden 3'092 Motorräder von Harley-Davidson Switzerland GmbH importiert. Die restlichen 452 Motorräder wurden von Privatpersonen oder anderen Unternehmen, welche im Motorradhandel tätig sind, importiert.

161. Wiederum wurden sämtliche Motorräder, welche Harley-Davidson Switzerland GmbH importiert hat, direkt aus den USA geliefert. Von den übrigen 452 Motorrädern wurden 137 Stück direkt aus den USA importiert. Dies entspricht einem Prozentsatz von ca. 3,9 % vom Gesamtimport von Harley-Davidson Motorrädern in die Schweiz. Die übrigen Motorräder wurden aus dem europäischen Ausland importiert. Insgesamt betrachtet wurden ca. 12,8 % der Harley-Davidson Motorräder von Privaten bzw. unabhängigen Unternehmen in die Schweiz eingeführt.

2012

162. Im Jahr 2012 wurden insgesamt 3'753 Motorräder der Marke Harley-Davidson in die Schweiz eingeführt. Davon wurden 3'269 Motorräder von Harley-Davidson Switzerland GmbH importiert. Die restlichen 484 Motorräder wurden von Privatpersonen oder anderen Unternehmen, welche im Motorradhandel tätig sind, importiert.

163. Von den 3'269 Motorrädern wurden 275 Motorräder von Harley-Davidson Switzerland GmbH direkt aus den USA importiert. Die restlichen Motorräder importierte Harley-Davidson Switzerland GmbH über Belgien in die Schweiz. Von den 484 Motorrädern, welche von Privatpersonen bzw. unabhängigen Unternehmen importiert wurden, kamen 104 Stück direkt aus den USA. Dies entspricht einem Prozentsatz von ca. 2,8 % vom Gesamtimport von Harley-Davidson Motorrädern in die Schweiz. Die übrigen Motorräder wurden aus dem europäischen Ausland importiert. Insgesamt betrachtet wurden ca. 12,9 % der Harley-Davidson Motorräder von

Privaten bzw. unabhängigen Unternehmen in die Schweiz eingeführt.

164. Die Importe von Harley-Davidson Motorrädern haben in den Jahren 2010 – 2012 gesamthaft betrachtet zugenommen. Der prozentuale Anstieg von Einfuhren von Harley-Davidson Motorrädern durch Privatpersonen bzw. unabhängige Unternehmen betrug 8,1 % zwischen 2010 (4,8 %) und 2012 (12,9 %). Zwischen dem Jahr 2011 und 2012 ging der direkte Import aus den USA durch Privatpersonen bzw. unabhängige Unternehmen um 1,1 % zurück. Hingegen stieg der Import von Harley-Davidson Motorrädern aus dem europäischen Ausland von insgesamt 315 Motorrädern auf 375 Motorrädern, was einen Anstieg von 19 % bedeutet.

165. Insgesamt wurden 2011 in der Schweiz 23'088 Motorräder neuimmatrikuliert (vgl. Statistik motosuisse⁴⁹). Die in jenem Jahr direkt aus den USA importierten Harley-Davidson Motorräder durch Privatpersonen bzw. unabhängige Unternehmen (insgesamt 137 Stück) machen ca. 0,6 % der gesamten Neuzulassungen in der Schweiz aus. Dies entspricht einem Anteil von 4 % mit Bezug auf die Zulassungen von Harley-Davidson Motorrädern in der Schweiz. Für das Jahr 2012 lässt sich ebenfalls festhalten, dass die in jenem Jahr direkt aus den USA importierten Harley-Davidson Motorräder durch Privatpersonen bzw. unabhängige Unternehmen (insgesamt 104 Stück) auch nur 0,4 % vom Gesamtmarkt für Neuzulassungen in der Schweiz ausmachen. In Relation zu den Neuzulassungen von Harley-Davidson Motorrädern in der Schweiz bedeutet dies wiederum einen Anteil von ca. 2,9 %. Es ergibt sich somit folgendes Bild:

⁴⁹ <www.motosuisse.ch/de/index.html> unter Statistik > Statistik 2011.

Tabelle 16: Neuzulassungen Motorräder 2010-2012 in der Schweiz

	2010 (Angaben in Stück)	2010 (Angaben in %)	2011 (Angaben in Stück)	2011 (Angaben in %)	2012 (Angaben in Stück)	2012 (Angaben in %)
Neuzulassungen in der CH (total)	19882	100	23088	100	23464	100
Neuzulassungen H-D	2839	14,3	3427	14,8	3612	15,4
Importe aus den USA durch Private/ Unternehmen	70	0,4	137	0,6	104	0,4
Importe aus der EU durch Private/ Unternehmen	75	0,4	439	1,9	375	1,6
Importe von Occasionen aus den USA durch Private	29	0,2 (41 von Importen aus USA)	36	0,2 (26 von Importen aus den USA)	40	0,2 (39 von Importen aus den USA)

Quelle: Statistiken von motosuisse; Importstatistiken Oberzolldirektion

166. Aus den Zollinformationen ist zum Teil ersichtlich, ob die eingeführten Harley-Davidson Motorräder als Neuwaren oder als Occasionen eingeführt worden sind. Im Jahr 2010 lag der Anteil von Occasionseinfuhren aus den USA in die Schweiz durch Private bei 41 %, gemessen an den Gesamteinfuhren von Motorrädern aus den USA durch Private in die Schweiz. Im Jahr 2011 betrug dieser Anteil 27 % und im Jahr 2012 39 %. Es ist aber nicht auszuschliessen, dass der Anteil von Occasionsimporten noch höher gewesen sein könnte, da die Zollangaben hinsichtlich der Warenbezeichnung nicht einheitlich sind.

167. Hinsichtlich dem Verkauf von Occasionen durch Harley-Davidson-Händler in den USA bestehen keine Einschränkungen durch die Harley-Davidson Inc. Die amerikanischen Vertriebsverträge schliessen demnach diejenigen Motorräder von dem Exportverbot aus, welche bereits in der Vergangenheit auf einen Kunden in den USA registriert worden sind. Somit wird knapp die Hälfte der importierten Motorräder nicht vom Exportverbot tangiert.

168. Daneben hat das Sekretariat bei mehreren Privatpersonen Informationen bezüglich der Einfuhr ihrer Harley-Davidson Motorräder eingeholt. Diese Umfrage von 10 zufällig ausgewählten Privatpersonen hat bestätigt, dass die Motivation der Einfuhr nicht der grosse Preisunterschied zwischen den USA und der Schweiz ist, sondern dass vielmehr Motorräder importiert worden sind, welche auf dem Schweizer und europäischen Markt nicht vorhanden sind. Mit anderen Worten wird schätzungsweise jedes zweite Motorrad aus den USA in die Schweiz importiert, da das gesuchte Modell nur in den USA existiert. Auf die Frage, ob sich denn heute ein Import von neuen Harley-Davidson Motorrädern aus den USA finanziell lohnen würde, gab die Mehrheit der befragten Personen an, dass sich ein solcher aufgrund der

gesunkenen Preise von Harley-Davidson Motorrädern in der Schweiz (wie auch in Europa) und die mit einem Import verbundenen Zusatzkosten (Transport, Versicherung, Zoll)⁵⁰ heute nicht mehr lohnen würde. Auch die DHL gab auf Nachfrage des Sekretariats an, dass geschätzt weniger als 1 % der importierten Motorräder aus den USA durch Private Neufahrzeuge seien.

169. Der Import von Harley-Davidson Motorrädern ist in den letzten Jahren insgesamt angestiegen (vgl. Tabelle 15), was ein Indiz dafür ist, dass die Schweizer Konsumenten auf billigere Produkte aus dem Ausland ausweichen möchten und dies auch können bzw. tun. Mithin scheint der Parallelimport (vor allem aus dem EWR) von Harley-Davidson Motorrädern zu funktionieren. Das in den USA herrschende Exportverbot für Motorräder scheint somit nicht absolut eingehalten zu werden. Der Rückgang der Parallelimporte aus den USA zwischen 2011 und 2012 im Umfang von 1 % im Unterschied zum Anstieg von 1,8 % aus dem Jahr 2011 im Vergleich zu 2010 kann nicht näher eruiert werden. Gleichzeitig stiegen jedoch auch die Importe aus dem europäischen Ausland zwischen 2010 und 2012 um 1,2 %.

Fazit

170. Nur ein Bruchteil der Harley-Davidson Motorräder, welche in die Schweiz geliefert werden, ist vom Exportverbot aus den USA betroffen. Es handelt sich hierbei ausschliesslich um Neumodelle, welche für die Jahre 2010-2012 durchschnittlich lediglich 2 % der gesamten Importe in die Schweiz ausmachten. Occasionen sind vom Exportverbot ausgenommen.

⁵⁰ Vgl. Ausführungen hierzu oben, Rz 136 ff.

171. Obwohl der Zeitpunkt des Inkrafttretens des Exportverbots für Neufahrzeuge der Marke Harley-Davidson nicht klar ist, kann man davon ausgehen, dass selbst bei einem Wegfall des Exportverbotes die Importzahlen nicht wesentlich ansteigen würden. Diese Vermutung wird durch die Aussagen der befragten Privatpersonen, die Einschätzung durch die DHL sowie die oben dargelegten Kostenstruktur (vgl. Rz 136) gestützt.

172. Es kann somit festgehalten werden, dass Parallelimporte aus den USA nur vereinzelt vorgenommen wurden und das dies nicht eine Auswirkung des bestehenden Exportverbots ist, sondern dass vielmehr die mit einem Import eines Motorrads verbundenen Kosten der Grund für die geringen Importquoten sind.

173. Eine grössere Anzahl Parallelimporte von Motorrädern mit steigender Tendenz findet hingegen aus dem EWR-Raum statt, was sich mit den damit zusammenhängenden finanziellen Vorteilen für Schweizer Kunden erklären lässt.

b) Zubehör und Ersatzteile sowie Accessoires und Motorradbekleidung

174. Es liegen dem Sekretariat weder Importdaten bezüglich Zubehör und Ersatzteile noch über Accessoires oder Motorradbekleidung aus den USA oder dem EWR vor. Auch konnten aufgrund der in die USA versendeten Fragebögen keine Anhaltspunkte für die vorgenommenen Versendungen von Zubehör und Ersatzteilen bzw. Accessoires und Motorradbekleidung gesammelt werden, da die Fragebögen (mit einer Ausnahme) nicht zurückgesendet wurden.

175. Es stellt sich aber generell die Frage, ob Bestellungen von Zubehör und Ersatzteilen bei Händlern aus dem EWR vor dem Hintergrund der Lieferzeit, des vielfältigen Angebots und der verhältnismässig tiefen Transportkosten für Schweizer Endkunden möglicherweise nicht attraktiver sind, als Bestellungen bei US-Händlern. Hinzu kommen auch Sprachbarrieren und Kaufverträge einer fremden Rechtsordnung, welche unter Umständen eine Rolle, bei der Entscheidung in Übersee einzukaufen, spielen.

176. Vor allem mit Blick auf technische Anforderungen der Zubehör- und Ersatzteile, scheint ein Kauf bei US-Händlern vordergründig unwahrscheinlich oder zumindest nicht die Regel zu sein. Es kann nämlich davon ausgegangen werden, dass der Kauf von Zubehör- und Ersatzteilen im Regelfall eine direkte Beratung in einem physischen Laden erfordert und daher von den wenigsten Kunden online nachgefragt wird.

177. Betont sei hingegen, dass Einkäufe von Zubehör und Ersatzteilen in einem Laden in den USA möglich sind und somit ein gewisser Parallelimport theoretisch stattfinden kann. Darüber hinaus bestehen keine Einschränkungen beim Import aus dem EWR in die Schweiz.

178. Bei Accessoires und Motorradbekleidung kann man zunächst anmerken, dass die Preise von Accessoires in vielen Fällen nicht mit den bei einem Einkauf bei einem US-Händler verbundenen Transaktionskosten in einem vernünftigen Verhältnis stehen, weshalb der Import von Accessoires schon deshalb fragwürdig ist. Bei Motorrad-

bekleidung verfügt das Sekretariat über keine Importstatistiken aus den USA in die Schweiz. Ab dem Zeitpunkt jedoch, wo das Exportverbot für Motorradbekleidung in den USA in Kraft getreten ist (1. August 2011) gingen beim Sekretariat vermehrt Anzeigen von Bürgern ein. Diese Tatsache lässt den Schluss naheliegen, dass die Schweizer Konsumenten vor dem Exportverbot u.a. auch aus den USA Motorradbekleidung importiert haben. Es bestand somit eine gewisse Nachfrage nach Parallelimporten aus den USA. Das Exportverbot hinsichtlich Accessoires und Motorradbekleidung beschränkt somit die Möglichkeit der Schweizer Konsumenten diese Produkte aus den USA parallel zu importieren.

179. Betont sei hier jedoch auch noch einmal, dass lediglich Importe aus den USA vom Exportverbot betroffen sind. Die Möglichkeit aus dem EWR Accessoires und Motorradbekleidung in die Schweiz parallel zu importieren ist hiervon nicht betroffen und es bestehen diesbezüglich auch keine Beschränkungen. Der Schweizer Konsument kann somit aus dem EWR importieren.

Fazit

180. Es liegen dem Sekretariat keine Importdaten bezüglich Original-Zubehör- und Ersatzteile sowie Accessoires oder Motorradbekleidung aus den USA vor. Es ist jedoch vorstellbar, dass es sowohl bei den Original-Zubehör- und Ersatzteilen als auch bei den Accessoires und der Motorradbekleidung nur zu einem beschränkten Parallelimport aus den USA gekommen ist.

181. Daneben liegen dem Sekretariat auch keine Importdaten aus dem EWR bezüglich Accessoires oder Motorradbekleidung vor. Jedoch kann davon ausgegangen werden, dass aufgrund des sehr grossen (Online)-Angebots verschiedenster Harley-Händler im europäischen Wirtschaftsraum Parallelimporte durch Schweizer Konsumenten getätigt werden. Gerade Bestellungen bei Anbietern im EWR sind vor dem Hintergrund der Lieferzeit, des vielfältigen Angebots und der verhältnismässig tiefen Transportkosten für Schweizer in der Regel eventuell sogar attraktiver als Bestellungen bei US-Händlern. Aufgrund der fehlenden Informationen kann jedoch vorliegend über den allenfalls vorhandenen disziplinierenden Effekt der Importanteile auf den Intra-brand-Wettbewerb keine abschliessende Aussage gemacht werden.

B.3.2.3.2.3. Fazit

182. Die obigen Ausführungen haben gezeigt, dass Harley-Davidson Motorräder für Endkunden in der Schweiz nicht günstiger aus den USA importiert werden können. Daher besteht kaum Nachfrage nach Parallelimporten aus den USA von neuen Harley-Davidson Motorrädern. Parallelimporte von Harley-Davidson Motorrädern aus dem EWR, welche günstiger sind als die in der Schweiz erhältlichen Modelle, sind ohne Einschränkung zulässig und möglich. Dies zeigt sich insbesondere an den stetig steigenden Importen aus dem EWR.

183. Hinsichtlich Original-Zubehör- und Ersatzteilen sowie Accessoires und Motorradbekleidung hingegen führt das Exportverbot dazu, dass Schweizer Konsumenten von dem erheblichen Arbitragepotenzial zwi-

schen der Schweiz und den USA keinen Gebrauch mehr machen können.

184. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass mit Bezug auf Harley-Davidson Motorräder ein starker Intra-Brand-Wettbewerb zwischen den Händlern aus dem EWR und denjenigen aus der Schweiz besteht. Aufgrund des mangelnden Arbitragepotenzials zwischen den USA und der Schweiz vermag folglich auch ein Exportverbot von Motorrädern aus den USA den Intra-Brand-Wettbewerb nicht zu beeinflussen. Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs hinsichtlich Harley-Davidson Motorräder kann somit widerlegt werden.

185. Auf der anderen Seite kann man von einem bestehenden Intra-Brand-Wettbewerb bei Original-Zubehör- und Ersatzteilen sowie Accessoires und Motorradbekleidung aufgrund eines vorhandenen Arbitragepotenzials zwischen den USA und der Schweiz ausgehen, welcher durch das Exportverbot beschränkt wird. Ob und in welchem Umfang die Importanteile aus dem EWR jedoch einen disziplinierenden Effekt auf den Intra-Brand-Wettbewerb ausüben und allenfalls die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegen, kann vorliegend nicht abschliessend geklärt werden.

B.3.2.3.3. Interbrand – Wettbewerb

186. Zur Analyse des Ausmasses an Wettbewerb zwischen Anbietern von Motorrädern, Zubehör und Ersatz-

teilen sowie Accessoires und Motorradbekleidung wird zunächst der aktuelle Wettbewerb auf den relevanten Märkten untersucht.

B.3.2.3.3.1. Aktueller Wettbewerb

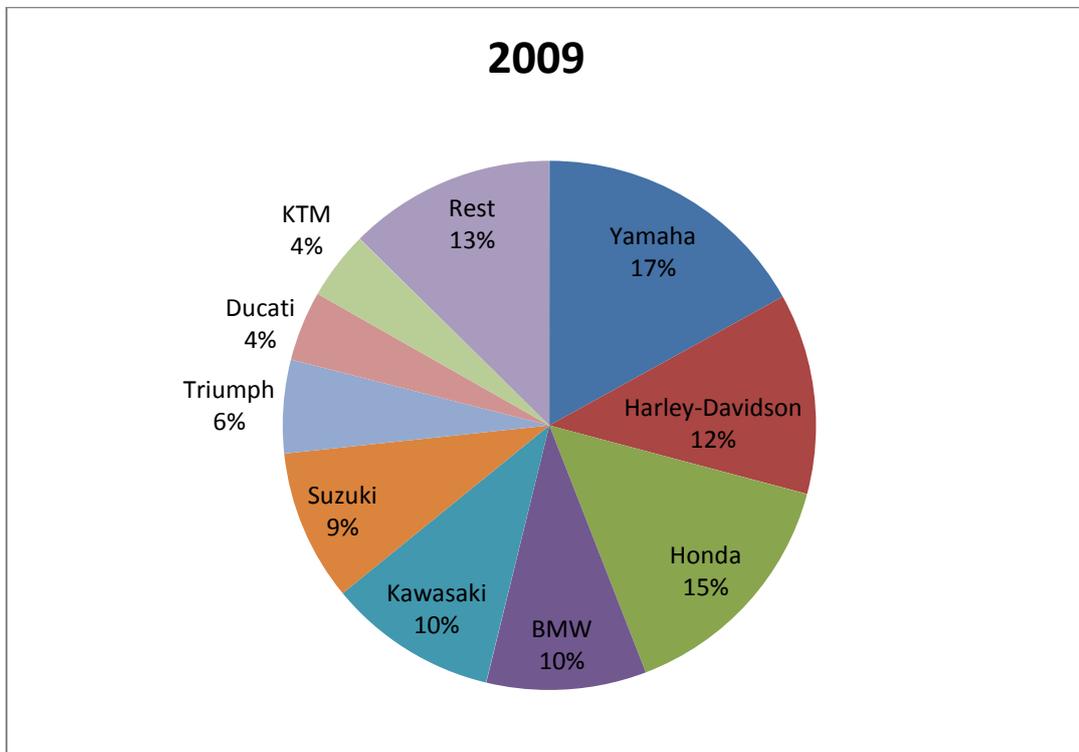
a) Motorräder

187. Ausgangspunkt für eine Beurteilung des aktuellen Wettbewerbs ist die Identifikation der Marktanteile der Wettbewerber auf dem relevanten Markt.

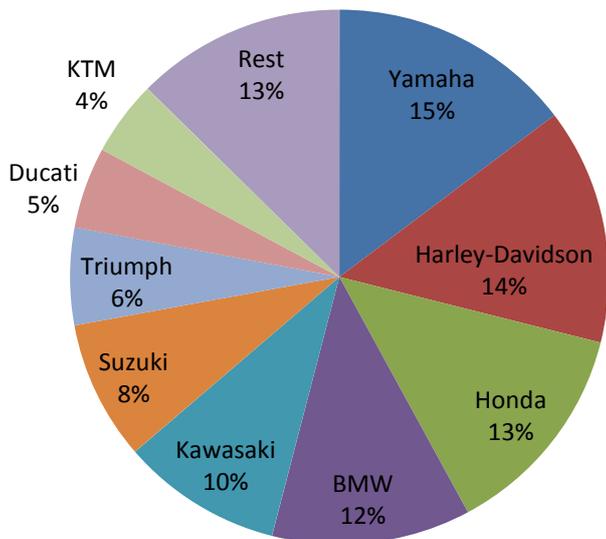
188. Im Markt für Motorräder sind in der Schweiz gemäss den Angaben von motosuisse mehr als 40 Hersteller vertreten. Im Jahr 2012 teilten sich 9 Hersteller (Harley-Davidson, Honda, BMW, Yamaha, Kawasaki, Ducati, KTM, Suzuki und Triumph) 86 % des Marktes in der Schweiz untereinander auf. Insgesamt wurden 2012 23'464 Motorräder neuimmatrikuliert, wovon 3'612 Harley-Davidson Motorräder, 3'462 Honda und 2'877 BMW waren. In den Jahren 2010 bis 2012 hielten die jeweils drei stärksten Marktteilnehmer ungefähr gleich hohe Marktanteile (zwischen 13 und 15 %).

189. Gemäss den jährlich erstellten Statistiken durch die motosuisse ergibt sich auf dem Markt für Motorräder die folgende Marktanteilssituation für die Jahre 2009, 2010, 2011 und 2012:

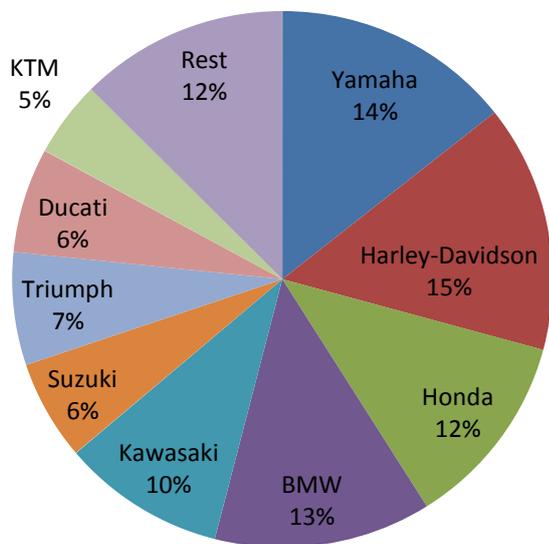
Abbildung 1: Marktanteile von Motorradherstellern in der Schweiz für die Jahre 2009-2012

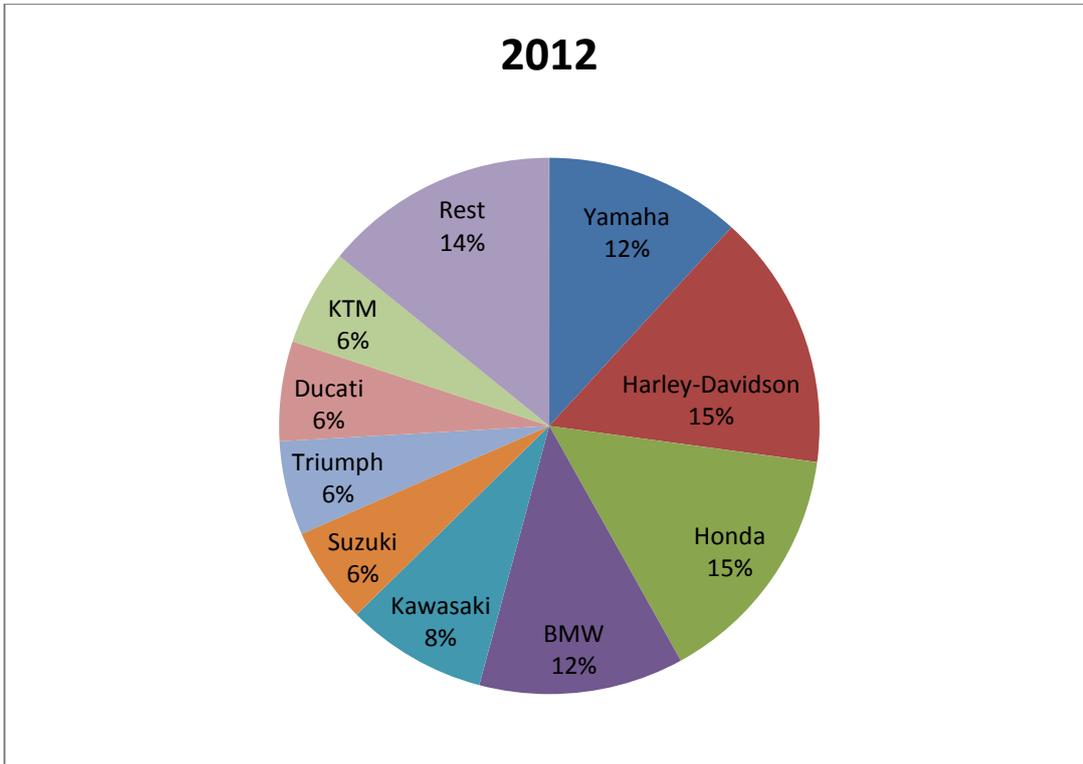


2010



2011

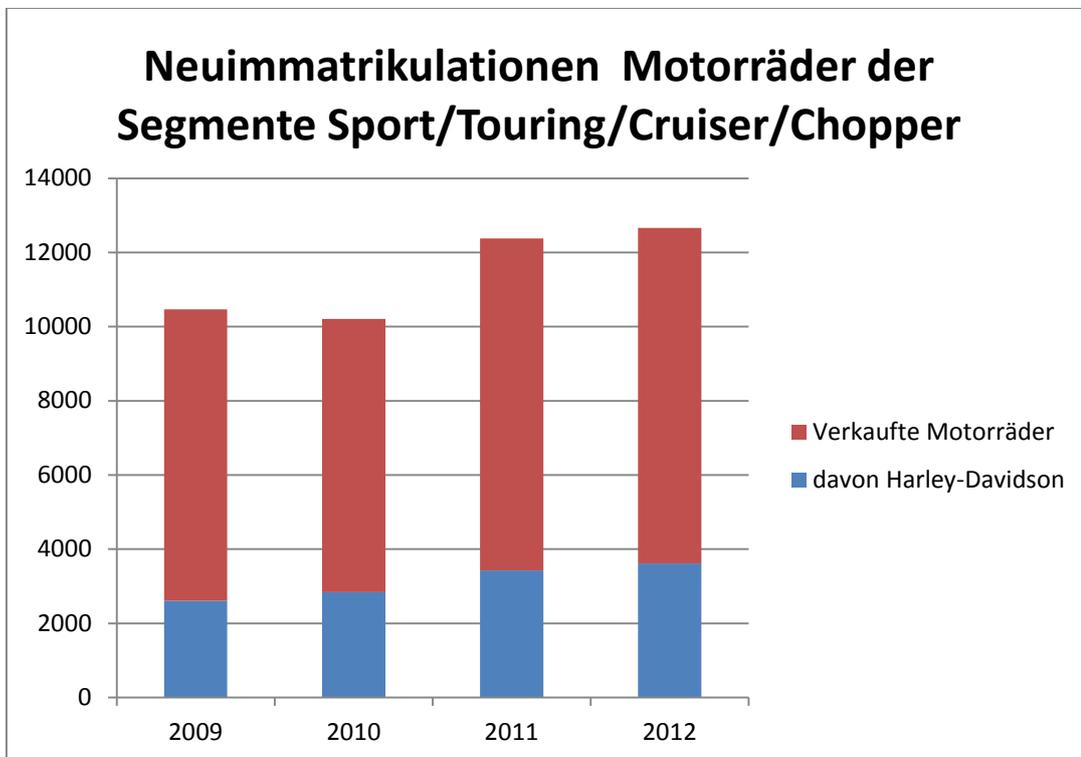




Quelle: motosuisse

190. Von den Neuimmatrikulationen von Motorrädern im relevantem Markt (Sport, Touring und Cruiser (Chopper⁵¹)) entfielen auf Harley-Davidson im Jahr 2009 25 %, 2010 28 %, 2011 29 % und 2012 29 %. Die folgende Tabelle stellt dies grafisch dar:

Tabelle 17: Neuimmatrikulierte Motorräder nach Segmente in der Schweiz



Quelle: motosuisse

⁵¹ Definition gemäss motosuisse (<www.motosuisse.ch> unter typologie > moto-roller typologie): "To chop = abschneiden": Ursprünglich von den "Easy-Rider-Maschinen" abstammende, nur mit dem Nötigsten ausgestattete Maschinen mit kurzem Heck und langer Gabel.

Heute in mannigfacher Form gebaute Motorräder fürs gemütliche Dahingleiten. Einzelsitz oder Stufensitzbank, breiter Lenker, tropfenförmiger Tank. Motor meistens als V2-Zylinder-Triebwerk konzipiert.

Fazit

191. Obwohl Harley-Davidson im relevanten Markt für die Segmente Sport/Touring/Cruiser und Chopper mit Marktanteilen zwischen rund 25–30 % im Zeitraum 2009–2012 über eine starke Marktstellung verfügt, sind auf dem relevanten Markt mehrere Wettbewerber vorhanden, die einen gewissen Druck auf Harley-Davidson ausüben. Auf dem Gesamtmarkt für Motorräder verfügt Harley-Davidson darüber hinaus mit einem Marktanteil von rund 15 % über eine weniger starke Marktstellung. Es ist daher grundsätzlich von funktionierendem aktuellem Interbrand-Wettbewerb auszugehen.

b) Zubehör und Ersatzteile

192. Auf dem Schweizer Markt für Motorrad Zubehör und Ersatzteile sind viele Hersteller vertreten. Neben den Herstellern von Motorrädern, welche Zubehör und Ersatzteile für ihre Motorräder anbieten, welche aber auch für Marken anderer Motorradhersteller genutzt werden können, gibt es noch zahlreiche auf die Herstellung von Motorradersatzteilen und Zubehör spezialisierte Hersteller.⁵² Aufgrund des heute weit verbreiteten Online-Handels ist mit aktuellen Wettbewerbern nicht nur aus der Schweiz, sondern vermutlich auch aus dem nahen bis fernen Ausland zu rechnen.

193. Vor diesem Hintergrund kann man davon ausgehen, dass auf dem relevanten Markt für Zubehör und Ersatzteile eine grosse Anzahl von aktuellen Wettbewerbern vorhanden ist, welche auf Harley-Davidson Wettbewerbsdruck ausüben.

c) Accessoires und Motorradbekleidung

194. Die vorherigen Feststellungen (vgl. Rz 192 f.) treffen auch auf das Angebot von Accessoires und Motorradbekleidung zu.⁵³ Aus diesem Grund lässt sich auch hier festhalten, dass es auf dem relevanten Markt eine grosse Anzahl von aktuellen Wettbewerbern gibt, welche Wettbewerbsdruck auf Harley-Davidson ausüben.

B.3.2.3.3.2. Fazit

195. Die Analyse des aktuellen Wettbewerbs im Bereich Motorräder hat gezeigt, dass Harley-Davidson im Zeitraum 2009–2012 seine Marktstellung in der Schweiz in den Segmenten Sport, Touring, Cruiser und Chopper zwar hat ausbauen können, dass aber auf dem relevanten Markt weiterhin viele Wettbewerber verbleiben, die einen gewissen Druck auf Harley-Davidson ausüben können.

196. Darüber hinaus kann auch ohne die Angabe der genauen Marktanteile bei Zubehör und Ersatzteilen für Motorräder und Accessoires sowie Motorradbekleidung aufgrund der zur Verfügung stehenden Marktinformationen davon ausgegangen werden, dass ein starker aktueller Wettbewerb vorliegt.

B.3.2.4 Zwischenergebnis

197. Die Analyse des aktuellen Wettbewerbs zeigt, dass Harley-Davidson im relevanten Markt für Motorräder mit Marktanteilen von fast 30% über eine starke Marktstellung verfügt. Allerdings sind in diesem Markt eine Vielzahl von aktuellen Wettbewerbern vorhanden. Die Marktstellung von Harley-Davidson auf den relevanten Märkten für Zubehör- und Ersatzteile sowie Accessoires

und Motorradbekleidung ist zwar aufgrund mangelnder Informationen nicht bekannt, jedoch ist auch hier eine Vielzahl von aktuellen Wettbewerbern vorhanden.

198. Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 4 KG kann mit Bezug auf das Exportverbot von Motorrädern durch die Kombination des vorhandenen Intra- und Interbrand-Wettbewerbs umgestossen werden.

199. Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs mit Bezug auf das Exportverbot von Original-Zubehör- und Ersatzteilen sowie Accessoires und Motorradbekleidung kann ebenfalls mit vorhandenem Interbrand-Wettbewerb widerlegt werden.

B.3.3 Erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung

200. Wenn die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann, stellt sich die Frage, ob die Abrede zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V. m. Abs. 1 KG führt.

201. Bei der damit verbundenen Prüfung werden sowohl qualitative wie auch quantitative Kriterien berücksichtigt. Die Abwägung dieser beiden Kriterien erfolgt in der Regel einzelfallweise in einer Gesamtbeurteilung. Dabei kann eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung trotz quantitativ geringfügiger Auswirkungen erheblich sein. Umgekehrt kann eine Beeinträchtigung mit quantitativ beträchtlichen Auswirkungen den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, auch wenn sie qualitativ nicht schwerwiegend ist (Ziff. 12 Abs. 1 VertBek).

B.3.3.1 Qualitatives Element der Erheblichkeit

202. Durch die Exportklauseln in den Lieferverträgen zwischen der Harley-Davidson Inc. und ihren in den USA stationierten Vertriebspartnern wird verhindert, dass Motorräder, Zubehör und Ersatzteile sowie Accessoires und Motorradbekleidung ausserhalb der USA verschickt werden. Davon betroffen ist folglich auch die Schweiz. Hierzulande ist es somit den Schweizer Kunden nicht mehr möglich, Produkte der Marke Harley-Davidson aus den USA in die Schweiz durch einen Kaufvorgang bei einem amerikanischen Vertriebspartner von Harley-Davidson Inc. einzukaufen. Hierdurch wird eine Beschränkung der Passivverkäufe bezweckt. Diese Beschränkung besteht hinsichtlich dem Verkauf von Original-Zubehör- und Ersatzteilen sowie Accessoires und Motorradbekleidung seit dem 1. August 2011. Die Information, seit wann das Exportverbot für Motorräder in den Lieferverträgen besteht, liegt dem Sekretariat nicht vor.

203. In ihrer jüngsten Praxis hat die WEKO festgehalten, dass neben der vertikalen Festsetzung von Mindest- oder Fixpreisen auch geografische Marktaufteilungen mit

⁵² Siehe für eine nicht-abschliessende Auflistung von Herstellern: <http://www.industrystock.de/html/Motorradersatzteile/product-result-de-158599-0.html>.

⁵³ Siehe für eine nicht-abschliessende Auflistung von Herstellern: <http://www.industrystock.de/html/product-result-de-14654-30.html>.

das qualitative Element der Erheblichkeit absolutem Gebietsschutz im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG vom Gesetzgeber als besonders schädlich erachtet werden und deshalb einer Wettbewerbsbeschränkung ihrem Wesen nach erfüllen.⁵⁴

204. Die Vertragsklauseln in den amerikanischen Lieferverträgen teilen den US-Händlern das Territorium der USA als ausschliessliches Vertragsgebiet für Motorräder, Zubehör und Ersatzteile sowie Accessoires und Motorradbekleidung zu und verbieten diesen direkte oder indirekte Exporte ausserhalb der USA zu tätigen, mitunter gebietsfremde Bestellungen zu bearbeiten (Passivverkaufsverbot). Somit wären die in den US-Lieferverträgen festgelegten Exportverbote (vgl. Rz 41 ff.) als qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren.

B.3.3.2 Quantitatives Element der Erheblichkeit

205. Die Prüfung des quantitativen Kriteriums der Erheblichkeit erfolgt üblicherweise anhand derselben Konzepte wie die Frage, ob die Beseitigungsvermutung nach Art. 5 Abs. 4 KG widerlegt werden kann,⁵⁵ d.h. im Fall von Vertikalabreden anhand des vorhandenen Intra- und Interbrand-Wettbewerbs. Die Analyse unterscheidet sich jedoch im Mass der Wettbewerbsbeeinträchtigung, welches erreicht sein muss, damit eine Abrede den Wettbewerb beseitigt oder (nur) erheblich beeinträchtigt. Damit verbunden ist eine unterschiedliche Herangehensweise in der Analyse: Bei der Frage der Widerlegung der Unzulässigkeitsvermutung beginnt die Analyse bei der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs. Davon ausgehend wird untersucht, ob das Ausmass an vorhandenem Intra- und Interbrand-Wettbewerb ausreicht, um die Vermutung zu widerlegen.

206. Im vorliegenden Fall zeigte die Wettbewerbsanalyse für die jeweiligen sachlich relevanten Märkte (Motorräder, Zubehör- und Ersatzteile sowie Accessoires und Motorradbekleidung), dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch genügenden Interbrand-Wettbewerb und bei Motorrädern sogar durch eine Kombination von genügendem Intra- als auch Interbrand-Wettbewerb widerlegt werden kann (vgl. oben Rz 135 ff.).

207. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob der vorhandene Interbrand-Wettbewerb den beeinträchtigten Intra- und Interbrand-Wettbewerb kompensieren kann. Das Ausmass an Intra- und Interbrand-Wettbewerb wurde unter dem Titel der Unzulässigkeitsvermutung anhand verschiedener Kriterien aufgezeigt. Eine Wiederholung derselben Analyse erübrigt sich an dieser Stelle, da es in Kenntnis und unter Berücksichtigung dieses Resultats um die Frage geht, ob das Ausmass an festgestelltem Intra- und Interbrand-Wettbewerb ausreicht, um die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkungen zu bejahen oder zu verneinen.

208. Die WEKO hat im Entscheid „Gaba“ Kriterien entwickelt, auf die sie sich zur Beantwortung der Frage, ob das Ausmass an festgestelltem Intra- und Interbrand-Wettbewerb ausreicht, um die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung nachzuweisen, in einer Gesamtbeurteilung stützt. Zu diesen Kriterien gehören die Marktstellung der von der Abrede betroffenen Produkte, die

Marktanteile, die Preisunterschiede zum Ausland sowie die Auswirkungen der Abrede auf die relevanten Märkte.⁵⁶ Diese Kriterien werden im Folgenden einerseits für Motorräder andererseits für Zubehör- und Ersatzteile sowie Accessoires und Motorradbekleidung geprüft.

Motorräder

- **Marktstellung:** Die Marke Harley-Davidson hat unbestrittenermassen im Markt für Motorräder eine starke Marktstellung inne.
- **Marktanteile:** Die vier stärksten Wettbewerber im Markt für Motorräder hielten 2012 zwischen 12 % und 15 %. Daneben kommt Harley-Davidson im relevantem Markt für Motorräder auf 29 % Marktanteil.
- **Preisunterschiede zwischen der Schweiz und den USA:** Die Preise von Motorrädern sind in den USA im Vergleich zur Schweiz mehrwertsteuerbereinigt günstiger. Für eine zweckmässige und realitätsnahe Beurteilung muss man aber die vollen Kosten, die bei einem solchen Import aus den USA entstehen, mitberücksichtigen. Wenn man dann die mit einem Import verbundenen Kosten hinzurechnet, lohnt sich finanziell der Import von einem Motorrad nicht mehr (vgl. oben Rz 145 ff.) Somit ist nicht davon auszugehen, dass sich das Importvolumen in der Schweiz ohne Exportverbot hinsichtlich der Motorräder steigern würde. Mit anderen Worten, es besteht für die Schweizer Konsumenten kein Anreiz dazu, die Vertragsprodukte aus den USA einzuführen, zumal der Import aus dem EWR frei und uneingeschränkt möglich ist.
- **Auswirkungen auf den relevanten Markt:** Anhand der Importstatistiken wurde deutlich gemacht, dass die wenigsten der importierten Motorräder Neufahrzeuge sind. Dies ist aber nicht auf das bestehende Exportverbot zurückzuführen, sondern vielmehr auf die hohen mit einem Import verbundenen Kosten. Mit anderen Worten, es besteht für die Schweizer Konsumenten kein wirtschaftlich nachvollziehbarer Anreiz dazu, Motorräder aus den USA einzuführen, zumal der Import aus dem EWR frei und uneingeschränkt möglich ist und in den meisten Fällen unter wirtschaftlich günstigeren Umständen vorgenommen werden kann. Hinzukommt, dass der in der Schweiz vorherrschende starke aktuelle Wettbewerb auf das Exportverbot eine zusätzliche disziplinierende Wirkung hat. Betont sei darüber hinaus auch noch einmal, dass der Handel mit Harley-Davidson Motorrädern innerhalb des EWR vollkommen offen ist

⁵⁴ RPW 2009/2, 153 Rz 75, *Sécateurs et cisailles*.

⁵⁵ RPW 2012/3, 577 Rz 288, *BMW*.

⁵⁶ RPW 2010/1, 104 Rz 310, *Gaba*.

und keine Beschränkungen hinsichtlich Aktiv- oder Passivverkäufen bestehen. Vor diesem Hintergrund herrscht auch in der Schweiz ein starker markeninterner Preiswettbewerb, welcher die Auswirkungen des Exportverbots in den USA disziplinieren. Es kann somit von keiner erheblichen markeninternen Beschränkung durch das Exportverbot ausgegangen werden.

Zubehör und Ersatzteile

- **Marktstellung:** Es sind unzählige Anbieter von Motorrad Zubehör- und Ersatzteilen nicht nur auf dem Schweizer, sondern auch auf anderen nationalen Märkten vorhanden. Im relevantem Markt lässt sich deshalb keine besondere Marktstellung von Harley-Davidson feststellen.
- **Marktanteile:** Dem Sekretariat liegen keine aussagekräftigen Marktstatistiken für den relevanten Markt vor, weshalb die genauen Marktanteile von Harley-Davidson im Markt für Zubehör und Ersatzteile nicht bekannt sind. Es kann jedoch aufgrund des bereits erwähnten starken aktuellen Wettbewerbs davon ausgegangen werden, dass die Marktanteile gering sein werden. Ferner lässt sich eine repräsentative Umfrage der Fachzeitschrift „Motorrad“ aus Deutschland von mehr als 30'000 Teilnehmern den Schluss nahelegen, dass Harley-Davidson im Markt für Zubehör und Ersatzteile keine gewichtige Rolle spielen dürfte.⁵⁷ Hinsichtlich der Nominierung der je 10 beliebtesten Produkte („Best Brands“) in über 20 verschiedenen Produktkategorien (u.a. Auspuff, Bremsbeläge, Fahrwerks-Tuning, Gepäcksysteme etc.) wurde Harley-Davidson in keiner Kategorie auch nur erwähnt. Folglich scheint eine Abschottung des Schweizer Marktes von den USA vorliegend den Wettbewerb nicht erheblich zu beeinträchtigen.
- **Preisunterschiede zwischen den USA und der Schweiz:** Hinsichtlich der preislichen Unterschiede kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden (vgl. Rz 149 ff.). Zusammenfassend lässt sich aber festhalten, dass ein grosser Preisunterschied besteht.
- **Auswirkungen auf den relevanten Markt:** Angesichts des starken aktuellen Wettbewerbs in der Schweiz und dem Ausland erscheint die Annahme einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem relevantem Markt durch das Exportverbot als unwahrscheinlich, zumal die Marktanteile als sehr gering einzustufen sind. Somit vermag der Interbrand-Wettbewerb im Zusammenspiel mit den als sehr gering einzustufenden Marktanteilen von Harley-Davidson auf dem relevantem Markt eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung zu verneinen.

Accessoires und Motorradbekleidung

209. Die zuvor gemachten Ausführungen für Zubehör und Ersatzteile können sinngemäss für den relevanten Markt bestehend aus Accessoires und Motorradbekleidung übertragen werden. Besonders erwähnt sei hier jedoch auch noch einmal der Verweis auf die repräsen-

tative Umfrage der Fachzeitschrift „Motorrad“ aus Deutschland, wo die Teilnehmer auch über Textilkleidung und weitere Motorradbekleidungsstücke im Sinne des obigen abgegrenzten sachlich relevanten Marktes abgestimmt haben. Auch in diesen Kategorien ist Harley-Davidson nicht einmal unter den „Top-10“ erwähnt worden.⁵⁸

B.3.3.3 Zwischenergebnis

210. Basierend auf einer Gesamtbeurteilung der dargelegten qualitativen und quantitativen Kriterien kommt man zum Schluss, dass das vertragliche Exportverbot zwischen der Harley-Davidson Inc. und ihren Vertragshändlern in den USA zu keiner erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf den relevanten Märkten im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V. m. Abs. 1 KG führt.

B.4 Ergebnis

211. Zusammengefasst lassen sich aus der Vorabklärung die folgenden Schlüsse ziehen: Es liegen keine genügenden Anhaltspunkte für die Festsetzung von Wiederverkaufspreisen oder einer sonstigen Einflussnahme auf die Preis- bzw. Rabattpolitik seitens der Harley-Davidson Switzerland GmbH gegenüber seinen Vertriebspartnern in der Schweiz vor. Dies wurde von allen befragten Harley-Davidson-Händlern bestätigt und auch die Analyse der Vertriebsverträge legt keinen gegenteiligen Schluss nahe.

212. Darüber hinaus bestehen keine Indizien für das Vorliegen einer Gebietsabschottungsabrede, an welcher Harley-Davidson Switzerland GmbH beteiligt ist. Innerhalb von Europa sind Parallelimporte von Harley-Davidson Motorrädern ohne Einschränkungen zulässig. Es gibt insbesondere keine technischen Hindernisse, da die Standards in der EU mit denjenigen der Schweiz übereinstimmen (Certificate of Conformity) und somit in der Regel keine (kostspieligen) technischen Veränderungen bzw. Anpassungen notwendig sind.

213. Das Exportverbot von Harley-Davidson Motorrädern sowie Original-Zubehör und Ersatzteile sowie Accessoires und Motorradbekleidung für die offiziellen Harley-Davidson-Händler mit Sitz in den USA durch die Harley-Davidson Inc. stellt hingegen eine Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG dar, wobei die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden kann.

214. Ferner ergeben sich aus dem Exportverbot in den U.S. Lieferverträgen aufgrund der aktuellen Marktsituation keine genügenden Anhaltspunkte für eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG.

⁵⁷ <http://www.motorradonline.de/motorradbranche/beste-marken-2013/450754>.

⁵⁸ Vgl. <http://www.motorradonline.de/motorradbranche/beste-marken-2013/450754>.

C Schlussfolgerungen

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission, gestützt auf den bekannten Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen,

1. stellt fest, dass keine genügenden Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 KG vorliegen;
 2. beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen;
 3. teilt der Partei die Einstellung der Vorabklärung mit; und
 4. beschliesst, den Schlussbericht zu publizieren.
-

B 1	4. Beratungen Conseils Consulenze
B 1.4	1. Beratung betreffend Meldepflicht der Zusammenschluss Swisscom IT Services/Entris Operations AG und Swisscom I Services/X AG

Beratung betreffend Meldepflicht der Zusammenschlussvorhaben Swisscom IT Services/Entris Operations AG und Swisscom IT Services/X AG

Inbesondere Anwendung von Art. 4 Abs. 3 VKU

1. Sachverhalt / Zusammenschlussvorhaben

Die Swisscom IT Services AG (SITS)¹ beabsichtigt die Erlangung alleiniger Kontrolle der Entris Operations AG (ENTO), welche zu je 50 % von der RBA-Holding AG (RBA) und der Berner Kantonalbank (BEKB) gehalten wird. ENTO erbringt hauptsächlich Backoffice-Dienstleistungen für Banken in den Bereichen Zahlungsverkehrs- und Wertschriftenverarbeitung. Ausserdem bietet ENTO hierzu projektbezogenes Consulting und Application-Management-Leistungen für spezifische IT-Umsysteme an. Der Umsatz von ENTO mit diesen Dienstleistungen belief sich 2012 auf [...].

Ferner beabsichtigt SITS, wesentliche Assets der X AG zu übernehmen. X AG ist eine 100-prozentige Tochtergesellschaft der Y AG. Übernommen werden sollen ein wesentlicher Teil des Personals, das Knowhow bezüglich [...] sowie Kundenverträge von X AG. Die Geschäftstätigkeit von X AG besteht in [...]. X AG erwirtschaftete im Jahr 2012 einen Umsatz von rund [...] (inkl. des Umsatzes mit Gruppengesellschaften).

Während SITS beabsichtigt, 100 % der Aktien der ENTO zu erwerben, sollen von X AG nur gewisse Unternehmensbereiche übernommen werden. Ein Unternehmensanteil i.S. des KG liegt i.d.R. vor, wenn der zu übernehmende Unternehmensbereich einen Geschäftsbereich mit einer gewissen eigenständigen Marktpräsenz darstellt, dem ein Marktumsatz zugeordnet werden kann.² Dies ist gemäss den Ausführungen in der Beratungsanfrage der Fall.

Die beiden Zusammenschlussvorhaben wären daher als Kontrollerwerb von Unternehmen oder Teilen von solchen im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 1 VKU zu qualifizieren.

2. Zur Meldepflicht von Unternehmenszusammenschlüssen gemäss Art. 9 KG

2.1 Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 1 KG

Ein Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig, wenn die beteiligten Unternehmen die kumulativen Umsatzschwellen nach Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG erreichen.

2.2 Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG

Art. 9 Abs. 4 KG sieht vor, dass die Meldepflicht ungeachtet der Absätze 1–3 von Art. 9 KG besteht, wenn am

Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach diesem Gesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

2.3 Weitere Tatbestände, die zu einer Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 1 KG führen können

2.3.1 Voneinander abhängige Transaktionen

Zwei oder mehr zusammenhängende Transaktionen können gemeinsam und gleichzeitig der Meldepflicht unterliegen, wenn sie voneinander abhängig sind und daher aus wirtschaftlicher Sicht einen einzigen Zusammenschluss darstellen.³ Bei einem solchen Vorgang sind für die Frage, ob eine Meldepflicht gemäss Art. 9 KG besteht, die Umsätze aller an diesen Transaktionen bzw. Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen zusammenzuzählen. Es kann daher sein, dass eine Transaktion B, die für sich alleine gesehen die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG nicht erreicht, trotzdem meldepflichtig ist, weil sie von einer Transaktion A abhängt und die Transaktionen A und B gemeinsam das Aufgreifkriterium von Art. 9 Abs. 1 KG erfüllen.

2.3.2 Art 4 Abs. 3 VKU

Finden zwischen denselben Unternehmen innerhalb von zwei Jahren zwei oder mehr Vorgänge zur Erlangung der Kontrolle über Teile von diesen Unternehmen statt, so sind diese Vorgänge gemäss Art. 4 Abs. 3 VKU für die Umsatzberechnung als einziger Zusammenschluss anzusehen. Diese Bestimmung geht von mindestens zwei separaten Zusammenschlüssen aus, wobei allerdings für die Berechnung der Umsatzschwellen von

¹ Die SITS ist ein 100-prozentiges Tochterunternehmen der Swisscom AG. Die Geschäftstätigkeit von SITS ist im bereits abgeschlossenen Zusammenschluss *Swisscom IT Services AG/Entris Banking AG (Unternehmensteil „Entris Integrator“)* beschrieben worden (RPW 2013/2, 262).

² Vgl. RPW 2008/3, 417 Rz 18 ff., *Swisscom AG/Verizon Switzerland*, RPW 2003/3, 550 Rz 5 ff., *Zürich Invest Bank AG/AIG Privat Bank AG* und Berichtigung der Konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. C 95 vom 16.4.2008), ABl. C 43 vom 21.02.2009 S. 10 ff., Rz 24 (nachfolgend: EU-Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen).

³ MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 3 KG N 433 ff. (nachfolgend: BSK KG-REINERT).

Art. 9 Abs. 1 KG bei jedem Zusammenschluss die Umsätze aller unter den genannten Umständen erworbenen Zielunternehmen (fiktiv) zusammenzurechnen sind.⁴

3. Zur Meldepflicht der Transaktionen ENTO und X AG

3.1 Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 1 KG

Gemäss Parteiangabe erzielte ENTO im Jahr 2012 einen Umsatz von [...] und X AG einen Umsatz von ungefähr [...]. Beide Umsatzzahlen liegen unter der Umsatzschwelle von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG, die Zusammenschlussvorhaben ENTO und X AG unterliegen folglich nicht der Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 1 KG.

3.2 Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG

Die Wettbewerbskommission hat rechtskräftig festgestellt, dass die Telecom PTT (heute: Swisscom) auf dem schweizerischen Markt für Festnetztelefonie als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG gilt.⁵ Die marktbeherrschende Stellung bezieht sich gemäss den damaligen Erwägungen dabei auf das Netz und die Dienste.⁶

Die Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG setzt voraus, dass das Zusammenschlussvorhaben einen Markt betrifft, der demjenigen vor- oder nachgelagert oder benachbart ist, für welchen die marktbeherrschende Stellung eines beteiligten Unternehmens rechtskräftig festgestellt worden ist.

Die Transaktionen ENTO und X AG werden sich gemäss Parteiangabe hauptsächlich auf die folgenden IT-Dienstleistungsmärkte auswirken:

- Backoffice-Dienstleistungen im Bereich Zahlungsverkehrsverarbeitung und im Bereich Wertschriftenverarbeitung, Consulting und Software Maintenance (ENTO) sowie
- [...] (X AG).⁷

Die vorgenannten IT-Dienstleistungen für die Finanzbranche und der Markt für Festnetztelefonie betreffen völlig unterschiedliche Geschäftsbereiche ohne jeglichen direkten Bezug zueinander. Ein Vertikalverhältnis zwischen diesen Märkten ist nicht ersichtlich. Zum einen stellen die IT-Dienstleistungen keine direkten und wichtigen Inputleistungen für die Festnetztelefonie dar. Zum anderen können die IT-Dienstleistungen unabhängig davon erbracht werden, ob der betreffende Kunde von Swisscom oder einem anderen Fernmeldedienstleister erschlossen worden ist oder Telefonie- und/oder Datenübertragungsdienstleistungen von Swisscom oder einem anderen Fernmeldedienstleister in Anspruch nimmt. Frühere Zusammenschlussvorhaben der Swisscom wurden der Meldepflicht von Art. 9 Abs. 4 KG unterstellt, weil die Möglichkeit einer vertikalen Verflechtung von Marktzugang und Inhalten bestand.⁸ Dieses Risiko besteht aufgrund der vorliegenden Informationen nicht. Die Zusammenschlussvorhaben ENTO und X AG betreffen somit keine dem beherrschten Markt vor- oder nachgelagerte Märkte.

Genauso wenig betreffen die Zusammenschlussvorhaben ENTO und X AG dem beherrschten Markt benachbarte Märkte. Benachbarte Märkte können etwa dann vorliegen, wenn die Produkte/Leistungen bis zu einem

gewissen Grad substituierbar sind oder wenn andere Faktoren, wie etwa gemeinsame Rohstoff- oder Knowhow-Basis, Kuppelproduktion oder die Bedeutung eines umfassenden Produktsortiments beim Produktabsatz vorhanden sind.⁹ Solche Kriterien sind vorliegend nicht gegeben, so dass nicht von Portfolioeffekten der beiden Zusammenschlussvorhaben auszugehen ist.

Die Zusammenschlussvorhaben ENTO und X AG unterliegen folglich nicht der Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG.

3.3 Voneinander abhängige Transaktionen

Im April 2013 hat die SITS bereits einen von der Entris Banking AG abgespalteten Unternehmensteil „Entris Integrator“ (ENTI) zur alleinigen Kontrolle übernommen. ENTI wurde zu 100 % von RBA gehalten. Dieses Zusammenschlussvorhaben unterlag der Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 1 KG. Bereits in der Meldung zu ENTI wurde über einen möglichen Erwerb von ENTO (bis 2014) informiert, [...]. Die ENTO-Transaktion war mit anderen Worten damals mangels hinreichenden Verpflichtungswillens nicht meldefähig im Sinne von Art. 32 KG. Das Signing für die ENTO-Transaktion erfolgte gemäss Parteiaussage denn auch erst Ende Mai 2013, also erst nach dem Closing der ENTI-Transaktion.

Als voneinander abhängig gelten zwei oder mehr Transaktionen, wenn sie „eine wirtschaftliche Einheit darstellen“¹⁰. In der Formulierung des Europäischen Gerichts stellen zwei oder mehr Transaktionen einen Zusammenschluss dar, wenn sie nach Massgabe der wirtschaftlichen Realität und nach dem verfolgten wirtschaftlichen Zweck im Einzelfall „einen einheitlichen Charakter“¹¹ haben. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die eine Transaktion nicht ohne die andere durchgeführt worden wäre bzw. werden würde.¹² In diesen Fällen wird die Änderung der Marktstruktur durch die Gesamtheit der Transaktionen bewirkt. Die gegenseitige Abhängigkeit kann sich dabei aus einer (impliziten) rechtlichen oder tatsächlichen Verbundenheit ergeben.¹³

Die Transaktionen ENTI, ENTO und X AG mögen alleamt dem Ausbau der Stellung von Swisscom als BPO-Anbieterin und Application Service Provider (ASP) dienen, eine gegenseitige Abhängigkeit und Bedingtheit im

⁴ BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 3 KG N 442 f.

⁵ RPW 1997/2, 174, *Telecom PTT/Blue Window*.

⁶ RPW 1997/2, 167 Rz 38, *Telecom PTT/Blue Window*.

⁷ Vgl. für die Abgrenzung dieser Märkte RPW 2007/4, 645 Rz 35, *BEKB/RBA*, RPW 2009/2, 161 Rz 26, *Hewlett-Packard Company/Electronic Data Systems Corporation*, RPW 2011/3, 421 f. Rz 6 ff., *BSI/Avaloq Group AG* und *Zusammenschluss Swisscom IT Services AG/Entris Banking AG* (Unternehmensteil Entris Integrator) (RPW 2013/2, 262).

⁸ Vgl. RPW 2005/2, 365 Rz 32, *Swisscom/Cinetrade*; RPW 2006/3, 472 Rz 27, *Swisscom Fixnet AG/Betty Holding AG*.

⁹ BSK KG-REINERT, Art. 9 KG N 315 f.

¹⁰ RPW 2004/2, 533 Rz 33, *Berner Zeitung AG/20 Minuten (Schweiz) AG*.

¹¹ Urteil des EuG vom 23.2.2006 T-282/02 *Cementbouw Handle & Industrie/Kommission*, Slg. 2006 II-319 Rz 105 f.

¹² Urteil des EuG vom 23.2.2006 T-282/02 *Cementbouw Handle & Industrie/Kommission*, Slg. 2006 II-319 Rz 106.

¹³ BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 3 KG N 447 ff.

oben geschilderten Sinne ergibt sich aus diesem Umstand alleine aber nicht. Die erhaltenen Informationen zu diesen drei Zusammenschlussvorhaben lassen vielmehr darauf schliessen, dass insbesondere die ENTI-Transaktion unabhängig vom Gelingen der anderen Transaktionen durchgeführt wurde. Somit sind die Zusammenschlussvorhaben ENTO und X AG auch nicht etwa deswegen zu melden, weil diese geplanten Zusammenschlussvorhaben und der bereits vollzogene ENTI-Zusammenschluss voneinander abhängig und folglich die Umsätze aller an diesen Transaktionen beteiligten Unternehmen zusammenzuzählen wären. Wären schliesslich die Transaktionen ENTO und X AG als voneinander abhängig zu bezeichnen, wozu allerdings ebenso wenig Anlass besteht, würden deren zusammengezählte Umsätze immer noch weit unterhalb des Schwellenwertes gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG liegen.

3.4 Art. 4 Abs. 3 VKU

Mit dieser Umgehungsvorschrift soll eine „Salamitaktik“ dergestalt verhindert werden, dass Zusammenschlussparteien die Meldepflicht umgehen können, indem sie die Erwerbsvorgänge zeitlich staffeln und die übertragenen Unternehmensteile so aufspalten, dass deren Umsätze jeweils unterhalb der Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 KG liegen.¹⁴

Art. 4 Abs. 3 VKU findet nur Anwendung, wenn *zwischen denselben Unternehmen* innerhalb von zwei Jahren zwei oder mehr Vorgänge zur Erlangung der Kontrolle über Teile von diesen Unternehmen stattfinden. Um die hervorgehobene Voraussetzung zu erfüllen, müssen die Transaktionen allerdings nicht notwendigerweise zwischen genau denselben Käufern und Verkäufern durchgeführt werden, vielmehr genügt es, wenn diese jeweils denselben Konzernen angehören.¹⁵

Bei allen drei Transaktionen ENTI, ENTO und X AG erwarb bzw. erwirbt die SITS die alleinige Kontrolle. Auf Veräussererseite stellten bzw. stellen sich die Eigentümerverhältnisse allerdings wie folgt dar:

- ENTI war eine 100-prozentige Tochter der RBA;
- ENTO wird zu je 50 % von der RBA und der BEKB gehalten;
- X AG ist eine 100-prozentige Tochter der Y AG.

Daraus ergibt sich, dass die Umsatzberechnungsregel von Art. 4 Abs. 3 VKU bei den Zusammenschlussvorhaben ENTI und X AG keine Anwendung findet, weil verkäuferseitig nicht dieselben Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 3 VKU auftreten

Dasselbe scheint nur schon aufgrund der Beteiligung der BEKB an der ENTO-Transaktion auch in Bezug auf die Zusammenschlussvorhaben ENTI und ENTO der Fall zu sein. Hierzu ist allerdings folgendes zu präzisieren:

Gemäss der EG-Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen scheint die Parallelvorschrift zu Art. 4 Abs. 3 VKU in Art. 5 Absatz 2 Unterabsatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (FKVO) „nicht auf verschiedene Transaktionen anwendbar zu sein, wenn neben denselben Verkäufern und Käufern an mindestens einer der Transaktionen ein weiteres Unternehmen beteiligt

ist“.¹⁶ Dahingehend äussert sich auch der Basler Kommentar zum Kartellgesetz.¹⁷ Bezieht sich die Formulierung „ein weiteres Unternehmen beteiligt ist“ nur auf Unternehmen, die auch beteiligte Unternehmen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU sind, wäre die Umsatzberechnungsregel von Art. 4 Abs. 3 VKU folglich nicht anwendbar, wenn neben Käufer A ein weiterer Käufer B bei mindestens einer der Transaktionen hinzutritt. Dem kann das Sekretariat ohne weiteres zustimmen, sofern Käufer A dadurch alleinige Kontrolle über Tochtergesellschaft T 1 von Verkäufer V und über dessen Tochtergesellschaft T 2 gemeinsame Kontrolle mit Käufer B erwirbt.

Möchte die Formulierung allerdings generell ausdrücken, dass die Umsatzberechnungsregel in Art. 4 Abs. 3 VKU bereits alleine deswegen nicht anwendbar ist, weil bei mindestens einer der Transaktionen auf Käufer- oder Verkäuferseite eine weitere Drittpartei auftritt, würde diese Sichtweise die Anwendbarkeit von Art. 4 Abs. 3 VKU unverhältnismässig einschränken.

Die „Anti-Salami-Taktik“-Regel von Art. 4 Abs. 3 VKU will – wie bereits erwähnt – verhindern, dass die Zusammenschlusskontrolle durch geschickte Stückelung der Transaktionen umgangen werden kann. Die Freiheit, solches zu tun, haben derselbe Verkäufer und Käufer nicht erst, wenn an keiner der gestückelten Transaktionen eine weitere Partei Anteil hat, sondern bereits dann, wenn der Verkäufer die gestückelten Transaktionen unabhängig von allfälligen Beteiligungen Dritter an den übertragenen Unternehmen durchsetzen kann. Es muss für die Anwendbarkeit von Art. 4 Abs. 3 VKU daher genügen, dass die Verkäufer, die rechtlich oder faktisch über die Durchführung der Transaktionen bestimmen, identisch bzw. jeweils denselben Konzernen zugehörig sind. Wäre dies nicht der Fall, könnte Art. 4 Abs. 3 VKU leichthin unterlaufen werden, indem Verkäufer V, der Käufer K zuerst seine Tochtergesellschaft T 1 und dann innerhalb von zwei Jahren seine Tochtergesellschaft T 2 zur alleinigen Kontrolle veräussert, kurz vor dem Signing der Transaktion T 2 einer Drittpartei eine Minderheitsbeteiligung ohne negative Kontrollrechte (oder auch nur eine Aktie) an T 2 veräussert. Auf der Käuferseite wiederum darf die Beteiligung eines Käufers B (nicht demselben Konzern zugehörig) solange keine Rolle spielen, als Käufer A die alleinige Kontrolle über die übernommenen Tochtergesellschaften T 1 und T 2 erwirbt.

RBA und BEKB sind an ENTO zu je 50 % beteiligt, womit grundsätzlich von gemeinsamer Kontrolle auszugehen ist. Sähe allerdings eine Vereinbarung zwischen diesen Parteien vor, dass eine der beiden Muttergesellschaften bei Stimmgleichheit den Stichentscheid hätte, sich mit anderen Worten eines der beiden Unternehmen bei Meinungsverschiedenheiten faktisch immer durchsetzen könnte, führte dies dazu, dass dieses Unternehmen die alleinige Kontrolle über ENTO hätte. Träfe dies auf RBA in Bezug auf ENTO zu, bedeutete dies,

¹⁴ RPW 2000/4, 648, *Berner Tagblatt Median AG/Schaer Thun AG* [II]; BSK KG-REINERT, Art. 9 KG N 261.

¹⁵ BSK KG-REINERT, Art. 9 KG N 265; EU-Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen (Fn 2), Rz 50. Im Übrigen wird er Begriff „Unternehmen“ im Kartellrecht bekanntlich mit demjenigen des „Konzerns“ gleichgesetzt.

¹⁶ Vgl. EU-Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen (Fn 2), Rz 50.

¹⁷ BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 3 KG N 264.

dass SITS und RBA nicht nur über die Durchführung der ENTI-Transaktion bestimmen konnten, sondern auch über die ENTO-Transaktion. Eine solche Konstellation wäre nach Auffassung des Sekretariats ein Anwendungsfall von Art. 4 Abs. 3 VKU.

Gemäss Parteiangabe ergibt sich die Regelung der Kontrolle von RBA und BEKB über ENTO aus dem Aktionärsbindungsvertrag zwischen RBA und BEKB (ABV) und dem Kooperationsvertrag zwischen RBA, BEKB, ENTI und ENTO (KV), beide datierend vom 6. Dezember 2010. Diese Regelungen gehen den Bestimmungen in den Standardstatuten von ENTO vor. Die strategische Führung von ENTO obliegt von Gesetzes wegen dem Verwaltungsrat. Der Verwaltungsrat setzt sich aus je zwei Vertretern von RBA und BEKB zusammen, wobei gemäss ABV, Ziff. 2, RBA den Verwaltungsratspräsidenten (VRP) für die ersten fünf Jahre stellt.¹⁸ Bei Stimmengleichheit hat der Vorsitzende (bzw. der VRP) den Stichtscheid (ABV, Ziff. 3). Wie sich allerdings zusätzlich aus dem ABV, Ziff. 3, ergibt, kann dieser Stichtscheid nur in einem sehr begrenzten Bereich ausgeübt werden, da alle wichtigen Beschlüsse des Verwaltungsrats, welche wesentliche Fragen der Geschäftspolitik und der allgemeinen Geschäftspolitik behandeln, Einstimmigkeit erfordern. Es kommt hinzu, dass gemäss ABV, Ziff. 4, im Fall der Kündigung des ABV durch eine Partei die andere Partei an den betreffenden Aktien ein Kaufrecht hat. Es ist daher von einer gemeinschaftlichen Kontrolle von RBA und BEKB über die ENTO auszugehen.¹⁹

Vor diesem Hintergrund können weder RBA noch BEKB bezüglich wesentlicher Entscheide, wozu auch der Verkauf von ENTO an SITS gehört, ihre eigenen diesbezüglichen Vorstellungen positiv durchsetzen. Damit bestimmten bzw. bestimmen nicht dieselben Unternehmen über den Verkauf von ENTI und ENTO, so dass diese Transaktionen keinen Anwendungsfall von Art. 4 Abs. 3 VKU bilden.

Aus den vorstehenden Ausführung ergibt sich, dass auch die Transaktionen ENTO und X AG keinen Anwendungsfall von Art. 4 Abs. 3 VKU darstellen. Im Übrigen würden diese Zusammenschlussvorhaben selbst in Anwendung der Umsatzberechnungsregel von Art. 4 Abs. 3 VKU unterhalb der Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 KG liegen.

4. Fazit

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass weder das Zusammenschlussvorhaben ENTO noch das Zusammenschlussvorhaben X AG gemäss Art. 9 KG (allenfalls in Verbindung mit Art. 4 Abs. 3 VKU) meldepflichtig ist.

¹⁸ Aktuell ist mit Herrn Streit ein RBA-Vertreter Verwaltungsratspräsident. <<http://www.entris-operations.ch/de/ueber-uns/verwaltungsrat/>> (10.06.2013).

¹⁹ Vgl. dazu RPW 2007/4, 643 Rz 15, *BEKB/RBA* und *BSK KG-REINERT*, Art. 4 Abs. 3 KG N 246.

B 1.4

2. Marketingvereinbarungen als Teil von Verkaufsdienstleistungen

Beratung betreffend Einstufung von verkaufsnahem Marketing als Verkaufsdienstleistung

I. Sachverhalt

Mit einem Schreiben ersuchte die Gesuchstellerin das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) um Beratung gemäss Art. 23 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) betreffend nachfolgenden, von der Gesuchstellerin geschilderten Sachverhalt. Als Grossist möchte die Gesuchstellerin in Zukunft vermehrt Marketingdienstleistungen von Einzelhändlern in Anspruch nehmen. Hierzu möchte sie unter anderem spezielle Platzierungsmöglichkeiten auf Stufe Verkaufsstelle gezielt nutzen. Einzelhändler bieten verschiedene Marketingmöglichkeiten in Form von beschränkten Verkaufsflächen an attraktiven Standorten zu Promotionszwecken an. Gemäss der Gesuchstellerin bezahlt der Lieferant dem anbietenden Einzelhändler für diese zusätzliche Dienstleistung ein Entgelt.

Für eine Zusammenarbeit im Bereich Marketingdienstleistungen setzt die Gesuchstellerin voraus, dass die jeweilige Marketingdienstleistung multiplizierbar und nicht an einen bestimmten Ort gebunden ist, dass die Marketingdienstleistung auch effektiv an mehreren Orten gleichzeitig eingesetzt wird und dass das Potenzial besteht, nachhaltig deutlich höhere Umsätze zu generieren. Die Gesuchstellerin geht davon aus, dass Marketingdienstleistungen nur in Zusammenarbeit mit Einzelhandelsorganisationen wie Kettenkunden oder in einem Verband von zusammengeschlossenen Einzelhändlern wirtschaftlich sinnvoll umgesetzt werden können. Hierbei führt sie aus, dass der Wert von Marketingmassnahmen stark von der Kundenfrequenz und der Platzierungsqualität der Verkaufsstellen sowie der Anzahl der beteiligten Verkaufsstellen einer Vertragspartnerin abhängt. Demnach geht sie gemäss Beratungsanfrage davon aus, dass der Wert einer Marketingmassnahme umso höher ist, „je grösser die Kundenfrequenz und je besser die Platzierungsqualität der Verkaufsstellen ist und je mehr Verkaufsstellen einer Vertragspartnerin teilnehmen“.

In der Beratungsanfrage wird nicht weiter ausgeführt, was mit dem Begriff „Platzierungsqualität der Verkaufsstelle“ gemeint ist. Grundsätzlich könnte hiermit sowohl der Standort der Verkaufsstelle als auch die Platzierung der Promotionsmassnahme innerhalb einer teilnehmenden Verkaufsstelle gemeint sein. Für die Zwecke der vorliegenden Beratung wird davon ausgegangen, dass mit „Platzierungsqualität der Verkaufsstelle“ letzteres gemeint ist.

Das für die Inanspruchnahme der Marketingdienstleistungen zu bezahlende Entgelt wird gemäss Aussagen der Gesuchstellerin auf Wunsch der Einzelhändler in Prozent des Endverkaufspreises ermittelt.

II. Beurteilung

In ihrer Beratungsanfrage geht die Gesuchstellerin davon aus, dass die Inanspruchnahme von Marketingdienstleistungen, welche sich insbesondere auf die Platzierung der Produkte innerhalb einer Verkaufsstelle beziehen, nicht mit dem Vertrieb verbunden sind und somit deren Erbringung auf einem separaten Markt stattfindet.

Kein eigenständiger Markt für Produktplatzierung

Als Marktgegenseite des Grossisten können Unternehmen bezeichnet werden, welche an ihren Verkaufsstellen verschiedene Erzeugnisse gegenüber dem Endkunden anbieten. Hierbei haben sie verschiedene Möglichkeiten, die Erzeugnisse in ihren Verkaufsstellen zu platzieren. Sie sind dabei bestrebt die von ihnen vertriebenen Produkte so zu platzieren, dass der Verkauf der für sie lukrativsten Artikel gefördert wird. Die lukrativsten Artikel sind jeweils diejenigen, mit welchen durch eine bessere Positionierung in der Verkaufsstelle der Gewinn maximiert werden kann, indem das Produkt aus der Marge auf dem jeweiligen Artikel und den durch die Platzierung zusätzlich verkauften Einheiten am grössten ist.

Bietet die Gesuchstellerin einzelnen Verkaufsstellen für den Verkauf von Erzeugnissen eine höhere Marge an, wenn diese gewisse Artikel an lukrativeren Standorten platzieren, so erhöht sie im Grunde lediglich die Marge der Verkaufsstelle für den Vertrieb dieser Erzeugnisse. Eine Verkaufsstelle wird daher die entsprechend geforderte Produktplatzierung vornehmen, wenn der – aus der von der Gesuchstellerin zusätzlich bereitgestellten Marge – resultierende zusätzliche Gewinn grösser ist als der zusätzliche Gewinn, der aus der Platzierung eines anderen Produkts resultieren würde. Hierbei ist unerheblich, ob sie zur Gewährung einer höheren Marge eine separate Vereinbarung schliesst oder nicht.

Aus diesen Gründen rechtfertigt sich aus Sicht des Sekretariats für diese Dienstleistung keine separate Markt-abgrenzung. Damit umfasst der Vertrieb von Erzeugnissen über Verkaufsstellen auch deren Präsentation innerhalb einer Verkaufsstelle.

III. Fazit

Zusammenfassend kommt das Sekretariat aufgrund der unterbreiteten Beratungsanfrage zu dem Schluss, dass die oben erwähnten Marketingmassnahmen, insbesondere diejenigen, welche die Produktplatzierung bestimmter Artikel betreffen, einen Teil der Verkaufsdienstleistungen der Verkaufsstellen darstellen. Aus diesem Grund rechtfertigt sich eine separate Markt-abgrenzung für diese Art von Dienstleistungen nicht.

B 2 Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza

B 2	2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste
B 2.2	1. Auskunftsverfügung in der Untersuchung LIBOR/TIBOR/EURIBOR in Sachen Herausgabe von Mitarbeiterkommunikation

Zwischenverfügung gemäss Art. 23 Abs. 1 KG

Décision incidente selon l'art. 23 al. 1 LCart

Decisione incidente giusta l'art. 23 cpv. 1 LCart

Zwischenverfügung des Sekretariats der Wettbewerbskommission an ICAP plc vom 1. Juli 2013 in Sachen Auskunftsverpflichtung gemäss Art. 27 und Art. 40 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251)

A Sachverhalt

1. Dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) liegen Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden im Bereich von kurzfristigen Zinsderivatgeschäften basierend auf diversen Referenzzinssätzen vor. Es besteht der Verdacht, dass Absprachen zur Beeinflussung des Referenzzinssatzes LIBOR für Schweizer Franken und Yen, des Referenzzinssatzes TIBOR für Yen und Euroyen und des Referenzzinssatzes EURIBOR sowie Abreden zwischen verschiedenen im Handel von kurzfristigen Zinsderivaten tätigen Banken, welche sich auf die Differenz zwischen dem Verkaufs- und dem Ankaukurs (Spreads) beziehen, stattgefunden haben. Das Sekretariat eröffnete daher im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Mitglied des Präsidiums) gegen verschiedene Banken und Finanzintermediäre (Inter-Dealer Broker bzw. Cash-Broker) eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG¹. Gemäss den dem Sekretariat vorliegenden Informationen waren Inter-Dealer Broker mutmasslich als Mittelsmänner an den Absprachen zur Manipulation von Eingaben von Referenzzinssätzen sowie Beeinflussung der Spreads durch Banken beteiligt. Mit der Untersuchung soll geprüft werden, ob tatsächlich eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 KG vorliegt.

2. Die Adressatin der vorliegenden Verfügung, ICAP plc (nachfolgend: ICAP), ist einer der Inter-Dealer Broker, gegen den sich die vorliegende Untersuchung richtet.²

3. Die Dienste von Inter-Dealer Brokern werden in erster Linie für die Abwicklung von ausserbörslichen (Gross-)Transaktionen illiquider Anlagen wie z.B. Zins-Swaps, Commodities oder Aktienpakete in Anspruch

genommen.³ Die Zwischenschaltung der Inter-Dealer Broker als Geschäftsvermittler ermöglicht es den Banken und Investoren, voneinander unerkannt zu handeln. Für die Vermittlung des Geschäftsabschlusses erhält der Inter-Dealer Broker eine Kommission.

4. In diesem Sinne umfassen die Tätigkeiten von ICAP nach eigener Aussage im Wesentlichen die Kontaktnahme mit Marktteilnehmern, um Preise und Geschäftsvolumina im Markt zu ermitteln, das Unterbreiten von Offerten an Marktteilnehmer, um die verfügbaren Preise und Volumina anzuzeigen, sowie das Zusammenführen von Marktteilnehmern als Vertragsparteien, um Geschäftsabschlüsse zwischen ihnen zu erleichtern.⁴

5. Zwecks Abklärung der Verdachtsmomente gemäss Rz 1 wurde die Verfügungsadressatin in einem Auskunftsbegehren vom 14. Dezember 2012 aufgefordert, sämtliche Kommunikationen (Bloomberg und Thomson Reuters Chats, E-Mails) von fünf namentlich genannten ICAP-Mitarbeitern mit Panelbanken für YEN LIBOR im Zeitraum von 2007 bis 2010 einzureichen, die zukünftige Zinseingaben für YEN LIBOR von Banken an die BBA (British Bankers' Association) und/oder die Höhe und/oder die Entwicklung des Zinssatzes YEN LIBOR betreffen.⁵

6. Mit Schreiben vom 15. März 2013 wurde das vorgenannte Auskunftsbegehren auf zwei weitere namentlich genannte ICAP-Mitarbeiter ausgedehnt.⁶ Somit betrifft das Auskunftsbegehren die Kommunikationen von insgesamt sieben ICAP-Mitarbeiter.

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

² Kopie Untersuchungseröffnungsschreiben vom 2. Februar 2012 (Beilage 1).

³ <www.lexicon.ft.com> (06.06.2013) (Beilage 2).

⁴ Kopie Schreiben ICAP vom 22. Mai 2013 (Beilage 3).

⁵ Kopie Schreiben Sekretariat vom 14. Dezember 2012 (Beilage 4).

⁶ Kopie Schreiben Sekretariat vom 15. März 2013 (Beilage 5).

7. Im Nachgang zu den beiden unter Rz 5 und 6 genannten Schreiben ergingen zwischen der Verfügungsadressatin und dem Sekretariat mehrere Schreiben und es fanden mehrere Telefonkonferenzen statt zur Frage, ob ICAP die einverlangten Kommunikationen, die zwangsläufig die Bekanntgabe von Personendaten mit einschliessen, im Einklang mit dem UK Data Protection Act 1998 (DPA) liefern könne oder nicht.

8. Mit Schreiben vom 29. Mai 2013 hat die Verfügungsadressatin dem Sekretariat nun mitgeteilt, dass sie sich unter Berücksichtigung der Auskünfte des Information Commissioner's Office (nachfolgend: ICO)⁷ gegenwärtig nicht in der Lage sehe, dem Sekretariat Personendaten bekannt zu geben. Durch die Bekanntgabe von Personendaten würde sich ICAP dem Risiko eines Verstosses gegen den DPA und Schadenersatzklagen von Personen, deren geschützte Interessen und Rechte verletzt würden, aussetzen. Auf Grundlage dieser Erwägungen habe ICAP bis heute keine Personendaten für die Eingabe an das Sekretariat erhoben und bearbeitet. Im Übrigen wolle ICAP aber kooperieren und stelle einverlangte nicht-personenbezogene Daten zur Verfügung.⁸

9. Zum Schreiben der Verfügungsadressatin vom 29. Mai 2013 ist zu präzisieren, dass die Einschätzung, es bestehe das Risiko eines Verstosses gegen den DPA, sofern dem Sekretariat die gemäss Auskunftsbegehren einverlangten Informationen geliefert würden, auf einer Risikobeurteilung von ICAP selber und nicht auf einer dahingehend konkreten Rechtsauskunft des ICO beruht.⁹ Das Sekretariat ist aufgrund eigener Abklärungen und eingeholter Auskünfte beim ICO der gegenteiligen Auffassung, dass der DPA der Verfügungsadressatin erlauben würde, die einverlangten Daten zu liefern¹⁰ – ICAP dem Auskunftsbegehren mit anderen Worten entsprechen könnte, so sie denn tatsächlich wollte. Das Sekretariat hat der Verfügungsadressatin seine divergierende Rechtsauffassung bezüglich dieses angeblichen Konflikts der Rechtssysteme mehrmals mündlich mitgeteilt. In diesem Zusammenhang ist bezeichnend, dass andere Inter-Dealer Broker mit Sitz im Vereinigten Königreich Auskunftsbegehren desselben Inhalts dem Sekretariat vorbehaltlos beantwortet haben.

10. Die Verfügungsadressatin wurde während den beiden Telefonkonferenzen vom 14. und 27. Mai 2013 explizit auf die nach Schweizer Recht bestehende Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG, auf den bevorstehenden Erlass einer kostenpflichtigen Zwischenverfügung zufolge der Nichtbeantwortung des Auskunftsbegehens sowie auf die Sanktionsandrohung gemäss Art. 52 KG aufmerksam gemacht.

11. Die erneute Abmahnung der Verfügungsadressatin, verbunden mit dem Ansetzen einer Nachfrist zur Lieferung der verlangten Daten, erübrigt sich zufolge der mit Schreiben vom 29. Mai 2013 klar geäusserten Haltung der Verfügungsadressatin, die Daten nicht liefern zu wollen.¹¹ Seit diesem Schreiben ist es zu keinem Kontakt zwischen der Verfügungsadressatin und dem Sekretariat spezifisch zum Auskunftsbegehren vom 14. Dezember 2012 (einschliesslich dessen Ausdehnung vom 15. März 2013) und der Frage des Konfliktes der Rechtssysteme mehr gekommen.

B Erwägungen

B.1 Zuständigkeit

12. Auskunftsverfügungen dienen der Erhebung des Sachverhaltes und sind deshalb als verfahrensleitende Verfügungen zu qualifizieren.¹² Zuständig für den Erlass verfahrensleitender Verfügungen ist gemäss Art. 23 Abs. 1 KG das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums.

B.2 Auskunftspflicht

13. Gemäss Art. 40 KG haben Beteiligte an Abreden, marktmächtige Unternehmen, Beteiligte an Zusammenschlüssen sowie betroffene Dritte den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen. Die Auskunftspflicht gilt in allen kartellrechtlichen Verfahren, also auch in Untersuchungen.¹³ Die Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG ist zudem weit gefasst.

14. Gemäss Art. 40 Satz 2 KG richtet sich das Recht zur Verweigerung der Auskunft nach Art. 16 und 17 VwVG.¹⁴ Im vorliegenden Verfahren wurden solche Auskunftsverweigerungsgründe weder geltend gemacht noch sind solche ersichtlich.¹⁵

15. Die Verfügungsadressatin ist somit gemäss Art. 40 KG zur Auskunft verpflichtet. An der Auskunftspflicht nach Schweizer Recht als solche ändert der Umstand nichts, dass die Informationsherausgabe gegen ausländisches Recht (insbesondere gegen den DPA) verstossen könnte. Es ist auch kein höher stehendes Recht (z.B. Abkommen) erkennbar, das der Auskunftspflicht entgegenstehen würde.

B.3 Umfang der Auskunftspflicht und Frist

16. Gegenstand der vorliegenden Auskunftsverfügung bildet das Auskunftsbegehren vom 14. Dezember 2012 und dessen Ausdehnung vom 15. März 2013.¹⁶

⁷ Das Information Commissioner's Office (ICO) ist die Datenschutzbehörde des Vereinigten Königreichs.

⁸ Kopie Schreiben ICAP vom 29. Mai 2013 (Beilage 6).

⁹ Kopie E-Mail von [...], vom 29. April 2013 (Anlage zum Schreiben ICAP vom 10. Mai 2013) (Beilage 7).

¹⁰ Kopien E-Mail Sekretariat vom 24. Mai 2013 (Beilage 8) und E-Mail ICO vom 3. Juni 2013 (Beilage 9).

¹¹ Vgl. Rz 8 vorstehend. Vgl. dazu auch Krauskopf/Schaller/Bangerter, Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Rz 12.22 in fine: „Auf die Mahnung wird verzichtet, wenn der Adressat seine grundsätzliche Weigerung, die einverlangten Informationen zu liefern, zuvor unmissverständlich zum Ausdruck gebracht hat.“

¹² RPW 2007/3, 487 Rz 3, *Auskunftsverfügung i.S. Preise von Viagra etc.*; RPW 2006/3, 510 Rz 3 m.Nw., *Auskunftsverfügung IMS Health GmbH*.

¹³ RPW 2007/3, 487 Rz 4, *Auskunftsverfügung i.S. Preise von Viagra etc.*; RPW 2006/3, 510 Rz 5, *Auskunftsverfügung IMS Health GmbH*; BENOÎT MERKT, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2. Aufl. 2013, Art. 40 KG N 7; STEFAN BILGER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert [Hrsg.], 2010, Art. 40 N 3 (nachfolgend: BSK KG-BILGER); ders., Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, 239 (zit. BILGER, Verwaltungsverfahren).

¹⁴ Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021).

¹⁵ Vgl. BSK KG-BILGER, Art. 40 N 17; Krauskopf/Schaller/Bangerter, Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Rz 12.19.

¹⁶ Kopien Schreiben Sekretariat vom 14. Dezember 2012 und 15. März 2013 (Beilagen 4 und 5).

17. Die im oben genannten Auskunftsbegehren geforderten Angaben sind dem Sekretariat bis am 16. August 2013 (unter Berücksichtigung der Gerichtsferien vom 15. Juli – 15. August 2013) einzureichen.

B.4 Verhältnismässigkeit

18. Auskunftsverfügungen haben dem Verfassungsgrundsatz der Verhältnismässigkeit zu genügen. Daher müssen die einverlangten Auskünfte ein geeignetes und notwendiges Mittel darstellen, um das Ziel des jeweiligen Verfahrens erreichen zu können. Zudem müssen sie in einem vernünftigen Verhältnis zum Eingriff in die Freiheit des Auskunftspflichtigen stehen.¹⁷

19. Im vorliegenden kartellrechtlichen Verfahren nach Art. 27 KG soll abgeklärt werden, ob der untersuchte Sachverhalt gemäss Rz 1 vorstehend eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 KG darstellt, was gegebenenfalls zur Sanktionierung der beteiligten Unternehmen führen kann.

20. Das an die Verfügungsadressatin gerichtete Auskunftsbegehren vom 14. Dezember 2012 und dessen Ausdehnung vom 15. März 2013 dienen der Klärung dieses Sachverhalts. Die damit einverlangten elektronischen Kommunikationen von ICAP-Mitarbeitern mit Panelbanken sind nicht öffentlich zugänglich, befinden sich allerdings im Herrschaftsbereich der Verfügungsadressatin als Inhaberin einer Datensammlung. Nun besteht der Verdacht, dass Mitarbeiter von verschiedenen Inter-Dealer Brokern als Mittelsmänner bei den Absprachen zur Manipulation von Eingaben von Referenzzinssätzen sowie Beeinflussung der Spreads durch Banken dienen. Vor diesem Hintergrund ist deren Kommunikation mit Panelbanken für den Nachvollzug der Funktionsweise der mutmasslichen Kartelle und zur Beurteilung der Beteiligung der Inter-Dealer Broker an mutmasslichen Wettbewerbsverstössen essentiell. Das Sekretariat ist daher auf Informationen von Verfahrensparteien wie der Verfügungsadressatin angewiesen. Es kommt hinzu, dass die anderen im Gesetz vorgesehenen Instrumente zur Informationsbeschaffung – so namentlich Einvernahmen und Hausdurchsuchungen (Art. 42 KG) – angesichts der Fallumstände (ICAP hat weder Sitz noch eine Niederlassung in der Schweiz und die interessierenden ICAP-Mitarbeiter haben keinen Aufenthalt in der Schweiz) zur Klärung des Sachverhalts offensichtlich wenig geeignet sind. Unabhängig davon handelt es sich beim gestellten schriftlichen Auskunftsbegehren grundsätzlich um das mildeste Mittel der Informationsbeschaffung. Die Einforderung der genannten Auskünfte ist im vorliegenden Fall somit geeignet und erforderlich zur Abklärung und Beurteilung des kartellrechtlich relevanten Sachverhalts.

21. Gemäss dem Auskunftsbegehren sind dem Sekretariat elektronische Kommunikationen von insgesamt sieben ICAP-Mitarbeitern mit Panelbanken einzureichen. Die Auskunftspflicht ist naturgemäss mit einem gewissen Aufwand verbunden. Angesichts der Wichtigkeit dieser Auskünfte für das Kartellverfahren ist dieser Aufwand jedoch zumutbar. Zur Beantwortung des Auskunftsbegehrens wurden überdies angemessene Fristen ange setzt. Die ursprüngliche Frist bis zum 25. Januar 2013 zur Beantwortung des Auskunftsbegehrens betrug 42 Tage (unter Berücksichtigung von Art. 22a Abs. 1 Bst. c

VwVG).¹⁸ Diese Frist wurde auf Parteiantrag hin zweimal erstreckt bis zum 8. März 2013.¹⁹ Auf das anschliessende Begehren der Verfügungsadressatin um Sistierung des Auskunftsbegehrens, wurde ICAP am 15. März 2013 mitgeteilt, dass die Antwort auf das Auskunftsbegehren bis spätestens drei Tage nach Erhalt der Auskunft vom ICO einzureichen sei.²⁰ Am 27. Mai (mündlich) bzw. am 29. Mai 2013 (schriftlich) teilte die Verfügungsadressatin mit, dass sie sich ausser Stande sähe, die verlangten Kommunikationen im Einklang mit dem DPA zu liefern.²¹ Unabhängig von der Diskussion um den angeblich der Informationslieferung entgegenstehen DPA, ergibt sich, dass die Verfügungsadressatin das Auskunftsbegehren ohne Weiteres innert der verlängerten Frist hätte beantworten können – so wie das auch andere Inter-Dealer Broker mit Sitz im Vereinigten Königreich (vorbehaltslos mit dem Sekretariat kooperierend) getan haben. Die Verfügungsadressatin hat im Übrigen auch zu keiner Zeit geltend gemacht, es sei ihr – losgelöst vom DPA – unmöglich oder unzumutbar, die eingeforderten Auskünfte innert Frist zu liefern. Vielmehr hat ICAP bereits im Schreiben vom 14. Januar 2013 ihr Suchkonzept zur Beantwortung des Auskunftsbegehrens dargelegt und den dafür benötigten Zeitrahmen abgeschätzt (bis 4. März 2013).²² Die Auskunftsverfügung ist damit auch verhältnismässig im engeren Sinne.

22. Schliesslich sei erwähnt, dass die Wettbewerbsbehörden gemäss Art. 25 KG an das Amtsgeheimnis gebunden sind und keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben dürfen. Es ist somit gewährleistet, dass die durch die Verfügungsadressatin eingereichten vertraulichen Daten nicht an Dritte oder an die Öffentlichkeit gelangen. Über die rechtlichen Voraussetzungen für die Akteneinsicht und den Informationsaustausch sowie die Sekretariatspraxis dazu wurde die Verfügungsadressatin u.a. mit Schreiben vom 5. Februar 2013 eingehend aufgeklärt.²³

B.5 Entzug der aufschiebenden Wirkung

23. Auskunftsverfügungen stellen Zwischenverfügungen dar. Gemäss Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG ist gegen eine selbstständig eröffnete Zwischenverfügung die Beschwerde zulässig, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann. Die Beurteilung, ob diese Voraussetzung *in casu* erfüllt und somit auf eine allfällige Beschwerde einzutreten wäre, obliegt der Beschwerdeinstanz.

¹⁷ RPW 2007/3, 487 Rz 9, *Auskunftsverfügung i.S. Preise von Viagra etc.*, und RPW 2006/3, 510 Rz 11, *IMS Health GmbH*, je m.w.Hw.

¹⁸ Kopie Schreiben Sekretariat vom 14. Dezember 2012 (Beilage 4).

¹⁹ Kopien Schreiben Sekretariat vom 5. Februar 2013 (Beilage 10) und 21. Februar 2013 (Beilage 11).

²⁰ Kopie Schreiben Sekretariat vom 15. März 2013 (Beilage 12).

²¹ Kopie Schreiben ICAP vom 29. Mai 2013 (Beilage 6).

²² Kopie Schreiben ICAP vom 14. Januar 2013, S. 5 f. (Beilage 13).

²³ Kopie Schreiben Sekretariat vom 5. Februar 2013 (Beilage 10).

24. Soweit die Verfügung keine Geldleistungen zum Gegenstand hat, kann der Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen werden (Art. 55 Abs. 2 VwVG). Für den Entzug der aufschiebenden Wirkung müssen überzeugende Gründe vorliegen; dabei hat eine einzelfallbezogene Interessenabwägung zu erfolgen.²⁴

25. Für die Durchführung der Untersuchung werden die von den Parteien mittels koordinierter Auskunftsbegehren vom 14. Dezember 2012 (sowie in Bezug auf ICAP dessen Ausdehnung vom 15. März 2013) einverlangten Auskünfte zum jetzigen Zeitpunkt benötigt. Ohne genaueres Verständnis der Funktionsweise der mutmasslichen Kartelle und der Rolle der Parteien innerhalb dieser Kartelle können die Wettbewerbsbehörden weder den Sachverhalt abklären noch beurteilen, ob bestimmte Verhaltensweisen kartellrechtlich zulässig sind oder nicht. Eine Verlängerung des Verfahrens infolge Verzögerung der Sachverhaltsklärung ist aus Gründen der Prozessökonomie und des Beschleunigungsgebots zu vermeiden. Dies gilt vorliegend umso mehr, als in diesem Verfahren auch zahlreiche andere Parteien beteiligt sind. Dem Gleichbehandlungsgebot ist daher besondere Beachtung zu schenken. Einer allfälligen Beschwerde gegen die vorliegende Auskunftsverfügung wird daher aus Gründen des öffentlichen Interesses an der effizienten Durchsetzung des Kartellrechts und des privaten Interesses aller Verfahrensbeteiligten an der beförderlichen Durchführung des kartellrechtlichen Verfahrens die aufschiebende Wirkung entzogen.

B.6 Verwaltungs- und Strafsanktionen

26. Ein Unternehmen, das die Auskunftspflicht oder die Pflichten zur Vorlage von Urkunden nicht oder nicht richtig erfüllt, wird gemäss Art. 52 KG mit einem Betrag bis zu CHF 100'000.– belastet.

27. Zudem wird eine natürliche Person, welche vorsätzlich Verfügungen der Wettbewerbsbehörden betreffend die Auskunftspflicht (Art. 40 KG) nicht oder nicht richtig befolgt, gemäss Art. 55 KG mit Busse bis zu CHF 20'000.– bestraft.

28. Sollte die Verfügungsadressatin die mit dieser Verfügung geforderten Auskünfte dem Sekretariat nicht bis am 16. August 2013 zustellen, kann die Wettbewerbskommission sowohl eine Verwaltungs- als auch eine Strafsanktionen gemäss Art. 52 und 55 KG verhängen.

29. 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.²⁵

B.7 Kosten

30. Gemäss Art. 2 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung²⁶ ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht. Als Verwaltungsverfahren gilt auch das Verfahren auf Erlass einer Zwischenverfügung im Rahmen der Untersuchung (Art. 1 Abs. 1 let. a KG-Gebührenverordnung). Die Gebühr bemisst sich nach Zeitaufwand (Art. 4 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). Die Stundenansätze von CHF 100.– bis CHF 400.– richten sich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Den Erlass

der Zwischenverfügung hat im vorliegenden Verfahren die Verfügungsadressatin verursacht.

31. Der Zeitaufwand für die vorliegende Zwischenverfügung beläuft sich auf 16 Stunden à CHF 200.– und 1 Stunde à CHF 290.–, also insgesamt CHF 3'490.–. Diese Kosten hat die Verfügungsadressatin zu tragen.

Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und gestützt auf die vorangehenden Erwägungen verfügt das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums:

1. Die ICAP plc ist verpflichtet, dem Sekretariat bis am 16. August 2013 die mit Auskunftsbegehren vom 14. Dezember 2012 und dessen Ausdehnung vom 15. März 2013 eingeforderten Kommunikationen einzureichen.
2. Die Kosten für die vorliegende Zwischenverfügung in der Höhe von CHF 3'490.– werden der ICAP plc auferlegt.
3. Einer allfälligen Beschwerde gegen die vorliegende Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen.
4. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
 - ICAP plc, 2 Broadgate, London, EC2M 7UR, Vereinigtes Königreich vertreten durch: [...]

[Rechtsmittelbelehrung]

²⁴ RPW 2007/3, 487 Rz 14, *Auskunftsverfügung i.S. Preise von Viagra etc.*, und RPW 2006/3, 510 Rz 19, *IMS Health GmbH*; statt vieler HANSJÖRG SEILER, in: *Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2009, Art. 55 VwVG N 90 ff., und REGINA KIENER, in: *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 55 VwVG N 14, je m.Nw.

²⁵ 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*.

²⁶ Verordnung vom 25.2.1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2).

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. Emmi AG/Studer Holding AG

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 16. Mai 2013

1. Am 17. April 2013 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Emmi AG (nachfolgend: Emmi), die Holdinggesellschaft der Emmi-Gruppe, die Studer Holding AG (nachfolgend: Studer Holding) und mit ihr zwei ihrer drei Tochtergesellschaften, die Käserei Studer AG (nachfolgend: Käserei Studer) und die Studer Käsemarketing AG mittels Aktienkauf zu übernehmen.

2. Die Emmi-Gruppe ist der grösste Schweizer Milchverarbeiter und in sämtlichen traditionellen Bereichen der Milchverarbeitung tätig. Die Käserei Studer betreibt eine Käserei. Ursprünglich eine Appenzeller-Käserei, produziert sie inzwischen eine Reihe weiterer Rohmilchspezialitäten, insbesondere den scharfen Maxx, sowie Fontal und Past-Tilsiter. Des Weiteren affinert sie sämtlichen von ihr produzierten Käse, mit Ausnahme des Appenzeller Käses, sowie Käselaike von Drittfirmen. Zudem betreibt sie einen kleinen Käseladen.

3. Die wesentlichen Ziele des Zusammenschlussvorhabens seitens der Studer Holding sind eine bessere Nutzung von erfolgten Investitionen sowie eine wirtschaftlich sinnvolle Nachfolgeregelung. Emmi verspricht sich durch den Kauf der Studer Holding den Ausbau ihres Angebots an Käsespezialitäten sowie Synergien bei der Vermarktung dieser Spezialitäten.

4. Die Meldepflicht besteht gemäss Art. 9 Abs. 4 Kartellgesetz (KG)¹, da die zu übernehmende Studer Holding auch in der Produktion von Käse und somit in einem Markt tätig ist, der zu den Märkten benachbart ist, in welchen die Emmi eine marktbeherrschende resp. kollektiv marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG inne hat.²

5. Die sachliche und räumliche Marktabgrenzung wird gestützt auf die bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden vorgenommen.³ Gemäss meldendem Unternehmen ist die Marktabgrenzung gemäss der bisherigen Praxis der WEKO bezüglich Käse nicht länger sachgerecht. Sie verweist dabei auf ihre bereits im Meldeverfahren Emmi/Rutz geäusserten Kritik⁴ und bemerkt u.a., dass es bei freien Käsesorten⁵ nie selbständige Affinage-

Märkte gegeben habe. Da eine Marktabgrenzung, welche die Produktion und die Affinage von Halbhartkäse als eine einzige Stufe betrachten würde, das Resultat der vorläufigen Prüfung nicht verändern würde, wird in der hier vorliegenden vorläufigen Prüfung an den Markt-abgrenzungen gemäss der bisherigen Praxis der WEKO festgehalten.

6. Vom Zusammenschluss betroffene Märkte mit Marktanteilsadditionen sind der Beschaffungsmarkt für Rohmilch, die Produktion von Halbhartkäse und die Affinage von Halbhartkäse. Emmi erreichte in diesen Märkten 2012 jeweils einen Marktanteil von [20–30] %, die Studer Holding einen solchen von [0–10] %.⁶ Des Weiteren handelt es sich beim Absatzmarkt für Rahm allenfalls ebenfalls um einen betroffenen Markt mit Marktanteilsaddition. Auf eine Darstellung dieses Marktes wird allerdings verzichtet, da die Studer Holding nur geringe Mengen Rahm an Externe verkauft.

7. Grösster Nachfrager von Rohmilch in der Schweiz ist Emmi mit einem Marktanteil von [20–30] % im Jahr 2012.⁷ Gemäss Emmi sind ihre drei grössten Wettbewerber in diesem Markt die Crema S.A., die Hochdorf-Gruppe und die zur Migros-Industrie gehörende Estavayer Lait SA (ELSA). Die Käserei Studer kommt verglichen mit Emmi auf einen kleinen Marktanteil von [0–10] %, der kumulierte Marktanteil der Zusammenschlussparteien beträgt [20–30] %. Weitere Nachfrager von Rohmilch sind insbesondere eine grössere Anzahl (weiterer) kleinerer und grösserer Käsereien.

¹ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

² Siehe RPW 2006/2, 278 ff. Rz 110, 113, 157, *Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM*.

³ RPW 2009/2, 170 Rz 16, *Dörig Käsehandel AG/Alois Koch Käsehandel AG*; RPW 2003/3, 529 ff., *Emmi Gruppe/Swiss Dairy Food (Sorten-käsegeschäft)*.

⁴ RPW 2011/3, 415 Rz 6, *Emmi/Rutz*.

⁵ Freie Käsesorten sind Käsesorten, die nicht durch eine Sortenorganisation reguliert werden.

⁶ Die Marktanteile basieren auf Angaben der meldenden Partei sowie Berechnungen des Sekretariats gestützt auf Angaben der meldenden Partei und der Milchstatistik.ch (www.milchstatistik.ch).

⁷ In diesem Marktanteil von Emmi nicht enthalten sein dürfte die Menge an Rohmilch, welche Emmi über Zwischenprodukte wie Rahm und Käse nachfragt, was sich indirekt ebenfalls auf den Rohmilchmarkt auswirkt. Vgl. hierzu RPW 2006/2, 285 Rz 163, *Emmi/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM*.

8. Die Hauptlieferanten der Käserei Studer für Rohmilch sind rund 50 örtliche Milchproduzenten, welche zur PMO⁸ Bodensee Milch gehören. Letztere umfasst insgesamt 150 Milchproduzenten und 4 Käsereien, darunter die Käserei Studer.⁹

9. Aufgrund der geringen Marktanteilsaddition ist davon auszugehen, dass den jetzigen Lieferanten der Käserei Studer genügend alternative Absatzkanäle zur Verfügung stehen, sollten sie die Käserei Studer nicht mehr beliefern können. Deshalb ist davon auszugehen, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken in diesem Markt führt. Da es für Produzenten von Rohmilch (silofreie Fütterung) ohne weiteres möglich ist, ihre Milch auch in den Kanal der Industriemilch zu liefern, kann für sie zudem von einer gewissen Angebotsumstellungsflexibilität ausgegangen werden, was ihnen zusätzliche Alternativen bieten würde.

10. Der kumulierte Marktanteil der Zusammenschlussparteien bei der Produktion von Halbhartkäse in der Schweiz 2012 beträgt [20–30] %, wobei die Marktanteilsaddition relativ gering ausfällt. Emmi dürfte in diesem Markt Marktführer sein. Zu ihren wichtigsten Wettbewerbern gehören die Crema S.A., die Strähl AG und die Alois Imlig Käserei Oberriet AG.¹⁰ Daneben sind eine Reihe weiterer Wettbewerber auf diesem Markt tätig. Sowohl Emmi als auch die Käserei Studer produzieren Appenzeller, der gemeinsame Marktanteil beträgt dabei 2012 [10–20] %. Affiniert wird der Appenzeller Käse der Käserei Studer von Emmi.

11. Somit ist davon auszugehen, dass das Zusammenschlussvorhaben im schweizerischen Markt für die Produktion von Halbhartkäse im Allgemeinen und im schweizerischen Markt für die Produktion von Appenzeller Käse im Speziellen zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken führt.

12. Der höchste kumulierte Marktanteil beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben ergibt sich mit [30–40] % bei der Affinage von Halbhartkäse. Emmi erreichte 2012 im Markt für die Affinage von Halbhartkäse einen schweizweiten Marktanteil von [20–30] %. Gestützt auf Angaben bei Emmi/Fromalp ist zu vermuten, dass sie damit Marktführer ist.¹¹ Damals wurde festgehalten, dass im Bereich von Halbhart- und Hartkäse eine grosse Zahl kleinerer Affineure tätig ist. Mit einem Marktanteil von [0–10] % bei der Affinage von Halbhartkäse ist die Käserei Studer einer dieser kleineren Affineure. Die Marktanteilsaddition beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben ist somit entsprechend relativ gering.

13. Insgesamt verkauft Studer ca. [...] % seiner Produktion (Appenzeller Käse eingerechnet) in der Schweiz, die restlichen [...] % hauptsächlich nach Deutschland. Die Käsemärkte zur EU sind seit dem 1. Juli 2007 vollständig liberalisiert. Es ist davon auszugehen, dass der daraus entstehende Wettbewerbsdruck sich auch auf den dem Vertrieb vorgelagerten Marktstufen, darunter die Affinage, auswirkt.

14. Gestützt auf die vorab gemachten Überlegungen geht die WEKO davon aus, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben im Markt für die Affinage von

Halbhartkäse in der Schweiz zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken führt.

15. Ein Konkurrenzverbot für die Verkäufer erachtete die WEKO nach Prüfung der räumlichen, sachlichen, zeitlichen und persönlichen Dimension und mit Verweis darauf, dass diese sachlich nur für Käse gilt, welche in Machart und Geschmack den bisher von der Käserei Studer hergestellten Spezialitäten¹² gleichartig sind, als mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbundene und notwendige Vereinbarung und somit als Nebenabrede, welche unter das Konzentrationsprivileg fällt.¹³

16. Insgesamt ergab die vorläufige Prüfung keine Anhaltspunkte, wonach der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

⁸ PMO steht für Produzenten-Milchverwerter-Organisation.

⁹ Vgl. http://www.bodensee-kaese.ch/_pmobodenseemilch/, 10.05.13.

¹⁰ RPW 2010/3, 578 Rz 39, *Emmi/Fromalp*.

¹¹ RPW 2010/3, 578 Rz 42, *Emmi/Fromalp*.

¹² Zu diesen Spezialitäten gehört insbesondere der scharfe Maxx.

¹³ Für die Beurteilung von Nebenabreden zieht die WEKO die einschlägige EU-Bekanntmachung als Orientierungshilfe heran (vgl. Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl 2005/C 56/03, Rz 18 sowie RPW 2006/4, 690 Rz 41 ff., *ISS/Edelweissfm*).

B 2.3	2. Swiss Primer Site/Tertianum
-------	---------------------------------------

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 5. Juli 2013

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 3. Juli 2013

A Sachverhalt

1. Am 12. Juni 2013 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über das Zusammenschlussvorhaben Swiss Prime Site/Tertianum erhalten. Danach beabsichtigt die Swiss Prime Site den Erwerb der alleinigen Kontrolle über die Tertianum AG.

2. Swiss Prime Site ist eine Immobilien-Investmentgesellschaft. Ihr Immobilienportfolio im Wert von rund CHF 8.6 Mrd. besteht primär aus Geschäfts- und Detailhandelsimmobilien. Darüber hinaus ist Swiss Prime Site im Bereich Immobilienbewirtschaftung (Facility Management) über die Wincasa AG (Wincasa) tätig und betreibt ein Warenhaus (über die Jelmoli Holding AG), ein Restaurant (über die Clouds Gastro AG) und ein Hotel (über die GLPH SA).¹

3. Die Tertianum AG bzw. ihre Tochtergesellschaften Tertianum Ticino SA, Perlavita AG, Perlavita Rosenau AG, Permed AG (zusammen Tertianum Gruppe) bieten Dienstleistungen in den Bereichen betreutes Wohnen (über Tertianum AG, Tertianum Ticino AG, Perlavita Rosenau AG, Perlavita AG), Pflegedienstleistungen (über Tertianum AG, Tertianum Ticino SA, Perlavita AG, Permed AG) sowie Personalvermittlung (über Permed AG) an.²

4. Die Tertianum Gruppe wird derzeit von den vier Aktionären Zürcher Kantonalbank ([●] %), Schweizerische Rückversicherungs-Gesellschaft AG ([●] %), Helvetia Schweizerische Lebensversicherungsgesellschaft AG ([●] %) und Bruno Marazzi ([●] %) gehalten.

5. Hintergrund der vorliegenden Transaktion ist der Umstand, dass sich die Veräusserer von einer Beteiligung trennen wollen, die nicht zum Kerngeschäft gehört. Für Swiss Prime Site dient die Transaktion der Ergänzung des Immobilienportfolios.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

6. 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

7. 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

8. Swiss Prime Site wird sämtliche Aktien der Tertianum AG, der Muttergesellschaft der Tertianum Gruppe, von den bisherigen Aktionären übernehmen. Sie erlangt damit die vollständige Kontrolle über die Tertianum Gruppe, womit ein Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 1 Bst. a der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) vorliegt.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

9. 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

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

¹ Hingegen ist Swiss Prime Site nicht mehr im Bereich der Pay- und Kreditkarten tätig. Jelmoli Paycard und Jelmoli Visa Bonus Card werden von der früheren Jelmoli Bonus Card AG (heute BonusCard.ch AG) herausgegeben. Diese Gesellschaft wurde in einem ersten Schritt im Mai 2010 von der Valartis-Gruppe (damals umfirmiert in: Valartis Bonus Card AG) übernommen. In einem zweiten Schritt wurde sie Ende 2011 an die Cornèr-Bank veräussert und firmiert seither als BonusCard.ch AG (<<http://www.cornèrbank.ch/ch/html/de/lesedl/affillateestere/bonuscard/Index.html>>). Die BonusCard.ch AG ist Kartenherausgeber der Jelmoli Paycard sowie der Jelmoli Visa Bonus Card.

² Der neuste Brand der Tertianum Gruppe heisst Vitadomo. Unter diesem will die Tertianum Gruppe ihre Angebots- und Dienstleistungspalette ausbauen. Jedoch sollen sich sowohl Angebot als auch Zielgruppe von Vitadomo von denjenigen der bestehenden Tertianum Residenzen unterscheiden. Der Zeitplan sieht vor, dass anfangs 2015 der erste Vitadomo Standort seinen Betrieb aufnimmt. Mehr dazu unter <<http://www.tertianum.ch/de/aktuelles/news/4149/Vitadomo-heisst-der-neuste-Brand-der-TERTIANUM-Gruppe>> (24.06.2013). Die Tertianum Gruppe plant, 100 % an der Vitadomo AG zu halten.

11. Die Umsätze der beteiligten Unternehmen sind wie folgt:

Umsatz 2012	Swiss Prime Site	Tertianum	Zusammen
In der Schweiz	CHF 592 Mio.	CHF 214 Mio.	CHF 806 Mio.
Weltweit	CHF 592 Mio.	CHF 214 Mio.	CHF 806 Mio.

12. Die beteiligten Unternehmen erzielten im Jahr 2012 in der Schweiz insgesamt einen Umsatz von über CHF 500 Mio. und einzeln jeweils mehr als CHF 100 Mio., womit die Grenzwerte gemäss Artikel 9 Absatz 1 überschritten sind. Das Zusammenschlussvorhaben ist somit meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

13. 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).

14. 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.

15. 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). 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).

16. 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.

17. Hinsichtlich Märkten, auf denen lediglich eines der beteiligten Unternehmen mit einem Marktanteil von mindestens 30 % tätig ist, ergibt sich aus der Mitteilung des Sekretariats, welche die jüngste, präzisierende Praxis der Wettbewerbsbehörden aufgreift³, dass trotz Bestehens solcher an sich betroffener Märkte in der Regel von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen und entsprechend auf eine eingehende Analyse dieser Märkte verzichtet werden kann, sofern nicht ein anderes beteiligtes Unternehmen (i) auf einem im Ver-

hältnis zu diesem betroffenen Markt vor- oder nachgelagerten oder benachbarten – eng verbundenen – Markt tätig ist; oder (ii) den Markteintritt in den betroffenen Markt plant oder wenn es diese Zielsetzung im Verlaufe der letzten zwei Jahre verfolgt hat; oder (iii) über geistige Eigentumsrechte auf diesem betroffenen Markt verfügt; oder (iv) zwar auf dem betroffenen sachlichen, nicht aber räumlichen Markt tätig ist.

18. Swiss Prime Site ist selbst bzw. über weitere Gesellschaften in folgenden Bereichen tätig: Immobiliengeschäft / Immobilienhandel und –bewirtschaftung (bzw. Facility Management) / Detailhandel / Betreiben eines Restaurants und eines Hotels (vgl. Rz 2).

19. Die Tertianum Gruppe ist in folgenden Bereichen tätig: Betreutes Wohnen / Pflegedienstleistungen / Personalvermittlung (vgl. Rz 3).

20. Hinsichtlich der Abgrenzung der beiden Bereiche Immobiliengeschäft und Immobilienhandel/-bewirtschaftung präzisiert die WEKO vorliegend ihre Praxis, ohne jedoch die entsprechenden Märkte definitiv abzugrenzen. Sie hält fest, dass der Bereich des Immobiliengeschäfts in erster Linie die Tätigkeiten des Haltens und Vermietens von Immobilien beinhaltet.⁴ Weiterhin fallen unter diesen Bereich auch das Kaufen und Verkaufen von eigenen Immobilien (vgl. Rz 21). Der Bereich Immobilienhandel beinhaltet gemäss der vorliegenden Präzisierung die Unterstützung von Dritten beim Verkauf und beim Kauf von Immobilien und ist daher nicht auf den Kauf bzw. Verkauf von eigenen Immobilien ausgerichtet (vgl. Rz 30).

B.4.1 Immobiliengeschäft

B.4.1.1 Sachlich relevanter Markt

21. Das Immobiliengeschäft umfasst die Entwicklung, Haltung und Vermietung sowie den Kauf und Verkauf von Liegenschaften. Die Haupttätigkeit besteht dabei im Halten und Vermieten von Liegenschaften, wobei die übrigen Tätigkeiten diesem Ziel untergeordnet sind. Die

³ Mitteilung: Neue Praxis bei Zusammenschlussverfahren vom 25.03.2011, abrufbar unter <www.weko.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=de>.

⁴ So auch bereits in RPW 2009/2, 187 Fn 4, *Swiss Prime Site/Jelmoli Holding AG*: „Die Haupttätigkeiten der Immobiliengesellschaften Swiss Prime Site und Jelmoli bestehen im Halten und Vermieten von Liegenschaften. Käufe und Verkäufe werden gemäss Aussage der Parteien getätigt, um das Liegenschaftsportfolio zu optimieren und nicht in erster Linie mit dem Ziel, Umsätze zu generieren.“

Marktgegenseite bilden daher insbesondere Mieter sowie Käufer und Verkäufer von Immobilien. Das Immobiliengeschäft kann weiter in die Bereiche *Geschäftsliegenschaften* (Büroliegenschaften und Retailliegenschaften) und *Wohnliegenschaften* unterteilt werden.⁵

22. Swiss Prime Site ist der Auffassung, dass der Bereich Immobiliengeschäft nicht nach Art der Liegenschaft (Gewerbe- und Wohnliegenschaften) unterteilt werden muss, da das Halten und Vermieten von Liegenschaften ähnliche Anforderungen an das Know-how stellt, unabhängig von der Art der Liegenschaft. Dem ist nicht beizupflichten, da die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes aus der Perspektive der Marktgegenseite vorgenommen wird. Die WEKO hält daher an ihrer bisherigen Praxis fest und betrachtet das Immobiliengeschäft mit Geschäftsliegenschaften (Büro- und Retailliegenschaften) einerseits, sowie das Immobiliengeschäft mit Wohnliegenschaften andererseits je voneinander getrennt.⁶ Auf eine definitive Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes kann indes auch im vorliegenden Fall verzichtet werden.

B.4.1.2 Räumlich relevanter Markt

23. Die WEKO hat die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes in ihren bisherigen Entscheiden offen gelassen.⁷ Sie hat jedoch aufgrund grosser regionaler Unterschiede in Bezug auf die Attraktivität eines Standortes sowie aufgrund der eingeschränkten geographischen Mobilität eine regionale Abgrenzung des Immobiliengeschäfts als naheliegend empfunden. Darüber hinaus hat sie speziell für Geschäftsliegenschaften (Büro- und Retailliegenschaften) eine weitere Segmentierung nach wirtschaftlichen Ballungszentren (z.B. Grossraum Zürich oder Genf) für denkbar gehalten.⁸

24. Auch im vorliegenden Fall kann auf eine definitive Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes verzichtet werden, da selbst bei der engst möglichen räumlichen Abgrenzung keine Anhaltspunkte für eine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung vorliegen. Im Sinne einer Arbeitshypothese wird im Folgenden von regionalen Märkten, mit spezieller Betrachtung der wirtschaftlichen Ballungszentren Zürich und Genf ausgegangen.

B.4.1.3 Voraussichtliche Stellung im Markt

25. Im Bereich *Immobiliengeschäft mit Geschäftsliegenschaften* ist nur Swiss Prime Site tätig und es kommt folglich zu keinen Marktanteilsadditionen. Swiss Prime Site hat in keiner der betrachteten Regionen [Region Genf (Genfersee), Westschweiz, Region Bern, Nordwestschweiz, Inner-/Zentralschweiz, Region Zürich, Ostschweiz, Südschweiz (Tessin), Stadt Genf, Stadt Zürich] mehr als [10] % Marktanteil in diesem Bereich.⁹ Gesamtschweizerisch hat sie weniger als [unter 10] % Marktanteil. Daran ändert sich auch nichts Wesentliches, wenn man innerhalb dieses Bereichs Büro- und Retailliegenschaften getrennt betrachtet.

26. Im Bereich *Immobiliengeschäft mit Wohnliegenschaften* ist einerseits die Swiss Prime Site tätig, andererseits vermietet auch die Tertianum Gruppe Wohnungen, dies allerdings nur im Rahmen des „betreuten Wohnens“ (vergleiche dazu Rz 41 ff.). Die Vermietung stellt dabei einen untergeordneten Anteil der Dienstleistung dar.

Dies äussert sich unter anderem darin, dass gemäss Angaben der meldenden Partei lediglich CHF [●] Mio. des Gesamtumsatzes im Bereich „betreutes Wohnen“ (CHF [●] Mio.) auf Mieterträge zurückzuführen sind. Die meldende Partei geht daher davon aus, dass die Tertianum Gruppe nicht im Bereich Immobiliengeschäft mit Wohnliegenschaften tätig ist. Ginge man trotzdem davon aus, dass auch die Tertianum Gruppe im Bereich Immobiliengeschäft mit Wohnliegenschaften tätig ist, so ergäbe sich gemäss Angaben der meldenden Partei ein kumulierter Marktanteil von deutlich unter [10] %, sowohl für die gesamte Schweiz als auch für die entsprechenden Regionen (vgl. Rz 25). Diese Zahlen scheinen plausibel, bedenkt man, dass sowohl Swiss Prime Site als auch die Tertianum Gruppe nur über eine äusserst geringe Anzahl an Wohnliegenschaften verfügen.¹⁰

27. Nach Angabe der meldenden Partei existieren im Bereich Immobiliengeschäft verschiedene Wettbewerber, welche gemessen am Verkehrswert ihrer Liegenschaften eine ähnliche Grösse aufweisen wie Swiss Prime Site. So u.a. Swisslife, Zürich Versicherung, AXA Winterthur, UBS Sima, PSP Swiss Property AG, Basler Versicherung, Pensionskasse-Migros (MPK), Suva, BVK Zürich, Allreal.

28. Obschon es sich bei diesen Wettbewerbern nicht durchwegs um eigenständige Immobiliengesellschaften wie Swiss Prime Site handelt, sondern teilweise auch um Grundeigentümer wie Pensionskassen und Versicherungen, kann davon ausgegangen werden, dass die genannten Unternehmen im Bereich Immobiliengeschäft untereinander und mit Swiss Prime Site im Wettbewerb stehen. So hat die WEKO bereits im Entscheid Swiss Prime Site/Jelmoli Holding AG festgehalten, dass die Liegenschaftsbesitzer unabhängig von ihrer Organisationsform dieselbe wirtschaftliche Tätigkeit ausüben und daher zueinander in einem Konkurrenzverhältnis stehen.¹¹

B.4.1.4 Schlussfolgerung

29. Im Bereich *Immobiliengeschäft mit Geschäftsliegenschaften* kommt es zu keinen Marktanteilsadditionen und die Marktanteile der Swiss Prime Site sind gering. Im

⁵ RPW 2010/2, 237 Rz 24, *Stoffel Participations Group/Bau-engineering/Swissbuilding Concept*, RPW 2009/2, 187 Rz 16, *Swiss Prime Site AG/Jelmoli Holding AG*.

⁶ Vgl. Fn 6.

⁷ RPW 2010/2, 238 Rz 26, *Stoffel Participations Group/Bau-engineering/Swissbuilding Concept*, RPW 2009/2, 188 Rz 20, *Swiss Prime Site AG/Jelmoli Holding AG*.

⁸ RPW 2009/2, 188 Rz 22, *Swiss Prime Site AG/Jelmoli Holding AG*.

⁹ Für die Schätzung der Marktanteile wurden – wie im Entscheid Swiss Prime Site AG/Jelmoli Holding AG (vgl. RPW 2009/2, 188 Rz 26) – Flächenhochrechnungen der Firma Wüest & Partner verwendet.

¹⁰ Swiss Prime Site verfügt über fast keine reinen Wohnliegenschaften. Sie besitzt Liegenschaften mit Wohnungen fast ausschliesslich aufgrund von Gewerbeliegenschaften mit Wohnanteil (vgl. dazu auch RPW 2009/2, 188 Rz 30, *Swiss Prime Site/Jelmoli Holding AG*). Gemäss einem „Fact Sheet“ auf der Swiss Prime Site Homepage beträgt der Anteil des geschätzten künftigen Nettomietetrags für das Segment „Wohnen“ am gesamten Nettomietetrags aus dem Swiss Prime Site Portfolio etwa 1 %. <www.swiss-prime-site.ch/d/pdf/Factsheet_d.pdf> (18.06.2013). Die Tertianum Gruppe verfügt über lediglich 21 Wohnliegenschaften.

¹¹ RPW 2009/2, 189 Rz 34 ff., *Swiss Prime Site/Jelmoli Holding AG*.

Bereich *Immobiliengeschäft mit Wohnliegenschaften* käme es allenfalls zu geringfügigen Marktanteilsadditionen, wenn man davon ausginge, dass die Tertianum Gruppe im Rahmen ihrer Tätigkeit „betreutes Wohnen“ ebenfalls im Bereich Immobiliengeschäft mit Wohnliegenschaften tätig wäre. Darüber hinaus ist die Tertianum Gruppe weder auf vor- noch nachgelagerten oder benachbarten Märkten tätig, weshalb keine vertikalen oder konglomerale Effekte zu erwarten sind. Damit sind die Bereiche Immobiliengeschäft mit Geschäfts- und Wohnliegenschaften nicht als betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. a Bst. d VKU zu betrachten, womit sich eine weiterführende Analyse erübrigt.

B.4.2 Immobilienhandel und –bewirtschaftung/Facility Management

B.4.2.1 Sachlich relevanter Markt

30. Gemäss Praxis der WEKO sind Immobilienhandel und Immobilienbewirtschaftung demselben sachlich relevanten Markt zuzuordnen.¹² Der Immobilienhandel umfasst die Unterstützung beim Verkauf und die Vermittlung von Immobilien, die Objektaufnahme, die Gutachterstätigkeit (z.B. Verkehrswertschätzungen) sowie das Führen von Verkaufsverhandlungen, Kaufabschlüsse und die eigentliche Vertragsabwicklung. Zur Immobilienbewirtschaftung gehören im Wesentlichen Erst- und Spezialvermietungen, der Abschluss und die Auflösung von Hauswartverträgen, das Inkasso der Mietzinse und Nebenkosten, die periodische Überprüfung der Mietzinssätze, das Portfoliomanagement sowie die Erteilung von Wartungsaufträgen.

31. Eng mit der Immobilienbewirtschaftung verbunden ist das *Facility Management*. Dieses umfasst gemäss gängiger Praxis der WEKO „alle Dienstleistungen, die zum Betreiben und Unterhalten eines Gebäudes oder einer Immobilie erforderlich sind“.¹³ Im Fall ISS/Edelweiss hat die WEKO verschiedene Untersegmente des Facility Managements untersucht, die Frage, ob es sich dabei um einzelne sachlich relevante Märkte handelt jedoch offen gelassen.¹⁴

32. Swiss Prime Site ist der Auffassung, dass die Tätigkeiten ihrer Tochtergesellschaft Wincasa dem Bereich Immobilienhandel und –bewirtschaftung und nicht dem Facility Management zuzuordnen sind. Dies treffe auch auf die von Wincasa unter dem Titel „Facility Management“ erbrachten Leistungen zu. Als Grund dafür gibt Swiss Prime Site an, dass sich die Tätigkeiten der Wincasa in diesem Bereich auf sogenannte „White-Collar“-Dienstleistungen beschränken, wohingegen viele der von der WEKO unter dem Titel „Facility Management“ subsumierten Tätigkeiten sogenannte „Blue-Collar“-Dienstleistungen darstellen.¹⁵ Solche „Blue-Collar“-Dienstleistungen würden von Wincasa nicht selber erbracht.¹⁶

33. Die Frage, ob die Tätigkeiten der Wincasa dem Bereich Immobilienhandel und –bewirtschaftung oder dem Bereich Facility Management und darin allenfalls weiteren Teilmärkten zuzuordnen sind, kann vorliegend offen bleiben, da sich unabhängig von der Zuordnung die gleiche wettbewerbsrechtliche Analyse und damit die gleichen wettbewerbsrechtlichen Schlussfolgerungen ergeben. Darüber hinaus kann ebenfalls auf eine definitive

Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte verzichtet werden, da keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung in den entsprechenden Bereichen begründet oder verstärkt wird.

B.4.2.2 Räumlich relevanter Markt

34. Die WEKO hat den räumlich relevanten Markt sowohl für den Bereich Immobilienhandel und –bewirtschaftung als auch für das Facility Management als national angedacht. Im Bereich des Facility Managements hat sie sich jedoch überlegt, ob für gewisse Dienstleistungen eher ein regionaler (evtl. auch grenzüberschreitender) Markt abzugrenzen wäre, wobei sie die Frage schliesslich offen gelassen hat.¹⁷

35. Auch im vorliegenden Fall kann auf eine definitive Abgrenzung der räumlich relevanten Märkte verzichtet werden, da keine Anzeichen dafür bestehen, dass das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt (sowohl im Bereich Immobilienhandel/-bewirtschaftung als auch im Bereich Facility Management und allfälliger weiterer Teilmärkte).

B.4.2.3 Voraussichtliche Stellung im Markt

36. Unabhängig davon, ob man die erwähnten „White-Collar“-Tätigkeiten dem Immobilienhandel und –bewirtschaftung oder dem Facility Management zuordnet, ist ausschliesslich die Wincasa (und damit Swiss Prime Site) im entsprechenden Bereich tätig und dies kommt folglich zu keinen Marktanteilsadditionen. Darüber hinaus ist die Tertianum Gruppe weder auf vor- noch nachgelagerten noch benachbarten Märkten tätig, weshalb auch keine vertikalen oder konglomerale Effekte zu erwarten sind.

37. Die meldende Partei schätzt – da keine verlässlichen Marktdaten verfügbar seien – ihre Marktanteile sowohl in der Schweiz als auch in jeder Region (im Falle einer engeren räumlichen Marktangrenzungen) auf unter [10] %, dies unabhängig davon, ob die Tätigkeiten der Wincasa dem Bereich Immobilienhandel und –bewirtschaftung oder dem Facility Management und dabei allfälligen weiteren Teilmärkten zugeordnet werden. Die meldende Partei macht diesbezüglich geltend, dass der Bereich Immobilienhandel und –bewirtschaftung (oder entsprechend das Facility Management) atomistisch strukturiert

¹² RPW 2007/1, 105 Rz 53, *Zschokke Holding AG/Batigroup Holding AG*.

¹³ Vgl. dazu RPW 2010/2, 238 Rz 28, *Stoffel Participations Group/Bauengineering/Swissbuilding Concept*; RPW 2006/4, 684 Rz 20, *ISS/Edelweiss* sowie RPW 2004/1, 144 Rz 17, 3i *Group plc/MIB AG*.

¹⁴ RPW 2006/4, 683 ff. Rz 15 ff., *ISS/Edelweiss*.

¹⁵ „Unter dem Begriff Blue-Collar-Arbeiter (collar = engl. für Kragen) versteht man die zumeist in einem Produktionsbetrieb beschäftigten Industriearbeiter und Handwerker. [...] Die sprachliche Unterscheidung spielt an auf die unterschiedliche Kleidung der Arbeiter und der (Büro-) Angestellten (White-Collar).“ <http://de.wikipedia.org/wiki/Blue_Collar> (13.06.2013).

¹⁶ Gemäss Angabe der Parteien organisiert Wincasa z.B. Putzinstitute und verfügt nicht über eigenes Personal zur Reinigung von Räumlichkeiten.

¹⁷ Für Immobilienhandel und –bewirtschaftung: RPW 2007/1, 106 Tabelle 2, *Zschokke Holding AG/Batigroup Holding AG*. Für Facility Management: RPW 2006/4, 687 Rz 25, *ISS/Edelweiss*.

seien und eine Fülle von Wettbewerbern im Markt tätig sei, so z.B. Livit, Privera, EPM Swiss Property Management, Groupe Bernard Nicod, Intercity Société Privée de Gérance, Foncia, Schaeppi Immobilien, Verit, Steiner, Immoeris, Gribi Theurillat AG, Regimo Immobiliendienstleistungen, Colliers CSL AG, von Graffenried AG, Naef S.A., Hammer Retex AG. Die Angaben der meldenden Partei bezüglich der geschätzten Marktanteile sowie der Beschreibung eines atomistisch strukturierten und fragmentierten Marktes mit vielen Anbietern im Bereich Immobilienhandel/-bewirtschaftung oder Facility Management scheinen insofern plausibel, als dass sie sich mit den Angaben aus früheren Zusammenschlussverfahren decken.¹⁸

B.4.2.4 Schlussfolgerung

38. Unabhängig davon, welchem Bereich man die Tätigkeiten von Wincasa (Swiss Prime Site) zuordnet (*Immobilienhandel und -bewirtschaftung oder Facility Management*), kommt es zu keinen Marktanteilsadditionen. Die Tertianum Gruppe ist weder auf vor- noch nachgelagerten oder benachbarten Märkten tätig. Ausserdem scheinen die Marktanteilsschätzungen der Parteien, welche auf niedrige Marktanteile schliessen lassen plausibel. Damit sind die Bereiche Immobilienhandel- und -bewirtschaftung/Facility Management nicht als betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. a Bst. d VKU zu betrachten, womit sich eine weiterführende Analyse erübrigt.

B.4.3 Weitere Tätigkeiten von Swiss Prime Site

39. Wie bereits erwähnt (vgl. Rz 2 und 18), betreibt Swiss Prime Site auch ein Warenhaus (Jelmoli-The House of Brands über die Jelmoli Hodling AG) in der Stadt Zürich sowie ein Restaurant im Prime Tower in Zürich (Restaurant Clouds über die Clouds Gastro AG) sowie ein Hotel in Lancy (Hotel Ramada Encore über die GLPH SA). Die Tertianum Gruppe übt keine dieser Tätigkeiten aus und ist bezüglich deren weder auf vor- noch nachgelagerten noch benachbarten Märkten tätig.

40. Bezüglich dieser drei Tätigkeiten von Swiss Prime Site kann auf eine weitere Analyse verzichtet werden, da nicht davon auszugehen ist, dass in Verbindung mit diesen durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird. Dies rechtfertigt sich wie folgt: Mit dem Betrieb jeweils eines einzelnen Warenhauses, Restaurants oder Hotels hat Swiss Prime Site *keine signifikanten Marktanteile* auf den entsprechenden Märkten inne. Darüber hinaus kommt es bezüglich dieser drei Tätigkeiten zu *keinen Marktanteilsadditionen*. Ebenso wenig sind *vertikale oder konglomerale Effekte* zu erwarten, ist die Tertianum Gruppe doch weder auf vor- oder nachgelagerten noch benachbarten Märkten tätig.

B.4.4 Weitere Tätigkeiten der Tertianum Gruppe

B.4.4.1 Betreutes Wohnen

41. Nach Angaben der meldenden Partei umfasst der Bereich *betreutes Wohnen* in sachlicher Hinsicht das Angebot der Kombination von lebenslangen Wohn- und Betreuungsmöglichkeiten für Senioren innerhalb einer Wohnanlage.¹⁹ Die Tätigkeiten innerhalb dieses Bereichs bestünden aus dem Angebot von voll ausgestatte-

ten Wohnungen (eigenes Bad, Küche, Waschturm, etc.), Sicherheitsleistungen (Schliess- und Lichtsysteme, Notrufsystem etc.), Betreuungsdienstleistungen, Pflegestationen mit stationären und ambulanten Angeboten sowie Dienstleistungen im Gastronomie- und Unterhaltungsbereich.

42. Ebenfalls nach Angaben der meldenden Partei ist die räumliche Dimension des betreuten Wohnens national. Sie begründen dies mit den national einheitlichen Wettbewerbsbedingungen und dem Umstand, dass sowohl die Tertianum Gruppe als auch alle ihre grossen Konkurrenten in der ganzen Schweiz – und nicht nur innerhalb einer bestimmten Region – expandiert haben.

43. Ob diesen Ansichten schliesslich zugestimmt werden kann oder ob in sachlicher und/oder räumlicher Hinsicht eine engere²⁰ oder allenfalls weitere Abgrenzung der relevanten Märkte angebracht wäre, kann im vorliegenden Fall offen gelassen werden. Es bestehen nämlich keine Anhaltspunkte dafür, dass durch den Zusammenschluss im Bereich betreutes Wohnen eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkte würde. Dies rechtfertigt sich wie folgt:

- i. Da nur die Tertianum Gruppe in diesem Bereich tätig ist, kommt es zu keinen Marktanteilsadditionen. Darüber hinaus ist Swiss Prime Site weder auf vor- noch nachgelagerten oder benachbarten Märkten tätig, weshalb keine vertikalen oder konglomerale Effekte zu erwarten sind.
- ii. Verifizierbare Marktanteilszahlen sind gemäss Angaben der meldenden Partei keine vorhanden. Jedoch schätzt die Tertianum Gruppe ihre Marktanteile im Bereich betreutes Wohnen in der Schweiz auf unter [10] %. Sie geht weiter davon aus, dass sie in keinem Kanton, in dem sie in diesem Bereich tätig ist, mehr als [10] % Marktanteil aufweist. Zur Plausibilisierung dieser Schätzungen macht die meldende Partei geltend, dass neben der Tertianum Gruppe viele weitere Wettbewerber im Bereich betreutes Wohnen tätig sind. Die grössten unter den zahlreichen Wettbewerbern seien SENIOcare, Senevita, Domicil oder auch die Altersheime der Stadt Zürich, welche – wie aus der unteren Tabelle ersichtlich – bezüglich Anzahl Wohnungen und/oder Anzahl Gästen eine ähnliche Grösse wie die Tertianum Gruppe aufweisen:

¹⁸ Vgl. u.a. RPW 2001/3, 568 f. Rz 15 ff., *Zschokke Holding AG/Göhner Merkur AG*; RPW 2004/1, 144 Rz 19, *3i Group plc/MIB AG*; RPW 2005/2, 402 Rz 31 ff., *EQT/The Goldman Sachs Group/ISS A/S*; RPW 2006/4, 687 Rz 27, *ISS/Edleweiss*; RPW 2007/1, 107 Tabelle 3, *Zschokke Holding AG/Batigroup Holding AG*; RPW 2010/2, 238 Rz 32, *Stoffel Participation Group/Bauengineering/Swissbuilding Concept*.

¹⁹ Die WEKO hat sich bisher nicht zum betreuten Wohnen geäussert.

²⁰ Die Abgrenzung der räumlich relevanten Märkte im Bereich betreutes Wohnen hängt von der geographischen Mobilität von Senioren ab. Ist diese Mobilität eingeschränkt, scheint die Betrachtung von engeren räumlich relevanten Märkten angebracht. Eine definitive Abgrenzung wird vorliegend – wie oben erwähnt – jedoch offen gelassen.

Grösste Anbieter	Betriebe	Wohnungen	Gäste
Tertianum Gruppe	21	1'221	1'870
SENIOCare	27	160	>1'000
Senevita	13	751	>1'000
Domicil	19	1'277	1'400
Altersheime Stadt ZH	22	1'989	2'144
SAW	35	2'000	2'000

Quelle: Angaben der meldenden Partei.

B.4.4.2 Pflegedienstleistungen

44. Nach Angaben der meldenden Partei umfasst der Bereich *Pflegedienstleistungen* sowohl stationäre Dienstleistungen (anhaltende Unterbringung sowie Pflege und Versorgung von pflegebedürftigen Senioren in Pflegeheimen) und ambulante Pflege (pflegerische und hauswirtschaftliche Versorgung von pflegebedürftigen Senioren).²¹ Eine Unterscheidung dieser beiden Segmente ist nach Ansicht der meldenden Partei nicht angebracht. Der Bereich Pflegedienstleistungen unterscheidet sich insofern vom betreuten Wohnen, als dass in diesem Bereich Leistungen an Senioren erbracht werden, welche nicht in den Residenzen der Tertianum Gruppe wohnhaft sind.

45. In räumlicher Hinsicht vertritt die meldende Partei die Auffassung, dass von einem nationalen Markt auszugehen sei.

46. Analog zum Bereich betreutes Wohnen kann offen gelassen werden, ob den Ansichten der meldenden Partei bezüglich Abgrenzung der relevanten Märkte zugestimmt werden kann oder nicht, da wiederum keine Anzeichen vorliegen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird. Es kann wiederum folgendes festgestellt werden:

- i. Nur die Tertianum Gruppe ist im Bereich Pflegedienstleistungen tätig und es kommt folglich zu keinen Marktanteilsadditionen. Die Swiss Prime Site ist ihrerseits weder auf vor- noch nachgelagerten oder benachbarten Märkten tätig weshalb auch keine vertikalen oder konglomerale Effekte zu erwarten sind.
- ii. Obschon gemäss Angaben der meldenden Partei keine verlässlichen Marktdaten zum Bereich Pflegedienstleistungen vorhanden sind, schätzt die Tertianum Gruppe ihre Marktanteile in der Schweiz und in jedem Kanton auf deutlich unter [10] % (nämlich ca. [●] %), selbst wenn man in sachlicher Hinsicht eine Trennung von stationärer und ambulanter Pflege vornehmen würde. In diesem Zusammenhang schätzt die meldende Partei das Marktvolumen im Bereich stationäre Pflege in der Schweiz auf CHF 8 Mrd. während der Umsatz

der Tertianum Gruppe in diesem Bereich im Jahr 2012 CHF [●] Mio. betragen hat. Als grössten Privatanbieter führt sie Seniocare mit einem geschätzten Umsatz von CHF [●] Mio. auf. Im Bereich ambulante Pflege schätzt die meldende Partei den Branchenumsatz in der Schweiz auf CHF 2 Mrd. während der Umsatz der Tertianum Gruppe in diesem Bereich im Jahr 2012 CHF [●] Mio. betragen hat. Sie macht weiter geltend, dass der Bereich Pflegedienstleistungen durch öffentlich-rechtliche Anbieter (meist gemeindeeigene bzw. regionale Institutionen) dominiert sei.

B.4.4.3 Personalvermittlung

47. Im Bereich *Personalvermittlung* hat die WEKO zwischen den (Haupt-)Märkten *Temporärarbeitsvermittlung* und *Feststellenvermittlung* unterschieden. Sie hat dabei eine weitere Segmentierung nach einzelnen Berufsbranchen (z.B. Finanz- und Rechnungswesen, Technik, Medizinalwesen etc.) oder eine weitere Segmentierung in unterschiedliche Ausbildungsstufen (allgemeine und qualifizierte Personalbesetzung) für denkbar erachtet, im Entscheid jedoch offen gelassen.²²

48. In räumlicher Hinsicht ist die WEKO grundsätzlich von nationalen Märkten sowohl für die Temporärarbeits- als auch die Feststellenvermittlung ausgegangen. Sie hat jedoch die Frage aufgeworfen, ob eine engere Abgrenzung nach den drei Sprachregionen (deutsche, französische und italienische Schweiz) angebracht wäre. Diese Frage wurde schliesslich jedoch offen gelassen.²³

²¹ Die WEKO hat sich bisher nicht zu Pflegedienstleistungen geäussert.

²² RPW 2008/3, 461 Rz 19 ff., *Randstad (Schweiz) AG/Vedior (Schweiz) AG*.

²³ RPW 2008/3, 462 Rz 26 ff., *Randstad (Schweiz) AG/Vedior (Schweiz) AG*.

49. Auch im vorliegenden Fall können die Fragen nach einer möglichen engeren sachlichen und/oder räumlichen Abgrenzung im Bereich Personalvermittlung offen gelassen werden, da keine Anzeichen dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird. Die Begründung folgt dabei der gleichen Argumentation wie zuvor in den Bereichen *Betreutes Wohnen* (Rz i f.) und *Pflegedienstleistungen* (Rz 46):

- i. Da nur die Tertianum Gruppe in diesem Bereich tätig ist, kommt es zu keinen Marktanteilsadditionen. Da die Swiss Prime Site ausserdem weder auf vor- noch nachgelagerten noch benachbarten Märkten tätig ist, sind auch keine vertikalen oder konglomerale Effekte in diesem Bereich zu erwarten.
- ii. Bezüglich der Marktanteile schätzt die Tertianum Gruppe diese sowohl bei der Temporärarbeits- als auch bei der Feststellenvermittlung auf weniger als [10] %. Wiederum können von der meldenden Partei keine verifizierbaren Zahlen zu diesen Schätzungen geliefert werden. Vergleicht man jedoch den Umsatz der Tertianum Gruppe im Bereich Personalvermittlung (ca. CHF [●] Mio.) mit den Umsätzen der in diesen Bereichen grössten Wettbewerber (Adecco, Manpower, Randstad, Kelly Services) wie sie im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens *Randstad (Schweiz) AG/Vedior (Schweiz) AG*²⁴ gemeldet wurden, so scheinen die vorliegenden Schätzungen durchaus plausibel.

B.4.5 Ergebnis

50. Im Zusammenschlussvorhaben Swiss Prime Site/Tertianum kommt es höchstens in einem Bereich zu Marktanteilsadditionen (*Immobiliengeschäft für Wohnliegenschaften*). Diese Marktanteilsadditionen – sofern man tatsächlich davon ausgeht, dass auch die Tertianum Gruppe in diesem Bereich tätig ist – wären jedoch minimal. Darüber hinaus scheinen weder die Swiss Prime Site noch die Tertianum Gruppe über grosse Marktanteile in jenen Segmenten, in welchen sie tätig sind zu verfügen. Konglomerale und vertikale Auswirkungen sind ebenfalls keine zu erwarten. Die vorläufige Prüfung ergibt daher keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung nach Art. 10 KG sind nicht gegeben.

²⁴ RPW 2008/3, 460 ff., *Randstad (Schweiz) AG/Vedior (Schweiz) AG*.

B 2.3	3. AET/SES
-------	------------

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 25. Juni 2013

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 21. Juni 2013

A En fait

1. Le 5 juin 2013, la Commission de la concurrence (COMCO) a reçu une notification annonçant que l'Azienda elettrica ticinese (AET) a l'intention d'acquérir indirectement 60,89 % du capital-actions et des droits de vote de Società Elettrica Sopracenerina SA (SES), auparavant détenue par Alpiq SA.

A.1 Les entreprises

A.1.1 AET

2. AET est un institut de droit public, fondé par la legge istituyente l'Azienda elettrica ticinese du 25 juin 1958 (LAET)¹. L'entreprise a pour but la production et la commercialisation d'énergie électrique (art. 2 al. 1 LAET). Il s'agit d'une entreprise cantonale, indépendante de l'administration de l'Etat et dotée d'une personnalité juridique propre (art. 1 al. 1 LAET). AET est soumise à la surveillance de l'Etat tessinois (art. 5 al. 1 LAET). Au 31 décembre 2011, AET employait l'équivalent de 221 personnes à plein temps.

3. AET est active dans la production, la distribution, la fourniture et le commerce (négoce) d'énergie électrique. Elle fournit également d'autres services, à savoir dans les domaines de la gestion des données énergétiques, de la distribution de chaleur et de télécommunication.

A.1.2 SES

4. SES est une société anonyme inscrite au registre du commerce du canton du Tessin et cotée à la bourse suisse (SIX Swiss Exchange) sous le code ISIN CH0004699440. SES a pour but statutaire la distribution d'énergie électrique, notamment aux communes et aux consommateurs privés. Ses statuts l'autorisent également à exploiter et à construire des centrales de production d'électricité, en Suisse et à l'étranger, et à acquérir des participations dans des entreprises énergétiques, immobilières, commerciales ou industrielles. Au 31 décembre 2011, SES employait 172 collaborateurs à plein temps et 9 apprentis.

5. SES est active dans la distribution, la fourniture et, dans une moindre mesure, la production d'électricité. SES fournit de l'énergie électrique à plus de 80'000 consommateurs captifs², répartis sur 54 communes tessinoises et 5 communes de la vallée de la basse Mesolci-

na, entre les villages de San Vittore et Grono, dans le canton des Grisons. Les livraisons de SES représentent une consommation annuelle (en 2011) d'environ 693 millions de kWh. SES exerce ses activités sur la base de conventions avec les communes concernées, qui lui accordent le droit de distribuer de l'énergie électrique. En échange, SES leur verse une contre-prestation financière. C'est AET qui fournit à SES la majeure partie de l'électricité distribuée. Le reste provient des propres centrales de SES (à Giumaglio et à Ticinnetto), de droits de prélèvement et de producteurs indépendants.

A.2 L'opération de concentration

A.2.1 L'opération de concentration notifiée

6. L'opération de concentration consiste dans la vente indirecte d'une participation représentant 60,89 % du capital-actions et des droits de vote de SES par Alpiq (vendeur) à AET. Pour opérer cette acquisition, un véhicule d'acquisition sous la raison sociale PRH Holding SA (PRH Holding) a été constitué le 27 mai 2013. En date du 29 mai 2013, PRH Holding a acquis la participation de 60,89 % du capital-actions et des droits de vote de SES. PRH Holding est détenue à hauteur de 99,5 % par AET et de 0,5 % par les six communes les plus importantes de la zone de desserte de SES (les Communes³). La raison sociale PRH Holding SA sera transformée en SES Holding SA (SES Holding) après la réalisation des conditions suspensives⁴ prévues par le contrat d'acquisition.⁵ SES Holding sera toujours détenue à hauteur de 99,5 % par AET et de 0,5 % par les Communes. Le terme „SES Holding“ sera par la suite utilisé pour désigner le véhicule d'acquisition avant et après la réalisation des conditions suspensives prévues par le contrat d'acquisition.

7. L'actionnariat de SES avant la concentration se présente comme suit:

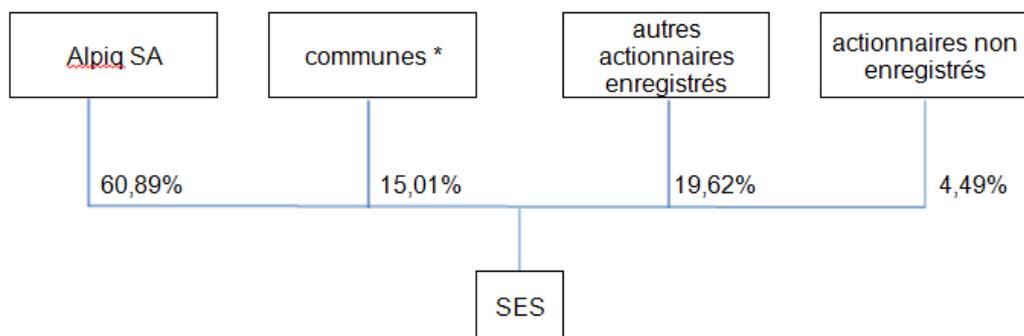
¹ La LAET peut être consultée à partir du recueil en ligne des lois tessinoises (*raccolta delle leggi vigenti nel Canton Ticino*), numéro de recueil 9.1.7.2 (<http://www4.ti.ch/can/rl/raccolta-leggi-ti/raccolta-leggi-online/> [14.06.13]).

² Consommateurs qui consomment annuellement moins de 100 MWh par site de consommation (art. 6 al. 2 de la Loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité [LApEl ; RS 734.7] ; cf. ch. 38).

³ Biasca, Gambarogno, Locarno, Losone, Minusio et Muraltto.

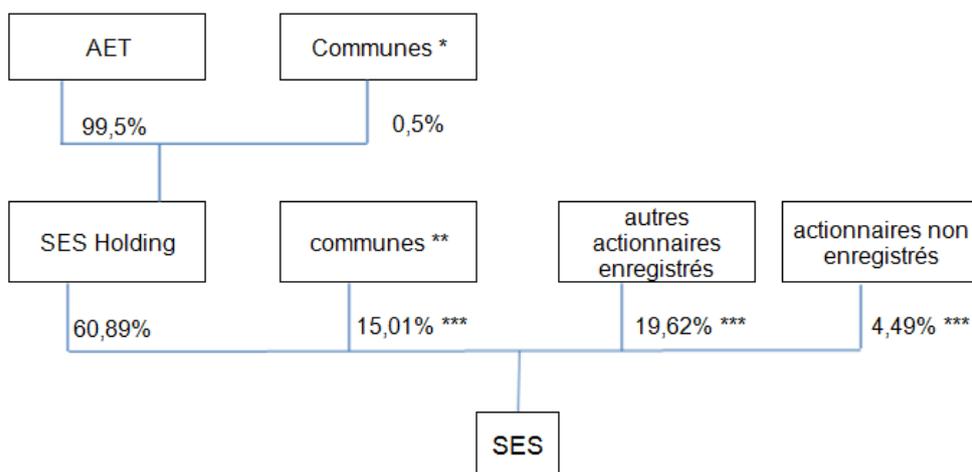
⁴ Contrat d'acquisition, art. [...]; Entre autres conditions suspensives, art. [...] soumis la réalisation de la concentration à l'accord de la COMCO.

⁵ Contrat d'acquisition, [...].

Figure 1: Actionnariat de SES au 31 décembre 2012

* Il s'agit de [...] communes de la zone de desserte de SES, dont les Communes (Biasca, Gambarogno, Locarno, Losone, Minusio et Muralto).

8. L'actionnariat de SES immédiatement après l'opération de concentration se présente comme suit :



* Biasca, Gambarogno, Locarno, Losone, Minusio et Muralto.

** Il s'agit de [...] communes de la zone de desserte de SES, dont les Communes (Biasca, Gambarogno, Locarno, Losone, Minusio et Muralto); la participation directe des Communes dans SES demeurera inchangée (environ [...]%, dont [...] pour la Commune de Locarno).

*** SES étant cotée en bourse, le pourcentage respectif des actionnaires peut évoluer en tout temps.

9. Dans la mesure où SES est cotée à la bourse suisse et que l'opération envisagée permettra à SES Holding d'acquérir directement 60,89 % du capital-actions de SES, la conclusion du contrat d'acquisition obligera à présenter une offre publique d'acquisition (OPA; art. 31 al. 1 LBVM⁶).

A.2.2 Les transactions ultérieures dorénavant prévues

10. Le capital-actions de SES Holding sera par la suite ouvert à l'ensemble des communes de la zone de desserte de SES qui, au plus tard en mars 2015, pourront

en détenir 70 %. Cette ouverture du capital-actions de SES Holding interviendra en deux phases.

- a. D'ici au 31 décembre 2014, les communes de la zone de desserte de SES auront le droit d'acquérir (option d'achat), progressivement 48,5 % des actions de SES Holding. AET conservera donc la majorité du capital-actions de SES Holding.

⁶ Loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (Loi sur les bourses; LBVM; RS 954.1).

b. Au cours du premier trimestre 2015 (soit au plus tard le 31 mars 2015), les communes de la zone de desserte de SES bénéficieront d'un nouveau droit d'acquisition (option d'achat), à faire valoir sur une participation correspondant à 21 % du capital-actions de SES Holding. Ce second droit d'option ne pourra cependant être exercé que sur la totalité de cette participation de 21 %, de manière à faire passer la participation de AET dans SES Holding de 51 % à 30 % et celle des communes concernées de 49 % à 70 %.⁷ Si les communes exercent ce second droit d'option, AET pourrait perdre le contrôle de SES Holding.⁸

11. L'ouverture du capital-actions de SES Holding n'est pas notifiable en l'état et ne fait, dès lors, pas partie de la présente appréciation (cf. B.2.1).

A.3 Les objectifs poursuivis par la concentration

12. [...]. Alpiq et SES ont recherché ensemble une solution qui tienne compte de la situation régionale, en particulier des intérêts des communes qui s'approvisionnent auprès de SES, ainsi que des actionnaires minoritaires.

13. Le canton du Tessin a de son côté pour objectif politique de faciliter l'accès des communes au capital de SES. La présente opération de concentration, à savoir l'acquisition par AET d'une participation majoritaire de SES, constitue la première étape pour atteindre ce but. La deuxième étape consiste en l'ouverture du capital-actions de SES Holding à l'ensemble des communes de la zone de desserte de SES.

B En droit

B.1 Applicabilité des prescriptions de la LCart

14. La Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (LCart, RS 251) s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres restrictions à la concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises (art. 2 al. 1 LCart).

B.1.1 Entreprise

15. Est soumise à la présente loi toute entreprise engagée dans le processus économique qui offre ou acquiert des biens ou des services, indépendamment de son organisation ou de sa forme juridique (art. 2 al. 1^{bis} LCart). Les entreprises qui participent à la concentration (cf. ch. 17) tombent ainsi dans le champ d'application de la LCart.

16. Selon l'art. 3 al. 1 let. b de l'Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE; RS 251.4) les entreprises qui acquièrent le contrôle et celles visées par l'acquisition du contrôle sont des entreprises participantes à la concentration. En l'occurrence, c'est SES Holding qui acquiert 60,89 % du capital-actions et des droits de vote de SES. Or, SES Holding n'a été constituée par AET et les six communes qu'aux fins de l'acquisition en cause, elle n'est qu'un simple „véhicule“ d'acquisition. Lorsqu'une société n'est qu'un instrument des sociétés mères aux fins d'acquisition, ces dernières sont à qualifier comme entreprises participantes à la

concentration (cf. BSK KG – M. REINERT, Art. 9 KG, N 60 ss).

17. Les Communes ne participent qu'à hauteur de 0,5 % au capital-actions de SES Holding et les droits de vote sont aménagés de telle manière entre les actionnaires de SES Holding que les décisions stratégiques seront prises par AET seule. AET exerce ainsi seule le contrôle sur SES Holding, de sorte que l'opération envisagée, à savoir l'achat de 60,89 % du capital-actions de SES, ne constitue pas une prise de contrôle conjoint entre AET et les Communes. Par conséquent, ce sont AET (à travers son contrôle exclusif sur SES Holding) et SES qui sont les entreprises participant à la concentration au sens de l'art. 3 al. 1 let. b OCCE.

B.1.2 Concentration d'entreprises

18. La LCart qualifie de concentration d'entreprises toute opération par laquelle une ou plusieurs entreprises acquièrent, notamment par conclusion d'un contrat, le contrôle direct ou indirect d'une ou de plusieurs entreprises jusque-là indépendantes ou d'une partie de celles-ci (art. 4 al. 3 let. b LCart).

19. Après l'acquisition des 60,89 % du capital de SES par SES Holding (et jusqu'au 31 mars 2015 au moins), AET exercera seule le contrôle sur SES, d'une part en raison de sa présence majoritaire dans les organes de SES (B.1.2.1) et, d'autre part, en raison d'absence de droits de véto des autres actionnaires sur les décisions stratégiques (B.1.2.2).

B.1.2.1 Présence majoritaire de AET dans les organes de SES

20. Via sa participation dans SES Holding (99,5 %), AET détient la participation majoritaire (60,89 %) du capital-actions de SES.

21. Concernant le conseil d'administration de SES, les parties s'engagent dans le document *Struttura del Patto Parasociale concernente SES Holding (Term Sheet)*⁹ ainsi que dans le projet de la convention d'actionnaires concernant SES Holding (projet du *Patto Parasociale*)¹⁰ à réduire, dès que possible à compter de la réalisation de l'opération, le nombre du conseil d'administration de SES à [...] membres. [...¹¹...¹²]. Cela signifie que AET conservera la majorité au sein du conseil d'administration de SES aussi longtemps qu'elle détiendra au moins 51 % du capital-actions de SES Holding.

⁷ Si les communes ne devaient pas exercer ce droit d'option, AET aura le droit, selon sa libre appréciation, soit de maintenir sa participation dans SES Holding à hauteur de 51 %, soit de la réduire à un pourcentage moindre (qui ne sera toutefois pas inférieur à 30 %).

⁸ Tel sera notamment le cas si deux ou plusieurs communes conviennent d'exercer „en bloc“ leurs droits de vote à l'assemblée générale de SES Holding.

⁹ Le *Term Sheet* [...] règle les relations futures entre AET et les Communes en leur qualité d'actionnaires de SES Holding. Il contient également des règles sur les organes de SES. Sur la base de ce *Term Sheet*, les parties concernées ont rédigé le projet d'une convention d'actionnaires [...] (projet du *Patto parasociale*).

¹⁰ Cf. note 9; Le projet du *Patto parasociale* concernant SES Holding contient également des dispositions se rapportant à SES.

¹¹ [...].

¹² [...].

B.1.2.2 Absence de droits de véto des autres actionnaires de SES sur les décisions stratégiques

22. Le Term Sheet prévoit que jusqu'au 31 mars 2015, une majorité qualifiée s'élevant à [...] % du capital-actions est nécessaire pour adopter les décisions relatives aux opérations extraordinaires¹³ concernant SES.¹⁴ Cette exigence de majorité qualifiée ne confère cependant pas aux communes le droit d'exercer une influence déterminante sur la stratégie commerciale de SES¹⁵, mais vise uniquement à protéger l'investissement financier qu'elles auront consenti.

23. Les décisions stratégiques pourront ainsi être prises à la majorité simple, à savoir par AET seul.

B.1.3 Prescriptions réservées

24. 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.

B.2 Faculté et obligation de notifier

B.2.1 Faculté de notifier

25. Le projet de concentration se déroule en plusieurs étapes. Dans un premier temps, AET (au travers de sa participation majoritaire dans SES Holding) prend le contrôle de SES (cf. A.2.1). Dans un deuxième temps, les communes de la zone de desserte de SES pourront faire valoir consécutivement deux droits d'acquisition (options d'achat) aux termes desquels elles pourraient acquérir jusqu'à 70 % du capital-actions de SES Holding¹⁶ et ainsi prendre le contrôle de SES Holding et par conséquent également de SES (cf. A.2.2).

26. La COMCO a précisé – par rapport à une prise de contrôle en commun suivie d'une prise de contrôle par une seule entreprise – à quelles conditions un projet de concentration qui se déroule en plusieurs étapes est à qualifier comme un seul processus économique.¹⁷ Ainsi, le projet de concentration est à considérer comme un seul processus économique lorsque la période de démarrage (contrôle en commun) ne dure pas plus d'une année et n'est que de nature transitoire. Lorsque la période de démarrage dépasse la durée d'une année, les différentes étapes du projet de concentration ne sauront être notifiées et évaluées comme une unité.

27. Suivant ce principe, qui s'applique également en l'espèce, seule la première étape, à savoir la prise de contrôle de SES par AET, est notifiable pour l'instant. Par conséquent, la deuxième étape, à savoir une éventuelle prise de contrôle en commun de AET et des communes de SES, voir un contrôle des communes seules de SES, ne fait pas l'objet du présent examen.

B.2.2 Obligation de notifier

28. 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 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.

29. Les entreprises participantes ont réalisé en 2011¹⁸ les chiffres d'affaires suivants:

	Monde	Suisse
AET	CHF 1'449'625'000	CHF 1'422'647'000
SES	CHF 143'051'000	CHF 143'051'000

30. Les seuils de CHF 500 millions prévues à l'art. 9 al. 1 let. a LCart et de CHF 100 millions prévu à l'art. 9 al. 1 let. b LCart sont donc dépassés.

B.3 Examen préalable

B.3.1 Marchés pertinents

B.3.1.1 Marchés de produits

31. Selon l'art. 11 al. 3 let. a OCCE, les marchés de produits comprennent 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.

¹³ *Term Sheet*, ch. 6.1 al. 1:(i) Une décision au sens de l'article 704 CO, (ii) une décision en matière de fusion, scission, transformation ou acquisition [...], (iii) la cession de la totalité ou d'une partie substantielle des actifs de la société, (iv) une modification des statuts, (v) [...], (vi) une acquisition d'actions de SES appartenant à [...], et (vii) la dissolution de la société; à noter que le projet du *Patto parasociale* contient des énonciations légèrement différentes (mais qui sont sans importance pour la qualification des décisions comme n'étant pas des décisions stratégiques) aux chiffres suivants: (i) la modification du but social, (vi) l'introduction d'actions à droit de vote privilégié, (vii) la limitation de la transmissibilité des actions nominatives, (viii) le transfert du siège de SES.

¹⁴ La même règle sera applicable concernant les décisions prises à l'intérieur de SES Holding (*Term Sheet*, ch. [...]).

¹⁵ Ou de SES Holding (*Term Sheet*, ch. [...]).

¹⁶ [...].

¹⁷ <http://www.weko.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=fr> → Neue Praxis bei Zusammenschlussverfahren (version allemande).

¹⁸ Les données pour 2012 ne sont pas encore disponibles s'agissant de AET. Le chiffre d'affaires de SES réalisé en 2012 se monte à CHF 144'463'000.

B.3.1.1.1 Domaine de l'électricité

32. Dans le secteur de l'électricité, la COMCO distingue traditionnellement les cinq marchés de produits suivants: Production d'électricité, transport d'électricité, distribution d'électricité, fourniture d'électricité et négoce d'électricité (DPC 2006/3, 483, ch. 65, *Atel - EOSH-Aktiven*). Concernant le domaine des prestations de services énergétiques (Energiedienstleistungen), la COMCO n'a pas délimité des marchés distincts par le passé, respectivement, n'a jamais défini quelles prestations tomberaient sous la notion de prestations de services énergétiques (DPC 2006/4, 673, ch. 39, *Gaz de France/Suez*).

33. Le marché de la **production d'électricité** (Stromproduktion) concerne la génération d'électricité dans les centrales électriques. Les partenaires de l'échange du côté de l'offre sont les entreprises qui disposent des capacités de production ou des droits de prélèvement et qui transforment les énergies primaires (eau, charbon, gaz naturel, combustible nucléaire, pétrole, etc.) en électricité. Du côté de la demande, les partenaires de l'échange sont les fournisseurs d'électricité, les négociants et, indirectement, les consommateurs finaux (DPC 2006/3, 483, ch. 64, *Atel - EOSH-Aktiven*).

34. Le marché du **transport d'électricité** (Stromübertragung) concerne le transport de l'électricité sur de grandes distances via le réseau de transport à très haute tension (entre 380 kV et 220 kV; DPC 2006/3, 484, ch. 68, *Atel - EOSH-Aktiven*).

35. Le marché de la **distribution d'électricité** (Stromverteilung) concerne le transit de l'électricité dans les réseaux régionaux de basse tension (niveau 7: 400 ou 230 volts), de moyenne tension (niveau 5: entre 10 kV et 35 kV) et de haute tension (niveau 3: entre 50 et 150 kV; DPC 2006/3, 484, ch. 68, *Atel - EOSH-Aktiven*; DPC 2006/3, 460, ch. 20, *Youtility*; DPC 2006/2, 234, ch. 68, let. c, *Vertriebspartnerschaften der AEW Energie AG et al.*). Les partenaires de l'échange sont, du côté de l'offre, les gestionnaires de réseaux de distribution (GRD) et, du côté de la demande, les consommateurs finaux ou revendeurs tels que des services industriels communaux (DPC 2006/2, 234, ch. 68, let. c, *Vertriebspartnerschaften der AEW Energie AG et al.*). La COMCO a laissé ouverte la question de savoir s'il convient de segmenter plus finement le marché de la distribution, en fonction du niveau de tension des réseaux (basse, moyenne et haute tension; DPC 2006/3, 484, ch. 68, *Atel - EOSH-Aktiven*).

36. Le marché du **négoce d'électricité** (Stromhandel) concerne la vente et l'achat d'électricité lorsque les transactions ne visent pas nécessairement la satisfaction de besoins des consommateurs finaux. La notion de négoce d'électricité désigne, d'une part, le commerce physique de l'électricité et, d'autre part, celui des produits dérivés (commerce non physique). Le commerce physique implique un transfert matériel, une livraison d'électricité, sur le fondement d'un acte juridique. En revanche, le commerce "non physique" est de nature spéculative et ne débouche pas sur la livraison d'électricité (DPC 2006/4, 673, ch. 36, *Gaz de France/Suez*; DPC 2006/3, 483, ch. 67, *Atel - EOSH-Aktiven*).

37. Le marché de la fourniture (ou de la commercialisation) d'électricité (Stromversorgung) concerne la livraison d'électricité aux consommateurs finaux ou à des revendeurs par les fournisseurs d'électricité (DPC 2006/3, 483, ch. 66, *Atel - EOSH-Aktiven*). Les partenaires de l'échange sont, du côté de l'offre, les entreprises d'approvisionnement en électricité (EAE)¹⁹ et, du côté de la demande, les consommateurs finaux ou revendeurs comme des services industriels communaux qui l'acquiescent dans le but de la revendre à des consommateurs finaux (DPC 2006/2, 234, ch. 68, let. d, *Vertriebspartnerschaften der AEW Energie AG et al.*). Dans un cas isolé, le marché de la fourniture d'électricité a fait l'objet d'une délimitation plus étroite, suivant que l'électricité était livrée à un revendeur ou à un consommateur final (DPC 2006/3, 460, ch. 21, *Youtility*).

38. Avec l'entrée en vigueur de la Loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité (LApEI ; RS 734.7) le 1^{er} janvier 2008, une distinction concernant l'approvisionnement en électricité a été introduite entre, d'une part, les consommateurs qui consomment annuellement moins de 100 MWh par site de consommation (consommateurs dits captifs, art. 6 al. 2 LApEI) et, d'autre part, les consommateurs avec une consommation annuelle dépassant 100 MWh par site de consommation (consommateurs dits éligibles). Tandis que les consommateurs éligibles sont, depuis le 1^{er} janvier 2009²⁰, libres de s'approvisionner en électricité auprès d'une EAE de leur choix, les consommateurs captifs ne bénéficient pas de l'accès au réseau visé à l'art. 13 al. 1 LApEI (art. 6 al. 6 LApEI). Ce système d'ouverture partielle du marché de l'électricité ne constitue que la première étape de la libéralisation du marché de l'électricité. Lors de la deuxième étape, les consommateurs avec une consommation annuelle inférieure à 100 MWh bénéficieront également de l'accès au réseau.²¹

39. En raison du changement législatif intervenu depuis les dernières prises de position de la COMCO et de l'influence que ce dernier a sur la demande et l'offre de l'électricité des partenaires de l'échange, il convient d'adapter la pratique précitée aux nouvelles circonstances. Du point de vue des partenaires de l'échange du côté de la demande, il faut distinguer suivant qu'il s'agit de clients captifs ou éligibles. Tandis que les clients captifs sont obligés de s'approvisionner auprès de leur GRD (qui est en même temps leur EAE), les clients éligibles peuvent choisir n'importe quelle EAE. Pour les clients captifs, l'électricité d'une autre EAE que leur GRD

¹⁹ Selon le glossaire des règles du marché suisse de l'électricité (swissgrid, édition 2010), une EAE est une „entreprise d'électricité de droit public ou privé dont l'activité ne se limite pas à produire ou à transporter de l'électricité“ (http://www.strom.ch/uploads/media/Swiss_grid_Glossaire_2010_f.pdf [14.06.2013]). Dans la présente prise de position, le terme d'EAE est utilisé dans le sens (plus étroit) de „fournisseur“ d'électricité, que ce soit sur le marché „de gros“ (fournisseur à un revendeur) ou sur le marché „de détail“ (fournisseur à un consommateur final).

²⁰ Date de l'entrée en vigueur de l'art. 13 al. 1 et 2 LApEI.

²¹ Un arrêté fédéral sujet au référendum mettra en vigueur les art. 7 et 13, al. 3, let. b, et abroge les art. 6, 13, al. 3, let. a, et 29, al. 1, let. a LApEI. Il n'est pas possible, pour l'instant, de faire des prédictions si la libéralisation complète du marché de l'électricité viendra effectivement et dans l'affirmative, la date exacte de son entrée en vigueur.

ne constitue donc pas un substitut à l'électricité livrée par leur GRD. Par conséquent, le marché de la fourniture d'électricité doit être délimité en fonction du volume de la consommation des clients. Il faut alors distinguer entre, d'une part, un marché de la **fourniture d'électricité aux clients captifs**, dont la consommation annuelle est inférieure à 100 MWh et, d'autre part, un marché de la **fourniture d'électricité aux clients éligibles**, dont la consommation annuelle est supérieure à 100 MWh. Il convient de préciser que cette délimitation de marché ne vaut que pour la première étape de la libéralisation partielle du marché de l'électricité et qu'il faudra la reconsidérer lors de l'éventuelle future libéralisation complète du marché de l'électricité.

40. Conformément à la pratique de la COMCO par rapport au marché de la fourniture d'électricité avant l'entrée en vigueur de la LApEI, le marché de la fourniture d'électricité aux clients éligibles englobe la fourniture aux gros consommateurs finaux et aux revendeurs d'électricité. La COMCO a précisé, dans une prise de position récente sur un projet de concentration selon lequel l'entreprise à constituer ne sera active en tant qu'EAE que lors de la deuxième étape de libéralisation du marché de l'électricité (quand tous les consommateurs bénéficieront de l'accès au réseau), que toute délimitation du marché de la fourniture d'électricité opérée jusqu'à présent se rapportait à l'époque antérieure à la première étape de libéralisation de marché. Partant, ces délimitations ne peuvent pas être reprises en tant que telles ni dans le cadre de l'actuelle première étape d'ouverture du marché de l'électricité ni dans celui d'une éventuelle future deuxième étape de libéralisation. La COMCO a laissé ouverte la question de savoir si le marché de la fourniture d'électricité (englobant, en principe, la fourniture d'électricité aux consommateurs ainsi qu'aux revendeurs) devait, cas échéant, dans un contexte libéralisé²² faire l'objet d'une délimitation plus étroite (notamment dans une partie *wholesale* et *retail* ou par rapport au volume d'électricité fourni) et a examiné le projet de concentration en considérant toutes les variantes de délimitations de marché ([...], ch. 56, 59, 61, à publier dans DPC). La plupart des variantes exposées dans l'affaire précitée n'entrent toutefois pas en considération pour le cas présent, puisque ce dernier concerne le marché de la fourniture d'électricité aux clients éligibles, à savoir ceux avec une consommation annuelle dépassant 100 MWh. Par conséquent, lors du calcul des parts de marché, seront exposées uniquement la variante d'un marché „global“ de la fourniture d'électricité aux clients éligibles (cf. ch. 78 ss.) et la variante de ce même marché divisé en une partie „fourniture de l'électricité aux revendeurs“ et „fourniture de l'électricité aux gros consommateurs“ (cf. ch. 76 s.). Comme dans l'affaire précitée, la question de savoir s'il y a substitutabilité au sens de l'art. 11 al. 3 let. a OCCE²³ entre le produit *wholesale* et *retail* peut être laissée ouverte en l'espèce, car dans les deux hypothèses, le marché ne constitue pas un marché affecté par la concentration au sens de l'art. 11 al. 1 let. d OCCE (cf. ch. 77 et 80).

41. Concernant les **prestations de services énergétiques**, la COMCO a jusqu'alors – en partant des activités des entreprises participantes dans les affaires examinées – regroupé différentes prestations sous cette

notion (DPC 2006/3, 485, ch. 77, *Atel - EOSH-Aktiven*; DPC 2006/4, 673, ch. 39 ss, *Gaz de France/Suez*), sans pour autant définir la notion de prestation de services énergétiques ni les prestations individuelles examinées dans les cas de l'espèce. Ci-après, il convient également de prendre comme point de départ les services fournis par AET et SES dans le domaine des prestations de services énergétiques. Il s'agit des prestations suivantes:

- AET: *Energy Data Management (EDM)*
- SES: *SES Monitoring*
- SES: *SES CashLine*
- SES: *SES PowerSecurity*

42. AET fournit des services de gestion de données énergétiques (*Energy Data Management, EDM*) aux GRD qui ont une obligation légale de répondre du système de mesure et des processus d'information (art. 8 al. 1 de l'Ordonnance du 14 mars 2008 sur l'approvisionnement en électricité [OApEI ; RS 734.71]). Les GRD peuvent sous-traiter l'exécution de leurs obligations.²⁴ Dans ce cas, AET collecte, traite et transmet les données énergétiques aux acteurs concernés au moyen d'un logiciel et d'un serveur pour le compte du GRD auquel ces obligations incombent selon les dispositions légales. [...]. Par conséquent, la fourniture du service EDM ne semble pas être liée à la qualité de fournisseur d'électricité. Les partenaires de l'échange sont donc, du côté de l'offre, les prestataires de services de gestion de données énergétiques (EDM) et, du côté de la demande, les GRD.

43. *SES Monitoring* est un système de gestion en ligne de la consommation d'électricité, qui permet au consommateur de consulter en tout temps, sur internet, sa propre consommation, d'en analyser les paramètres et d'exporter les données y relatives. *SES Monitoring* consiste à mettre à disposition du client ses propres données de consommation, elles-mêmes générées grâce au système de télémetrie (compteur)²⁵ dont doivent être équipés les clients éligibles ayant fait usage de leur droit d'accès au réseau (art. 8 al. 5 OApEI). Les entreprises participantes démontrent que le prestataire de service *monitoring* ne doit pas nécessairement être le fournisseur d'électricité.²⁶ Par conséquent, les partenaires de

²² Pour l'instant, la partie libéralisée du marché correspond en l'espèce au marché de la fourniture d'électricité aux clients éligibles.

²³ Du point de vue des partenaires de l'échange du côté de la demande (revendeurs et gros consommateurs), le produit demandé, est-il substituable pour les deux catégories de demandeurs? Du point de vue des partenaires de l'échange du côté de l'offre (EAE), le produit offert, soit l'électricité d'une quantité ≥ 100 MWh, est-il substituable?

²⁴ „[...] Ces directives doivent prévoir la possibilité, pour les tiers, de participer, avec l'accord du gestionnaire de réseau, à la fourniture de prestations dans le cadre du système de mesure et d'information.“ (art. 8 al. 2 OApEI); „[...] Si elles sont fournies par des tiers, ceux-ci ont droit à un dédommagement équitable de la part des gestionnaires de réseau.“ (art. 8 al. 3 OApEI).

²⁵ [...].

²⁶ Le prestataire de service *monitoring* peut se prévaloir de l'art. 8 al. 4 OApEI, qui l'autorise à exiger du GRD (avec l'accord du client) de pouvoir accéder aux données de consommation du client. Il existe d'ailleurs, en plus des fournisseurs d'électricité tels que Axpo ou Alpiq, plusieurs entreprises qui proposent des prestations de *monitoring* sans être simultanément fournisseurs d'énergie (par exemple Swenex, Ompex, Swisspower ou Xamax AG avant d'être rachetée par Alpiq).

l'échange sont, du côté de l'offre, les prestataires de service *monitoring* et, du côté de la demande, les consommateurs éligibles.

44. *SES CashLine* est un système de prépaiement de l'électricité, à destination de la clientèle de SES, qui fonctionne à l'aide d'un compteur et d'une carte rechargeable. Il permet au consommateur de contrôler ses coûts et de gérer sa consommation de façon autonome. Comme les entreprises participantes remarquent à juste titre, il est discutable si ces services constituent des prestations énergétiques autonomes. Il semble plutôt s'agir de prestations accessoires à la fourniture d'électricité.²⁷

45. *SES PowerSecurity* est un dispositif UPS (*uninterruptible power source*) qui permet de garantir l'alimentation d'appareils électriques en cas d'interruption sur le réseau. Les appareils mis à disposition par SES sont tous d'un voltampérage (VA) inférieur ou égal à 3'000 VA. D'après la Commission européenne, cette activité fait partie d'un marché pouvant être défini comme le marché de la mise à disposition d'appareils UPS à bas voltampérage (lesquels comprennent tous les appareils UPS dont le voltampère est inférieur à 10kVA) (COMP/M.4475 du 8 février 2007, ch. 16, *Schneider Electric/APC*). La Commission européenne a laissé ouverte la question de savoir s'il conviendrait, au sein de ce marché, d'opérer une délimitation plus étroite selon que le voltampérage de l'appareil UPS considéré est inférieur à 3kVA ou se situe dans la fourchette 3-10kVA (COMP/M.4475 du 8 février 2007, ch. 19, *Schneider Electric/APC*). Pour la présente affaire, il convient de se référer aux considérations de la Commission européenne et de catégoriser l'activité de SES sous le titre de *mise à disposition d'appareils UPS à bas voltampérage*.

46. Comme dans les décisions précédentes de la COMCO, une délimitation de marché par rapport aux prestations de services énergétiques fournies par les parties peut néanmoins être laissée ouverte. D'une part, l'opération envisagée n'aboutirait à aucune addition de parts de marché. D'autre part, même dans l'hypothèse où chaque prestation précitée constituait un marché individuel, les parts de marché seraient négligeables et n'atteindraient de loin pas la hauteur requise pour que les prestations puissent constituer des marchés affectés au sens de l'art. 11 al. 1 let. d OCCE (DPC 2006/3, 485, ch. 77, *Atel - EOSH-Aktiven*; DPC 2006/4, 674, ch. 43, *Gaz de France/Suez*).

B.3.1.1.2 Domaine des télécommunications

47. Les deux entreprises AET et SES sont actives dans le domaine des télécommunications. AET a construit son propre réseau de fibre optique dont elle propose des services de location (dark fibre) à une clientèle publique et à des fournisseurs de services de télécommunication. AET propose aussi des services liés à la réalisation de réseaux de fibre optique en collaboration avec d'autres fournisseurs d'accès de connexions internet (IP-Feed) à des utilisateurs commerciaux dans le canton du Tessin. SES fournit des services de location de réseaux de fibre optique à des tiers (dark fibre; *SES Optiline*). SES entretient son propre réseau. Dans le cadre du projet de concentration les marchés suivants peuvent être distingués :

48. **Le marché de l'accès physique à l'infrastructure permettant une vitesse de transmission basée sur la fibre optique** met en présence, du côté de l'offre, les gestionnaires de réseaux de fibre optique (comme AET et SES) qui proposent des fibres spécifiques permettant une utilisation exclusive. Du côté de la demande, se trouvent des entreprises commerciales, qui demandent ce type de liaisons (principalement les fournisseurs de services de télécommunication). Dans ce marché, un opérateur de réseau de fibre optique offre l'utilisation exclusive d'une ou plusieurs fibres optiques nues (dark fibre) entre la centrale de raccordement et l'utilisateur final à des clients commerciaux. Le client qui demande une dark fibre met en place des installations de communication électronique et utilise la fibre optique pour offrir des services de télécommunication. Etant donné que l'accès à une fibre optique est limité à l'étendue de l'infrastructure, il convient en l'état de se fonder sur une définition du marché géographique régionale (DCP 2012/3, 501, ch. 193, *Rapport final du 16 février 2012 concernant l'enquête préalable en l'affaire FTTH Genève relatif à l'annonce de plusieurs restrictions éventuelles à la concurrence [FTTH Genève]*).

49. La COMCO a défini le **marché Wholesale pour l'internet à haut débit pour les utilisateurs commerciaux** en tant que prestation préalable permettant aux fournisseurs de services de télécommunication de proposer aux utilisateurs finaux commerciaux un accès à l'internet à haut débit (DCP 2012/3, 504, ch. 224, *FTTH Genève*). Ces marchés regroupent les accès à haut débit destinés à la revente indépendamment du support technique sur lequel l'offre est basée. Le marché met en présence du côté de l'offre, un fournisseur de services de télécommunication qui offre des services de revente à un autre fournisseur de services de télécommunication permettant à ce dernier d'offrir un accès internet à ses clients. En Suisse il existe divers fournisseurs de services de télécommunication agissant au niveau national. Pour cette raison, la COMCO définit un marché géographique national.

50. **Le marché des utilisateurs finaux commerciaux pour l'internet à haut débit** concerne, du côté de l'offre, tous les utilisateurs finaux demandant une connexion à l'internet à haut débit et, du côté de la demande, tous les fournisseurs de services de télécommunication qui proposent ces services (DCP 2012/3, 506, ch. 242, *FTTH Genève*). Dans ce domaine, des connexions permettant des transmissions de données symétriques entre plusieurs emplacements ainsi que des connexions symétriques mais également asymétriques vers l'internet sont proposées aux utilisateurs commerciaux (DCP 2012/3, 507, ch. 247, *FTTH Genève*). Les offres des fournisseurs de services de télécommunication sont en général de portée nationale ce qui justifie une définition du marché géographique nationale.

²⁷ SES offre ces services uniquement à sa propre clientèle (c'est-à-dire uniquement aux clients qui s'approvisionnent en électricité auprès d'elle) et cette clientèle ne peut pas commander cette prestation auprès d'entreprises tierces.

51. Les partenaires de l'échange sur le **marché de l'équipement et de la maintenance de réseaux** sont, du côté de l'offre, les entreprises qui équipent de tels réseaux et, du côté de la demande, les entreprises qui utilisent des services de communication ou les offrent à des tiers (DCP 2007/1, 88, ch. 23 ss., *Nokia Corporation – Siemens AG*). Entre autres éléments d'infrastructure, les réseaux fixes de télécommunication nécessitent un équipement pour l'accès au dernier kilomètre (local loop), lequel peut être mis à disposition des prestataires de service au moyen de différentes technologies, parmi lesquelles la fibre optique à large bande. Dans le cadre du présent projet de concentration, la question, si le marché devait être subdivisé plus étroitement, peut être laissée ouverte. Les produits sur ce marché sont standardisés au niveau mondial et il y a plusieurs entreprises qui fournissent des installations au niveau international. Pour cela la COMCO part du principe que le marché a au moins une ampleur nationale.

B.3.1.1.3 Domaine de la fourniture de chaleur à distance et de la gestion de réseaux de chaleur

52. La COMCO ne s'est jusqu'à présent pas prononcée sur la délimitation de marchés dans le domaine de la chaleur à distance. Il convient donc de se référer à la pratique de la Commission européenne qui a délimité, à plusieurs reprises, des marchés de produits dans ce domaine.

53. Les réseaux de chaleur sont des équipements collectifs de distribution de chaleur produite sous forme de vapeur ou d'eau chaude par les unités de production centralisées. Les principales sources d'énergie primaire pour générer de la chaleur dans ces réseaux sont le gaz, la chaleur provenant de l'incinération des déchets, le charbon ou le fioul lourd (COMP/M.4180 du 14 novembre 2006, ch. 933, 935, *Gaz de France/Suez*).

54. D'une part, la Commission européenne a retenu l'existence d'un marché de la **fourniture de chaleur par les réseaux de chaleur urbains/locaux** (COMP/M.5793 du 12 mai 2010, ch. 17, *Dalkia CZ/NWR Energy*; COMP/M. 5365 du 6 octobre 2009, ch. 16, *IPO/EnBW/Praha/PT*). Il s'agit de la fourniture de chaleur à travers le réseau appartenant généralement au fournisseur (COMP/M.5793 du 12 mai 2010, ch. 13 ss., *Dalkia CZ/NWR Energy*; COMP/M.1402 du 20 janvier 1999, ch. 18 ss., *GDF/BEWAG/GASAG*).

55. D'autre part, elle a délimité un marché de la **gestion déléguée des réseaux de chaleur** qui n'englobe que la gestion par un gestionnaire autre que la collectivité propriétaire du réseau (COMP/M.4180 du 14 novembre 2006, ch. 942, *Gaz de France/Suez*).

B.3.1.2 Marché géographique

56. 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.

B.3.1.2.1 Domaine de l'électricité

57. Par le passé, la COMCO a renoncé d'étendre le marché de la **production d'électricité** au-delà des fron-

tières nationales. En effet, le critère de localisation déterminant est celui du lieu où, immédiatement avant l'opération de concentration, les partenaires de l'échange (EAE, négociants et consommateurs finaux) vont s'approvisionner. En 2006, lors de la dernière enquête sur le marché, les EAE ne se fournissaient pas à l'étranger, quand bien même l'importation d'électricité représentait en théorie une alternative à la production domestique (DPC 2006/3, 484, ch. 71, *Atel - EOSH-Aktiven*). Il n'est pas exclu que la situation a changé depuis lors, d'autant plus que les consommateurs finaux éligibles ont, depuis l'introduction de la LApEI, également la possibilité de choisir leur EAE. Or, la question de savoir si la dimension géographique du marché de la production d'électricité dépasse le territoire suisse peut être laissée ouverte en l'espèce car, même dans l'hypothèse d'un marché – potentiellement trop restreint – national, le marché de production ne constituerait pas un marché affecté par la concentration au sens de l'art. 11 al. 1 let. d OCCE (cf. ch. 74).

58. La dimension géographique du marché du **transport d'électricité** doit être fixée de cas en cas, dépendant des points géographiques entre lesquels les partenaires de l'échange demandent le service de transport d'électricité. Il convient de préciser qu'un marché ainsi délimité peut inclure des lignes de transport de plusieurs réseaux différents (DPC 2006/3, 484, ch. 72, *Atel - EOSH-Aktiven*). Lorsque, pour transporter de l'électricité d'un point A à un point B, il existe plusieurs lignes de transport parallèles et que celles-ci relèvent de réseaux de transport différents, il faut se demander si ces lignes parallèles sont substituables du point de vue de la demande (DPC 2005/2, 352, ch. 55, *Swissgrid*). En janvier 2013, AET a transféré à Swissgrid SA la propriété et l'exploitation de son réseau de transport en vertu de l'art. 33 al. 4 LApEI, à l'exception des trois lignes suivantes: (i) la ligne 380 kV entre Mendrisio et Cagno, (ii) la ligne 220 kV entre Magadino et Manno et (iii) la ligne 150 kV entre Manno et Mendrisio. Selon les entreprises participantes, les discussions seraient actuellement en cours pour transférer à Swissgrid SA les lignes 220 kV et 150 kV entre Magadino, Manno et Mendrisio. Il existe entre Magadino et Manno une autre ligne de 220 kV, parallèle à celle de AET, exploitée par les Aziende industriali di Lugano (AIL), mais dont le transfert à Swissgrid SA serait également programmé. En vue de ce transfert, la question de savoir si lesdites lignes de AET et AIL seraient substituables peut ainsi être laissée ouverte. AET ne conservera à moyen terme que la ligne 380 kV Mendrisio - Cagno, dont le transfert à Swissgrid SA n'interviendra qu'en 2022. SES n'exploite aucune ligne du réseau de transport. En l'espèce, le marché géographique déterminant consiste donc en la ligne 380 kV Mendrisio - Cagno.

59. Selon la pratique constante de la COMCO, le marché de la **distribution d'électricité** correspond à la zone d'extension géographique des réseaux de distribution (DPC 2006/3, 484, ch. 73, *Atel – EOS-Aktiven*). En l'espèce, il s'agit de la zone de desserte de SES, respectivement de la zone d'extension du réseau de distribution de AET.

60. La COMCO a retenu que le marché géographique du **négoce d'électricité** dépassait désormais les fron-

tières nationales, mais ne s'est pas prononcée sur l'extension géographique exacte du marché (DPC 2006/3, 485, ch. 75, *Atel - EOSH-Aktiven*; DPC 2006/4, 675, ch. 50, *Gaz de France/Suez*). La question de savoir si le marché du négoce d'électricité se limite aux pays limitrophes ou revêt une dimension européenne peut, comme dans les affaires précédentes, être laissée ouverte. Même dans l'hypothèse trop restreinte d'un marché national, le marché en cause ne constitue pas un marché affecté par la concentration au sens de l'art. 11 al. 1 let. d OCCE (cf. ch. 74).

61. L'extension géographique du marché de la **fourniture d'électricité aux clients captifs** est identique à celle du marché de la distribution d'électricité, car les consommateurs captifs ne disposent, pour l'instant, pas du droit d'accéder au réseau et ne peuvent être approvisionnés que par le GRD de leur zone de desserte (cf. ch. 39). Ce marché correspond donc à la zone d'extension géographique des réseaux de distribution concernés (cf. ch. 59). En l'espèce, il s'agit de la zone de desserte de SES, respectivement de la zone d'extension du réseau de distribution de AET.

62. Le marché de la **fourniture d'électricité aux clients éligibles** (gros consommateurs finaux et revendeurs d'électricité) revêt une dimension au moins nationale, dans la mesure où le consommateur d'électricité (revendeur ou consommateur éligible) peut se faire approvisionner par n'importe quelle entreprise, quel que soit le lieu où celle-ci est située (DPC 2008/1, 122, ch. 16, *RE Comm SA/Services Industriels de Lausanne*). La question de savoir si le marché de la fourniture d'électricité aux clients éligibles dépasse les frontières nationales peut être laissée ouverte. Même dans l'hypothèse d'un marché national, le marché en cause ne constitue pas un marché affecté par la concentration au sens de l'art. 11 al. 1 let. d OCCE (cf. ch. 75 ss.).

63. Concernant la délimitation du marché géographique par rapport aux activités des parties dans le domaine des **prestations de services énergétiques**, il convient – comme pour la délimitation du marché des produits – de partir des services fournis par AET et SES à l'exception de SES Cash Line qui semble constituer une prestation accessoire à la fourniture d'électricité (cf. ch. 44).

64. Selon les entreprises participantes, le service EDM revêtirait une dimension (au moins) nationale, car il s'agirait de connaissances technologiques et de savoir-faire utilisables de manière comparable dans toute la Suisse et même au niveau européen. À l'appui de leur allégation, elles citent plusieurs exemples²⁸ qui rendent plausible que les services de gestion de données énergétiques comme EDM revêtent une dimension nationale.

65. Pour les mêmes raisons et en ajoutant des exemples²⁹, les entreprises participantes considèrent que le service *SES Monitoring* revêtirait une dimension (au moins) nationale ce qui semble également admissible en l'espèce.

66. Enfin, s'agissant de l'extension géographique de la mise à disposition d'appareils UPS à bas voltampérage, la Commission européenne a laissé ouvert le point de savoir si ce marché avait une dimension nationale ou s'il

s'étendait au territoire des Etats membres de l'EEE (COMP/M.4475 du 8 février 2007, ch. 27, *Schneider Electric/APC*). La question de savoir si la dimension géographique de ce marché dépasse le territoire suisse peut également être laissée ouverte en l'espèce car, même dans l'hypothèse d'un marché – potentiellement trop restreint – national, le marché en question ne constituerait pas un marché affecté par la concentration au sens de l'art. 11 al. 1 let. d OCCE (cf. ch. 74).

B.3.1.2.2 Domaine des télécommunications

67. Les services de télécommunication sont liés au réseau de communication. Les services de télécommunication sont en général disponibles dans toute la Suisse, même s'il existe de différentes infrastructures au niveau du réseau dans les différentes régions. Swisscom dispose d'un réseau basé sur une paire torsadée métallique (cuivre) qui couvre quasiment toute la Suisse et construit, en collaboration avec des fournisseurs d'énergie électrique, un réseau de fibre optique. Jusqu'à présent, la COMCO s'est fondée sur une définition du marché géographique nationale, couvrant l'ensemble des réseaux disponibles en Suisse. En ce qui concerne le réseau de fibre optique, la COMCO s'est fondée sur une définition du marché géographique régionale. En l'espèce la définition du marché géographique peut être laissée ouverte parce que le projet de concentration ne mène pas à une addition de parts de marché dans le **marché de l'accès physique à l'infrastructure permettant une vitesse de transmission basée sur la fibre optique**.

68. En ce qui concerne le **marché Wholesale pour l'internet à haut débit pour les utilisateurs commerciaux**, la COMCO s'est fondée sur un marché géographique national, parce que les services de communication à haut débit peuvent être fournis par l'intermédiaire de différents réseaux (fibre optique, paire torsadée métallique, réseau mobile etc.). En l'espèce, il convient de se fonder sur une définition nationale du marché géographique.

69. En se basant sur un réseau ou des services de télécommunication comme composants de l'offre, les fournisseurs d'accès internet peuvent offrir leurs services de communication électronique dans toute la Suisse. Pour cela il convient de se baser sur une définition du **marché des utilisateurs finaux commerciaux pour l'internet à haut débit** nationale au niveau géographique.

70. L'équipement et les services de maintenance de réseaux peuvent être achetés dans le monde entier. Pour cela il convient de se baser sur une définition du **marché de l'équipement et de la maintenance de réseaux** qui a au moins une dimension nationale au niveau géographique.

²⁸ [...]. Plusieurs GRD tessinois recourent à des entreprises non tessinoises pour les prestations EDM. [...] Parmi les autres fournisseurs de prestations EDM au niveau suisse, on peut encore citer, notamment, les groupes Axpo et Alpiq, ou les Forces Motrices Bernoises (BKW FMB).

²⁹ De nombreux fournisseurs d'électricité (comme Alpiq ou Axpo), ainsi que des entreprises spécialisées (comme Swenex, Ompex, Swisspower) peuvent fournir des services d'optimisation de la consommation à la clientèle située sur la zone de desserte de SES.

B.3.1.2.3 Domaine de la fourniture de chaleur à distance et de la gestion de réseaux de chaleur

71. Le marché de la **fourniture de chaleur par les réseaux de chaleur urbains/locaux** revêt une dimension locale, limitée à l'étendue du réseau de distribution de chaleur concerné (COMP/M.5793 du 12 mai 2010, ch. 17, Dalkia CZ/NWR Energy).

72. Concernant le marché de la **gestion déléguée des réseaux de chaleur**, la Commission européenne a admis, après une enquête menée sur le marché, qu'il revêtait une dimension nationale (COMP/M.4180 du 14 novembre 2006, ch. 944 s., Gaz de France/Suez). Selon les entreprises participantes, tous les services publics d'électricité, les entreprises de distribution de gaz, les gestionnaires de l'eau et d'autres entreprises privées seraient en mesure de construire et de gérer un réseau de chaleur. L'ASCAD (Association Suisse du Chauffage à Distance) publie, en outre, une liste de ses membres (contractors) qui offrent des prestations de réalisation et de gestion de réseaux de chaleur à distance en Suisse³⁰. Avec les entreprises participantes, il convient d'admettre qu'en l'occurrence, le marché de la gestion

déléguée des réseaux de chaleur semble également revêtir une dimension nationale.

B.3.2 Position future des entreprises participantes sur les marchés affectés

73. 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.

B.3.2.1 Domaine de l'électricité

74. Les parts de marché des entreprises participantes dans le domaine de l'électricité sont présentées dans le tableau suivant:

	AET		SES		Parts de marché cumulées
	Volume/unités	Parts de marché	Volume/unités	Parts de marché	
Production ³¹	[...] GWh ³²	0 - 10%	[...] GWh ³³	0 - 10%	0 - 10%
Transport ³⁴		100%		0%	100%
Distribution ³⁵		100%		100%	100%
Négoce ³⁶	[...] GWh	0 - 10%		0 - 10%	0 - 10%
		0 - 10%			0 - 10%

³⁰ <http://www.fernwaerme-schweiz.ch/db-fernwaerme/abfrage-fw-contractor/index.php> (14.06.13).

³¹ En 2011, la production nationale d'électricité s'est élevée à 62'881 GWh (Bilan suisse de l'électricité (année civile), en GWh, Statistique suisse de l'électricité 2011, OFEN, Berne 2012, p. 11, tableau 6).

³² Production propre de AET en 2011, y compris le „compenso OFIMA“ [...], ajoutée aux volumes d'électricité produits par les sociétés dans lesquelles AET détient un droit de prélèvement.

³³ Production propre de SES en 2011, ajoutée aux volumes d'électricité soutirés en 2011 par SES grâce à ses droits de prélèvement.

³⁴ L'entreprise notifiante propose un calcul de sa part de marché sur la base du critère de la longueur de son réseau de transport [...], comparée à la longueur de l'ensemble du réseau de transport suisse (environ 6'700 km). Ce calcul n'est pas retenu pour les raisons suivantes: Les lignes de transport des différents exploitants des réseaux de transport ne sont – à l'exception des lignes parallèles – pas substituables. Un exploitant d'un réseau de transport a, dès lors, une part de marché de 100 % sur son réseau (DPC 2006/3, 486, note 28, *Atel - EOSH-Aktiven*). Comme il n'y a pas de ligne parallèle à la ligne 380 kV Mendrisio – Cagno, AET détient une part de marché de 100 % sur cette ligne.

³⁵ Les différents réseaux de distribution exploités par les différents GRD ne sont en principe pas substituables les uns par rapport aux autres, de sorte que chaque réseau constitue un marché géographique autonome. Chaque GRD dispose d'une part de marché de 100 % sur son propre réseau. Les méthodes de calcul proposées par l'entreprise notifiante, d'une part, sur la base d'un hypothétique marché national et, d'autre part, sur la base des volumes d'électricité ayant transité par le

réseau de AET, respectivement de SES et ayant été facturés au titre de l'utilisation du réseau, sont à écarter. La COMCO a déjà dans l'affaire *Atel - EOSH-Aktiven* émis des réserves quant à ces méthodes de calcul et a retenu que chaque GRD détenait une part de marché de 100 % sur son propre réseau (DPC 2006/3, 486, note 29).

³⁶ L'entreprise notifiante relève qu'il n'est pas possible de calculer, avec précision, les parts de marché sur le marché national du négoce. Par analogie à ce qui a été opéré (et sous les mêmes réserves que celles formulées) dans l'affaire *Atel - EOSH-Aktiven* (DPC 2006/3, 488, ch. 89, notes 35 et 36), l'entreprise notifiante estime la part de marché de AET par référence à (i) la consommation intérieure suisse totale (chiffre en haut) qui s'élevait en 2011 à 58'599 GWh (Bilan suisse de l'électricité [année civile], en GWh, Statistique globale Suisse de l'énergie 2011, OFEN, Berne, 2012, p. 11, tableau 6), étant précisé que cette façon de procéder ne tient pas compte des activités de négoce qui se rapportent à l'électricité qui, en fin de compte, se trouve exportée et que, partant, le volume indiqué est probablement inférieur au volume effectivement négocié (DPC 2006/3, 488, note 35, *Atel - EOSH Aktiven*) et (ii) la somme de la production intérieure nette et des quantités importées (chiffre en bas), qui s'élevait en 2011 à 143'713 GWh (60'415 GWh + 83'298 GWh: Bilan suisse de l'électricité [année civile], en GWh, Statistique suisse de l'électricité 2011, OFEN, Berne 2012, p.11, tableau 6), étant précisé que cette façon de procéder conduit à retenir des volumes probablement supérieurs aux quantités effectivement négociées, dès lors qu'elle inclut toutes les quantités exportées, et ce alors même que ces quantités ne font pas nécessairement l'objet de transactions en Suisse (DPC 2006/3, 488, note 36, *Atel - EOSH Aktiven*).

Fourniture aux clients captifs ³⁷		[...] GWh	100%	[] GWh	100%	100%
Fourniture aux clients éligibles	Gros consommateurs	[] GWh ([...] clients)	0 - 10%	[...] GWh ([...] clients)	0 - 10%	0 - 10%
	Revendeurs	[...] GWh ([...] clients)	0 - 10%	[...] GWh ([...] clients)	0 - 10%	0 - 10%
Energy Data Management (EDM) ³⁸		[...] clients	0 - 10%			0 - 10%
SES Monitoring ³⁹				[...] clients	0 - 10%	0 - 10%
UPS à bas voltampérage ⁴⁰				[...] clients	0 - 10%	0 - 10%

75. Concernant le marché de la fourniture d'électricité aux clients éligibles, il convient d'apporter quelques clarifications au sujet du calcul de la part de marché. Comme exposé ci-dessus (cf. ch. 40), la COMCO a, dans une affaire récente, laissé ouverte la question de savoir si le marché de la fourniture d'électricité, tel que délimité généralement avant l'entrée en vigueur de la LAPeI, devait faire l'objet d'une segmentation plus fine ([...], ch. 61 et 63, à publier dans DPC).

76. Dans l'hypothèse d'une subdivision du marché de la fourniture d'électricité aux clients éligibles en la fourniture d'électricité aux gros consommateurs d'une part et la fourniture d'électricité aux revendeurs d'autre part, le calcul de la part de marché s'effectuerait comme suit:

- Gros consommateurs (consommateurs éligibles): Selon la „Elcom Kostenrechnung für die Tarife 2013 auf Basis 2011“, le nombre des consommateurs éligibles s'élevait en 2011 à 36'146 avec un volume total de consommation de 25'604'309 MWh (100 %)⁴¹. Les [...] GWh (AET) et [...] GWh (SES) constitueraient dont [...] % (AET) et [...] % (SES) du volume total de consommation des consommateurs éligibles.
- Revendeurs (éligibles de par la loi): En l'absence de chiffres sur les volumes d'électricité écoulés en Suisse sur un marché de la fourniture d'électricité aux revendeurs, il est envisageable – comme le font les entreprises participantes – de remplacer ce dernier par le volume total de consommation nationale en 2011, soit 58'599 GWh.⁴² Toutefois, cette approximation néglige le fait qu'un consommateur éligible ne doit pas nécessairement passer par un revendeur, mais peut s'approvisionner directement à l'échelon supérieur. Il n'est dès lors pas exclu que le volume vendu aux revendeurs soit plus bas que la consommation nationale. En plus, l'approximation ne tient pas compte de la consommation propre d'un revendeur. Sous ces réserves, la part de marché de AET calculée à l'aide de cette approximation correspondrait à [...] %.

77. En résumé, dans l'hypothèse de deux marchés distincts ni le marché de la fourniture de l'électricité aux gros consommateurs ni le marché de la fourniture de l'électricité aux revendeurs constitueraient des marchés

affectés par la concentration au sens de l'art. 11 al. 1 let. d OCCE.

78. Dans l'hypothèse d'un marché „global“ de la fourniture d'électricité aux clients éligibles, il n'est pas admissible d'additionner – comme le font les entreprises participantes – les parts de marché des gros consommateurs et des revendeurs. Un tel calcul peut contenir des double-comptages et ne tient pas compte du fait qu'un gros consommateur peut s'approvisionner soit auprès d'un revendeur, soit à l'échelon supérieur.

³⁷ Chaque GRD dispose sur sa zone de desserte d'un monopole pour la fourniture d'électricité aux consommateurs captifs (cf. ch. 38, 61). Les [...] clients captifs de AET et les [...] clients captifs de SES resteraient alors dans l'impossibilité juridique de se fournir auprès d'une EAE concurrente.

³⁸ La part de marché est calculée, en l'occurrence, à partir du nombre de clients de AET (SES n'est pas active dans ce domaine) par rapport au nombre total de demandeurs potentiels de ce service, à savoir les GRD (cf. ch. 42), en Suisse. Or, le chiffre ainsi obtenu ne tient pas compte de l'importance des clients respectifs. Il faudrait donc relativiser les parts de marché ainsi calculées en tenant compte des chiffres d'affaires générés avec ce service. Faute de données sur la taille du marché par rapport au chiffre d'affaires, cette adaptation ne peut pas être faite. Les chiffres contenus dans le tableau sont à lire sous cette réserve. AET fournit le service *Energy Data Management* à [...] GRD tessinois, ainsi qu'à [...], sur un total de 690 GRD en Suisse en 2012 (nombre des gestionnaires des réseaux de distribution, http://www.swissgrid.ch/swissgrid/fr/home/reliability/energydata/deliver_ed_energy_dso.html [14.06.2013]).

³⁹ Sous les mêmes réserves par rapport au calcul du chiffre d'affaires comme pour le service EDM (cf. note 38), la part de marché est, en l'occurrence, calculée à partir du nombre de clients de SES (AET n'est pas actif dans ce domaine) par rapport au nombre total de demandeurs potentiels de ce service. Dans la mesure où, en pratique, ce sont les clients éligibles ayant fait usage de leur droit d'accès au réseau qui commandent des prestations de monitoring, la part de marché de SES est estimée par rapport au nombre de consommateurs éligibles en Suisse, soit 36'146 (informations obtenues par l'Elcom qui se réfèrent à la „Kostenrechnung für die Tarife 2013 auf Basis 2011“).

⁴⁰ Les parts de marché indiquées sont des estimations de l'entreprise notificante, fondées uniquement sur le nombre des clients de SES.

⁴¹ Etant précisé que le total ne correspond pas au volume de consommation des gros consommateurs qui ont effectivement bénéficié de l'accès au réseau, mais au volume de consommation des gros consommateurs qui en ont la possibilité juridique (art. 6 al. 6 *a contrario* LAPeI).

⁴² Bilan suisse de l'électricité (année civile), en GWh, Statistique globale Suisse de l'énergie 2011, OFEN, Berne, 2012, p. 11, tableau 6.

79. Pour déterminer la position d'une EAE dans un marché global de la fourniture aux clients éligibles, plusieurs méthodes seraient envisageables qui focalisent sur les différents points suivants:

- Relation clientèle: Seules les relations avec les clients finaux éligibles (gros consommateurs) entreraient en considération. Les chiffres des parts de marché obtenus correspondraient alors aux chiffres du marché de la fourniture d'électricité aux gros consommateurs (cf. ch. 76, 1^{er} para.).
- Valeur ajoutée: Seule serait déterminante l'origine de l'électricité en supposant qu'un revendeur n'apporte aucune plus-value, respectivement une plus-value minimale, au produit vendu. Dans le cas d'espèce, SES s'approvisionne aujourd'hui principalement auprès de AET ([...] GWh en 2011 acheté auprès de AET par comparaison à l'électricité vendue par SES, à savoir [...] GWh). [...]. Selon cette méthode de calcul de parts de marché, le projet de concentration ne changerait en rien la position sur le marché de la fourniture d'électricité aux clients éligibles de AET, car l'électricité vendue aujourd'hui par SES aux gros consommateurs provient déjà de AET.
- Chiffre d'affaires/volume d'électricité vendu: Ce calcul aurait l'avantage de démontrer le volume d'électricité vendu par un fournisseur par rapport

au volume total d'électricité vendu en Suisse. Ce calcul se heurte à l'obstacle que la somme (100 %) de l'électricité vendue par tous les fournisseurs en Suisse (aux revendeurs ainsi qu'aux consommateurs éligibles) fait défaut. Or, vu les chiffres obtenus par les autres méthodes de calcul, il ne semble pas que les entreprises participantes obtiennent ensemble une part de marché dépassant 20 %.

80. En résumé, dans l'hypothèse d'un marché „global“ de la fourniture d'électricité aux clients éligibles, ce marché – indépendamment de la méthode d'évaluation de la position des entreprises sur ce marché – ne constituerait pas un marché affecté par la concentration au sens de l'art. 11 al. 1 let. d OCCE.

81. En conclusion, il s'agit de retenir que dans le domaine de l'électricité, le marché du transport de l'électricité, le marché de la distribution d'électricité et le marché de la fourniture d'électricité aux clients captifs sont des marchés affectés par la concentration au sens de l'art. 11 al. 1 let. d OCCE (cf. ch. 74, tableau). Ces marchés sont par la suite soumis à une analyse plus approfondie (cf. ch. 89 ss.).

B.3.2.2 Domaine des télécommunications

82. Les parts de marché des entreprises participantes dans le domaine des télécommunications sont présentées dans le tableau suivant:

		AET		SES		Parts de marché cumulées
		Unités	Parts de marché	Unités	Parts de marché	
Réseaux de télécommunication	Equipements		0 - 10%	[...]	0 – 10%	0 - 10%
	Entretien et maintenance	réseau de fibre optiques de AET		réseau de fibre optiques de SES		
Accès au réseau (fibre optique)		[...] clients ([...] CHF)	0 - 10%	[...] clients ([...] CHF)	0 - 10%	0 - 10%
Connexions internet haut débit (utilisateurs commerciaux)		[...] clients	0 - 10%	[...]	0 – 10%	0 - 10%

83. Dans le marché de l'équipement de réseaux, AET et SES sont en position de demandeurs. Sans avoir procédé à une analyse détaillée mais en suivant les estimations des parties, la COMCO part du principe que la demande de la part de AET et SES pour équiper et maintenir leurs réseaux de fibre optique est en-dessous d'un pourcent. C'est la raison pour laquelle le marché d'équipement et maintenance de réseaux n'est pas un marché concerné au sens de la LCart.

84. En ce qui concerne le réseau de fibre optique, AET et SES disposent de leurs propres réseaux. Vu que les réseaux de fibre optique de AET et SES se situent dans

des régions géographiques différentes, le projet de concentration n'entraîne pas d'addition de parts de marché dans le marché de l'accès physique à l'infrastructure permettant une vitesse de transmission basée sur la fibre optique.

85. Dans le marché Wholesale pour l'internet à haut débit pour les utilisateurs commerciaux d'une part et les utilisateurs finaux commerciaux d'autre part, les parts de marché cumulées de AET et SES sont en-dessous d'un pourcent. C'est la raison pour laquelle ces marchés ne sont pas considérés comme marchés concernés au sens de la OCCE.

B.3.2.3 Domaine de la fourniture de chaleur à distance et de la gestion de réseaux de chaleur

86. Les parts de marché des entreprises participantes dans le domaine de la fourniture de chaleur à distance et

de la gestion de réseaux de chaleur sont présentées dans le tableau suivant:

	AET		SES		Parts de marché cumulées	
	Unités	Parts de marché	Unités	Parts de marché		
Fourniture de chaleur	[...]				100%	
Gestion de réseaux ⁴³	Réseau TERIS	0 - 10%			0 - 10%	0 - 10%
	Réseau Calore SA				0 - 10%	

87. AET est active dans la distribution et la fourniture de chaleur et de froid au travers de TERIS Teleriscaldamento del Bellinzonese SA (TERIS) et Calore SA. TERIS est propriétaire et gère le réseau urbain de chaleur de la région de Bellinzone. Calore SA (qui était contrôlée en commun par AET et SES avant la présente concentration) est également propriétaire du réseau de distribution qui achemine la chaleur et le froid produits par Calore SA dans trois centrales situées dans la ville de Locarno. Comme le marché de la fourniture de chaleur par les réseaux de chaleur urbains/locaux revêt une dimension locale, limitée à l'étendue du réseau de distribution de chaleur concerné (cf. ch. 71), chaque fournisseur de chaleur et de froid a une part de marché de 100 % pour la fourniture de chaleur à travers son réseau.⁴⁴

88. Par conséquent, le marché de la fourniture de chaleur par les réseaux de chaleur urbains/locaux est un marché affecté par la concentration au sens de l'art. 11 al. 1 let. d OCCE. Ce marché est par la suite soumis à une analyse plus approfondie (cf. ch. 102 ss.)

B.3.2.4 Analyse des marchés affectés par la concentration au sens de l'art. 11 al. 1 let. d OCCE

a) Transport d'électricité

89. Comme exposé ci-dessus, SES n'exploite aucune ligne de transport et AET ne conservera à moyen terme que la ligne 380 KV entre Mendrisio et Cagno (marché géographique déterminant), dont le transfert à Swissgrid SA n'interviendra qu'en 2022 (cf. ch. 58).

90. Conformément à la pratique constante de la COMCO, la dimension géographique du marché du transport d'électricité doit être fixée de cas en cas. En raison de cette délimitation du marché (chaque transport d'un point A à un point B constitue un marché autonome), il n'existe en règle générale – à l'exception d'éventuelles lignes parallèles – pas de concurrence active ni passive dans un marché ainsi délimité (DPC 2006/3, 487, ch. 85, *Atel - EOSH-Aktiven*).

91. D'après les entreprises participantes, il n'existe pas de ligne parallèle à la ligne 380 KV Mendrisio – Cagno. Même dans l'hypothèse contraire, le projet de concentration ne créerait ni ne renforcerait une position dominante de AET dès lors qu'il n'y a pas addition de parts

de marché en raison de la concentration puisque SES n'est pas active sur le marché du transport d'électricité.

92. Par conséquent, le projet de concentration ne fait pas apparaître d'indices qu'il crée ou renforce une position dominante sur le marché du transport d'électricité.

b) Distribution d'électricité

93. La loi cantonale du 30 novembre 2009 d'application de la LApEI (legge cantonale di applicazione della legge federale sull'approvvigionamento elettrico; LA-LAEI)⁴⁵ confie à AET une zone de desserte d'un genre particulier, qui s'étend aux ouvrages et chantiers propres du canton du Tessin, ainsi qu'aux installations des routes nationales et aux ouvrages fédéraux d'importance (article 4 al. 3 LA-LAEI).⁴⁶ AET possède et exploite donc (i) le réseau suprarégional du canton du Tessin (niveau 3: haute tension, compris entre 50 kV et 150 kV), constitué d'environ [...] km de lignes à 150 kV et d'environ [...] km de lignes à 50 kV, et (ii) des réseaux régionaux (niveau 5: moyenne tension, compris entre 10 et 35 kV), constitués d'environ [...] km de lignes à 16 kV.

⁴³ Les parts de marché indiquées sont des estimations de l'entreprise notificante.

⁴⁴ L'entreprise notificante fournit néanmoins les chiffres par rapport à une part de marché des entreprises participantes (au travers de TERIS et Calore SA) sur un hypothétique marché suisse de la fourniture de chaleur (froid compris, pour les besoins de l'exercice): En 2011, la consommation totale en Suisse de chaleur à distance s'est élevée à 4'406 GWh (Statistique globale Suisse de l'énergie 2011, OFEN, Berne, 2012, Consommation finale d'agents énergétique, tableau 1, p. 3). Les volumes pour la chaleur fournie, soit [...], se rapportent à 2012. Par conséquent, la part de marché sur ce marché hypothétique s'élèverait approximativement à [...] %.

⁴⁵ <http://www4.ti.ch/can/rl/raccolta-leggi-ti/raccolta-leggi-online/> [12.06.2013] → numéro 9.1.7.3.

⁴⁶ Cette zone particulière est décrite de manière plus détaillée dans une annexe au règlement cantonal d'application de la LApEI (regolamento della legge cantonale di applicazione della legge federale sull'approvvigionamento elettrico del 23 marzo 2007) du 23 novembre 2010 (RLA-LAEI; <http://www4.ti.ch/can/rl/raccolta-leggi-ti/raccolta-leggi-online/> [12.06.2013] → numéro 9.1.7.3.1). La zone de desserte de AET comprend (article 5 al. 2 et annexe du RLA-LAEI): l'ancien réseau de l'OFROU (routes nationales); le réseau du *Dipartimento del territorio* pour les chantiers et les ouvrages propres du canton; le réseau couvert par le plan d'aménagement „PTL“ (*Piano dei Trasporti del Luganese*); le réseau Alptransit; le réseau de l'installation de la zone industrielle de Bodio (géré par AET depuis le 31 décembre 2008); et le réseau des installations propres et des systèmes auxiliaires de AET.

94. SES est l'un de GRD les plus importants du canton du Tessin. Elle exploite environ [...] km de réseaux dont elle est propriétaire, auxquels sont raccordés plus de 80'000 clients. Le réseau de SES comprend des lignes de haute (niveau 3), moyenne (niveau 5) et basse (niveau 7) tension. SES dessert 59 communes, dont 54 communes tessinoises⁴⁷ et cinq communes grisonnes de la basse Mesolcina. SES est propriétaire de toutes les installations affectées à la distribution d'électricité dans l'ensemble de ces communes.

95. Conformément à la pratique constante de la COMCO, chaque GRD dispose d'un monopole de fait sur son propre réseau. Les différents GRD ne sont donc pas – ni avant, ni après la concentration – en concurrence les uns par rapport aux autres (DPC 2006/3, 487, ch. 83, *Atel - EOSH-Aktiven*).

96. Reste à noter, que ce principe vaut également, dans le cas présent, pour les réseaux spéciaux exploités par AET sur la zone de desserte qui lui est réservée par la législation cantonale et qui se situent en partie sur le territoire couvert par la zone de desserte de SES.⁴⁸ En effet, selon la législation cantonale, AET – sauf décision contraire du Conseil d'Etat tessinois – n'est pas tenue de permettre le raccordement à cette zone de desserte (art. 6 al. 1 LA-LAEI), et elle ne le fait pas actuellement. De ce fait, les entreprises participantes ne sont pas non plus des concurrents actifs s'agissant de ces réseaux particuliers.

97. Par conséquent, le projet de concentration ne fait pas apparaître d'indices qu'il crée ou renforce une position dominante sur le marché de la distribution d'électricité.

c) Fourniture d'électricité aux clients captifs

98. AET fournit de l'électricité à des consommateurs finaux situés dans la zone de desserte particulière que lui a assignée le législateur tessinois. Au total, AET approvisionne [...] clients finaux dont [...] sont des clients captifs.

99. SES fournit de l'électricité à [...] clients captifs (dont environ [...] dans le canton des Grisons), répartis entre les 59 communes de sa zone de desserte (dont 5 communes dans le canton des Grisons).⁴⁹

100. Les consommateurs captifs ne bénéficient à présent (et jusqu'à une libéralisation complète du marché de l'électricité) pas de l'accès au réseau visé par l'art. 13 al. 1 LApEI (art. 6 al. 6 LApEI). Chaque GRD dispose donc d'un monopole de fait par rapport à la fourniture d'électricité aux clients captifs raccordés à son réseau. Les différents GRD, en leur qualité d'EAE, ne sont donc pas – ni avant ni après la concentration – en concurrence les uns par rapport aux autres.

101. Par conséquent, le projet de concentration ne fait pas apparaître d'indices qu'il crée ou renforce une position dominante sur le marché de la fourniture d'électricité aux clients captifs.

d) Fourniture de chaleur par des réseaux de chaleur urbains/locaux

102. AET est active dans le marché de la fourniture de chaleur par les réseaux de chaleur urbains/locaux au

travers de TERIS et Calore SA, SES y est active à travers la Calore SA.

103. TERIS a pour but de réutiliser et redistribuer l'énergie thermique produite par l'usine cantonale de thermovalorisation des déchets (ICTR⁵⁰), exploitée par Azienda cantonale dei rifiuti (ACR). TERIS achète à ACR la chaleur produite et la distribue ensuite aux utilisateurs. TERIS est propriétaire et gère le réseau urbain de chaleur de la région de Bellinzone (Teris), par lequel elle distribue la chaleur produite par l'ICTR. Le réseau (actuellement en cours de construction)⁵¹ a vocation à desservir [...].

104. Calore SA, contrôlée en commun par AET et SES, s'occupe de la gestion de la centrale thermique de Mappo Morettina à Locarno, de la centrale thermique de l'Ospedale de Locarno et de la centrale du nouveau centre thermal régional de Locarno. En particulier la centrale thermique de la Morettina fournit de la chaleur pour [...] immeubles à Locarno.⁵² En 2012, Calore SA a fourni l'équivalent de [...] MWh de chaleur et [...] MWh de froid. Calore SA est propriétaire du réseau de distribution qui achemine cette chaleur et ce froid.

105. Considérant que le marché de la fourniture de chaleur par des réseaux de chaleur urbains/locaux est limité à l'étendue du réseau de chaleur considéré, il n'y aura pas d'addition de parts de marché entre la chaleur produite par Calore SA, qui concerne trois centrales situées dans la ville de Locarno et la vapeur achetée par TERIS auprès de l'ACR, qui sert à chauffer l'eau distribuée aux clients situés sur une agglomération urbaine [...]. Les différents fournisseurs de chaleur ne sont donc pas – ni avant ni après la concentration – en concurrence les uns par rapport aux autres.

106. Concernant la chaleur produite actuellement par Calore SA, le passage d'un contrôle conjoint exercé par AET et SES à un contrôle exclusif exercé par AET aura pour simple conséquence de transférer à AET le monopole de fait qui est actuellement détenu conjointement par AET et SES sur les réseaux concernés.

107. Par conséquent, le projet de concentration ne fait pas apparaître d'indices qu'il crée ou renforce une position dominante sur le marché de la fourniture de chaleur par des réseaux de chaleur urbains/locaux.

B.3.2.5 Analyse d'effets verticaux

a) Absence d'intégration verticale

108. La transaction n'apportera aucun changement de nature structurelle, dès lors qu'il n'est pas prévu d'intégrer verticalement SES à AET. De plus, l'acquisition du

⁴⁷ Région de Locarno, val Maggia, vallée de Blenio, communes de Centovalli et Gambarogno, région de Pedemonte et Onsernone, val Verzasca, Riviera, vallée de la Léventine; pour la liste des communes desservies, voir l'annexe au RLA-LAEI.

⁴⁸ [...].

⁴⁹ Cela représente une quantité d'énergie écoulee d'environ [...] GWh et un chiffre d'affaires (pour la fourniture d'électricité) d'environ CHF [...].

⁵⁰ Impianto cantonale di termovalorizzazione die rifiuti.

⁵¹ [...].

⁵² [...].

contrôle exclusif de SES par AET a un caractère transitoire, étant rappelé que d'ici à mars 2015, la majorité du capital-actions et des droits de vote de SES Holding pourra faire l'objet d'un transfert aux communes de la zone de desserte de SES (cf. ch. 10). Cette circonstance semble exclure que AET se livre à une intégration verticale de SES durant la période transitoire susmentionnée.

b) Absence de verrouillage des capacités de production (input foreclosure)

109. A supposer que, suite à la réalisation de l'opération envisagée, AET et SES fassent l'objet d'une intégration verticale sous quelque forme que ce soit, AET n'aurait aucun intérêt à réserver ses capacités de production à SES ou à appliquer à SES des conditions de fourniture plus favorables qu'aux autres EAE.

110. Sur le marché suisse de la production d'électricité, AET détient une part de marché de [...] % seulement et fait face à des concurrents très puissants, tels qu'Xpo, BKW, ewz et Alpiq. Toute tentative de AET d'appliquer aux entreprises concurrentes de SES des conditions moins favorables que celles réservées à SES conduirait ces entreprises à se tourner vers d'autres producteurs ou fournisseurs d'électricité⁵³, ce qui rendrait non profitable la tentative en question.

111. AET est un institut de droit public dont les tâches et missions sont définies par la législation cantonale tessinoise. En vertu du mandat qui lui est confié par la législation cantonale, AET est notamment tenue de „fournir de l'énergie à des prix compétitifs aux entreprises communales, aux consortiums ou aux organisations de communes analogues aux consortiums“ (art. 3b al. 1 LAET). Dans ces conditions et selon les principes généraux du droit administratif, il est exclu que AET, en l'absence de justification objective, puisse en venir à refuser de traiter avec des EAE concurrentes ou à appliquer à SES des conditions (notamment de prix) plus favorables que celles offertes aux autres EAE ou services industriels du canton du Tessin.

112. Dans ces conditions, il semble exclu qu'une intégration verticale qui serait mise en œuvre suite à la réalisation de l'opération envisagée puisse conduire à un verrouillage des capacités de production.

c) Absence de verrouillage de la clientèle (customer foreclosure)

113. Il semble que l'opération envisagée n'est pas en mesure de conduire à une éviction ou à une discrimination des producteurs ou fournisseurs concurrents de AET.

114. Sur le marché de la fourniture en gros d'électricité, un verrouillage de la clientèle ne pourrait entrer en ligne de compte que si SES constituait un client important au niveau national. Avec une fourniture d'électricité totale d'environ [...] GWh⁵⁴, représentant environ [...] % de la consommation nationale d'électricité⁵⁵, SES ne peut pas être considérée comme un client important pour les besoins de la présente analyse.⁵⁶ Dans ces conditions, il semble exclu qu'un producteur ou fournisseur d'électricité concurrent de AET se trouve dans une situation de dépendance à l'égard de SES pour écouler son électricité.

té. Partant, l'opération envisagée ne semble pas être de nature à conduire à un verrouillage de la clientèle au détriment des concurrents de AET.

115. En outre, toute entreprise concurrente de AET ayant librement accès aux consommateurs éligibles situés dans la zone de desserte de SES en vertu de l'art. 13 al. 1 LApEI⁵⁷, la concentration envisagée ne conduira pas à un verrouillage de la clientèle éligible. S'agissant des clients captifs situés dans la zone de desserte, il semble exclu qu'une intégration verticale de SES, si (par hypothèse) elle était opérée, puisse conduire à leur réserver une situation moins favorable après la réalisation de la concentration. SES restera tenue de prendre toutes les mesures nécessaires pour pouvoir fournir, en tout temps, la quantité d'électricité désirée, au niveau de qualité requis et à des tarifs équitables, aux consommateurs captifs et aux autres consommateurs finaux (art. 6 al. 1 LApEI). En ce qui concerne en particulier les tarifs applicables aux consommateurs, SES sera tenue, comme par le passé, de publier les bases et méthodes de calcul ainsi que les informations relatives aux tarifs d'acheminement, aux redevances et aux prestations fournies à des collectivités publiques (art. 6 al. 3, 14 et 15 LApEI).

d) Séparation comptable des différentes activités

116. Conformément à l'art. 10 LApEI, l'entité résultant de la concentration – qui sera contrôlée par AET – sera tenue d'effectuer une séparation comptable des activités de production, de distribution et de commercialisation, ce qui réduit le potentiel d'abus qui pourrait découler d'une intégration verticale éventuelle de SES.

B.3.3 Restriction accessoire liée à la concentration envisagée

B.3.3.1 Généralités

117. Des restrictions accessoires peuvent être considérées comme directement liées au projet de concentration si elles sont indispensable pour sa réalisation et si elles sont en connexité directe. Les clauses, qui ne remplissent pas ces conditions, ne sont pas considérées comme clauses directement liées au projet de concentration et ne sont de ce fait pas légalisées par la décision de la COMCO relative au projet de concentration. Ces clauses sont soumises à un éventuel examen selon l'art. 5 LCart dans le cadre d'une procédure correspondante.⁵⁸

⁵³ Une entreprise concurrente de SES qui se verrait (par hypothèse) refuser l'accès aux capacités de production de AET (ou qui se verrait accorder cet accès à des conditions discriminatoires) pourrait se tourner librement vers des producteurs ou fournisseurs concurrents de son choix en vertu de l'art. 13 al. 1 LApEI.

⁵⁴ [...].

⁵⁵ 58'599 GWh, Bilan suisse de l'électricité (année civile), en GWh, Statistique globale Suisse de l'énergie 2011, OFEN, Berne, 2012, p. 11, tableau 6.

⁵⁶ [...].

⁵⁷ En effet, ce principe garantit également à chaque producteur et fournisseur d'électricité le droit d'utiliser le réseau de SES pour acheminer de l'électricité à des consommateurs éligibles situés sur la zone de desserte de SES.

⁵⁸ DPC 2012/1, 139, ch. 16, *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*.

118. En ce qui concerne les restrictions accessoires dans le cadre de projets de concentration, la COMCO tient compte de la pratique de l'Union européenne conformément à la „Communication de la Commission relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration”⁵⁹,⁶⁰.

119. Une restriction est considérée comme nécessaire si le projet de concentration ne pourrait pas être réalisé ou ne pourrait l'être que dans des conditions beaucoup plus incertaines ou difficiles, moyennant un coût sensiblement plus élevé, dans un délai nettement plus long. Pour déterminer si une restriction est nécessaire ou pas, il convient non seulement de tenir compte de sa nature, mais aussi de s'assurer que sa durée et son champ d'application matériel et géographique ne dépassent pas ce qu'exige raisonnablement la réalisation de la concentration. Lorsqu'il existe plusieurs méthodes tout aussi efficaces pour atteindre l'objectif légitime poursuivi, les entreprises doivent choisir celle qui sera, objectivement, la moins restrictive à la concurrence.⁶¹

B.3.3.2 Interdiction de faire concurrence

120. Selon l'art. [...] du contrat d'acquisition Alpiq, en sa qualité de vendeur, et les sociétés qu'elle contrôle s'obligent à ne pas faire concurrence à SES dans le domaine commercial relevant. Le domaine commercial relevant contient [...]. L'interdiction de concurrence est prévue pour une durée de [...] mois. Tombe également sous l'interdiction de concurrence, pour Alpiq ou l'une des entreprises dont elle détient une participation de plus de [...] % dans le capital.

121. Dans le cadre du projet de concentration, le transfert de la valeur complète inclut le transfert des clients et les relations avec ces clients. Ce transfert n'inclut pas le savoir-faire spécifique même si le profil de consommation des clients peut être spécifique. Les clauses de non-concurrence se justifient pour des périodes n'excédant pas trois ans lorsque la cession de l'entreprise inclut la fidélisation de la clientèle sous la forme à la fois du fonds commercial et du savoir-faire. Lorsque seul le fond commercial (qui contient la clientèle) est inclus, ces clauses sont justifiées pour des périodes n'excédant pas deux ans.[...].

B.3.4 Conclusions

122. Pour les raisons déjà énoncées, l'examen préalable n'a permis de retenir aucun indice que la concentration créera ou renforcera une position dominante sur les marchés du transport d'électricité, de la distribution d'électricité, de la fourniture d'électricité aux clients captifs et de la fourniture de chaleur par des réseaux de chaleur urbains/locaux. 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.

⁵⁹ Communication de la Commission relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration (ci-après: Communication-UE); ABl. C 56/24 du 5.3.2005 N 12.

⁶⁰ DPC 2010/3, 505, ch. 65, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

⁶¹ Communication-UE N 13.

B 2.3	4. Tamedia AG/PPN AG
-------	-----------------------------

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 2. Juli 2013

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 30. Juni 2013

A Sachverhalt

A.1 Vorhaben

1. Am 7. Juni 2013 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt Tamedia AG (nachfolgend: Tamedia) die alleinige Kontrolle über das bisher gemeinsam mit Neue Zürcher Zeitung AG (nachfolgend: NZZ), Ringier AG (nachfolgend: Ringier) und cXense AS (nachfolgend: cXense) kontrollierte Unternehmen PPN Schweiz AG (nachfolgend: PPN) zu übernehmen.¹

2. Bisher war PPN ein Gemeinschaftsunternehmen von NZZ, Ringier, cXense und Tamedia. Die Gründung von PPN wurde der WEKO im Jahr 2011 gemeldet.² Die Voraussetzungen für die Einleitung eines Prüfungsverfahrens waren jedoch nicht gegeben.³

3. PPN ist eine 100%-Tochtergesellschaft von cXense. Die Mitkontrolle von NZZ, Ringier und Tamedia beruht auf vertraglichen Kontrollrechten.⁴

4. NZZ und Ringier haben sich nun entschieden, eine andere Strategie für Netzwerkwerbung zu verfolgen und die Kontrolle über PPN aufzugeben. Tamedia beabsichtigt, PPN alleine weiterzuführen.⁵ Um die alleinige Kontrolle über PPN zu erlangen, wird Tamedia alle Aktien der PPN von cXense erwerben. Die vertraglichen Kontrollrechte von NZZ und Ringier werden aufgehoben. [...]⁶

A.2 Parteien

A.2.1 Tamedia AG

5. Tamedia ist die Muttergesellschaft eines Medienunternehmens, das insbesondere in den Bereichen Verlagswesen und elektronische Medien tätig ist. Die Tamedia-Gruppe ist Herausgeberin verschiedener Zeitungen, Zeitschriften und Betreiberin elektronischer Medien. Sie ist auch im Bereich Zeitungsdruck tätig. Die Tamedia-Gruppe ist schwergewichtig in der Schweiz tätig.⁷

A.2.2 PPN Schweiz AG

6. PPN vermarktet unter der Bezeichnung „PPN Premium Publisher Network“ sogenannte Netzwerkwerbung. PPN betreibt dieses Netzwerk und vermarktet die Netzwerkwerbung im eigenen Namen und auf eigene Rechnung (inklusive Rechnungsstellung und Inkasso). Die

PPN stellt dazu die dafür notwendige technische Infrastruktur (insbesondere die sogenannte Ad-Server-Technologie) und die notwendige Verkaufsorganisation bereit.⁸

A.3 Ziele des Zusammenschlusses

PPN soll zukünftig primär die Werbeflächen der Tamedia-Gruppe, die für Netzwerkwerbung bestimmt sind, vermarkten. PPN wird aber ihre Dienstleistungen weiterhin auch Dritten anbieten.⁹

A.4 Verfahren

7. Am 24. Mai 2013 ging beim Sekretariat ein Meldungsentwurf zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben ein.¹⁰ Mit Schreiben vom 29. Mai 2013 bestätigte das Sekretariat einerseits die Vollständigkeit des Meldungsentwurfs und stellte andererseits einige Fragen im Sinne von Art. 15 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

8. Am 7. Juni 2013 reichte Tamedia die Meldung gemäss Art. 9 Abs. 4 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) in Verbindung mit Art. 9 Abs. 1 Bst. b VKU ein.

9. Mit Schreiben vom 7. Juni 2013 bestätigte das Sekretariat den Eingang und am 10. Juni 2013 die Vollständigkeit der Meldung. Gemäss Art. 20 Abs. 1 VKU beginnt die Frist von einem Monat für die Einleitung des Prüfungsverfahrens am Tag nach Eingang der vollständigen Meldung, im vorliegenden Fall daher am 8. Juni 2013, und endet am 8. Juli 2013.

10. Die Antwort auf die vom Sekretariat gestellten Fragen im Sinne von Art. 15 Abs. 1 VKU reichte Tamedia am 10. Juni 2013 ein.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

11. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

¹ Meldung vom 7. Juni 2013 Rz 1; nachfolgend Meldung.

² Meldung Rz 27.

³ RPW 2012/1, 157, Rz 131, NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN.

⁴ Meldung Rz 28.

⁵ Meldung Rz 36.

⁶ Meldung Rz 29 ff.

⁷ Meldung Rz 3.

⁸ Meldung Rz 9.

⁹ Meldung Rz 37.

¹⁰ Meldungsentwurf vom 24. Mai 2013.

B.1.1 Unternehmen

12. 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

13. 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). Gemäss Art. 1 VKU erlangt ein Unternehmen die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des anderen Unternehmens auszuüben.

14. Mit der Ausübung der im bestehenden Business Collaboration Agreement vorgesehenen Call-Option und der damit zusammenhängenden Beendigung des bestehenden Gesellschaftsvertrages und des Business Collaboration Agreement wird Tamedia neu die alleinige Kontrolle über PPN übernehmen.¹¹ Damit kann Tamedia seine Kontrollrechte gegenüber PPN ausweiten, wodurch ein Übergang von einer gemeinsamen zu einer alleinigen Kontrolle stattfindet. Es liegt ein Unternehmenszusammenschluss nach Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG vor.

15. Gemäss dem Formular für die Notifikation von Zusammenschlüssen vom 7. September 1998 (nachfolgend: Meldeformular) ist der Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts Voraussetzung für die Meldung. Eine Meldung ist nach dem Meldeformular jedoch auch möglich, falls dem Sekretariat glaubhaft dargelegt wird, dass die beteiligten Unternehmen gewillt sind, das entsprechende Verpflichtungsgeschäft abzuschliessen. Da NZZ und Ringier bereits vertraglich auf die Ausübung der Call-Option verzichtet haben¹² und dem Sekretariat eine vorläufige Vereinbarung zwischen Tamedia und cXense bezüglich Ausübung der Call-Option durch Tamedia vorliegt, ist es für das Sekretariat glaubhaft, dass das erforderliche Verpflichtungsgeschäft abgeschlossen wird. Die Meldung ist somit zulässig.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

16. 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 Nebenabreden

17. Abreden, die notwendig sind und in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Zusammenschlussvorhaben stehen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen. Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit nicht Nebenabreden in diesem Sinne entsprechen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid. Diese unterliegen allenfalls einer separaten Prüfung nach Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.¹³

18. Gemäss Meldung wird lediglich die Pflicht zur unveränderten Fortführung der Geschäfte von PPN bis zum Vollzugstermin vereinbart.¹⁴ Nach der Praxis der EU-Kommission ist eine Vereinbarung, wonach bis zur Vollendung eines Zusammenschlusses keine wesentlichen Änderungen am Geschäft des Zielunternehmens vorgenommen werden dürfen, als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig zu erachten.¹⁵ Ohnehin dürfen die Parteien im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle nach Kartellgesetz das Zielunternehmen während der Dauer des Verfahrens nicht verändern.¹⁶

19. Die Verpflichtung der Parteien, die Geschäfte von PPN bis zum Vollzugstermin unverändert fortzuführen, gilt damit als mit dem Zusammenschluss verbunden.

B.4 Meldepflicht

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

	Tamedia-Gruppe	PPN
Schweiz	CHF 1'052.4 Mio.	[...]
Weltweit	CHF 1'052.4 Mio.	[...]

Tabelle 1: Umsatz der beteiligten Unternehmen für das Geschäftsjahr 2012¹⁷

¹¹ Vgl. Meldung Rz 29 f.

¹² Meldung Rz 30, Beilage 9 Ziff. 1.1.

¹³ RPW 2012/1, 115, Rz 29, *Tamedia/Bilan/Tribune des Arts*.

¹⁴ Meldung Rz 35, Beilage 10 Ziff. 7.

¹⁵ RPW 2012/1, 116, Rz 42, *Tamedia/Bilane/Tribune des Arts*; Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 14.

¹⁶ RPW 2012/1, 116, Rz 43, *Tamedia/Bilane/Tribune des Arts*.

¹⁷ Meldung, Beilage 2, Geschäftsbericht 2012 Tamedia; Meldung, Beilage 4, S. 3, Jahresrechnung PPN Schweiz AG; vgl. Meldung Rz 39 f.

21. Die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG sind damit nicht erreicht. Ein Zusammenschlussvorhaben untersteht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG ungeachtet von Art. 9 Abs. 1 - 3 KG einer Meldepflicht, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach diesem Gesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

22. Mit Verfügung vom 1. Dezember 1997 hat die WEKO in einem Verfahren nach Kartellgesetz festgestellt, dass die Edipresse-Gruppe auf dem Markt für überregionale Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz und dem Markt für regionale Tageszeitungen der Region Genf und Lausanne marktbeherrschend ist.¹⁸ Seit dem Erwerb der Aktienmehrheit an PPSR und der damit verbundenen Übernahme des schweizerischen Geschäfts der Edipresse-Gruppe durch Tamedia¹⁹ entfaltet die rechtskräftige Feststellung der Marktbeherrschung auf den oben genannten Märkten auch Wirkung auf die ganze Tamedia-Gruppe.

23. Die Geschäftstätigkeit von PPN betrifft gemäss Meldung die sogenannte Netzwerkwerbung als besondere Form der Vermittlung von Online-Werbung.²⁰ Die von Tamedia vertriebenen überregionalen Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz und regionalen Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne verfügen über Internetpräsenzen, über welche sie zwecks Generierung zusätzlicher Einnahmen ebenfalls Werbung schalten. Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass sie zum Verkauf von Werbeflächen die Dienstleistungen von PPN als Nachfrager nutzen. Für Tamedia

wurde daher auf einem zur Netzwerkwerbung nachgelagerten Markt eine marktbeherrschende Stellung rechtskräftig festgestellt. Damit sind die Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 4 KG erfüllt und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

B.5 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

24. 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).

25. 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.

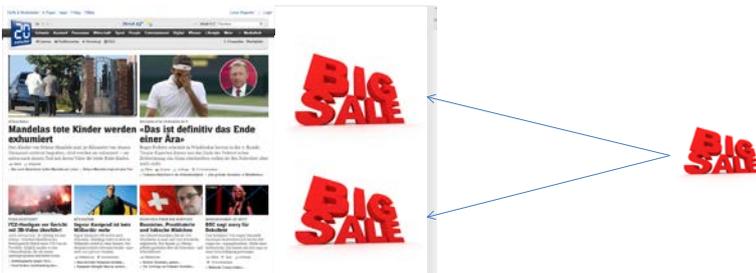
B.5.1 Relevanter Markt

B.5.1.1 Sachlich relevanter Markt

26. 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).

27. Die Online-Werbung lässt sich zum jetzigen Zeitpunkt in drei verschiedene Formen der Online-Werbung unterteilen:²¹

- **Bannerwerbung:** Bei dieser bucht der Werbetreibende einen bestimmten Platz auf einer bestimmten Website, an dem seine Werbung erscheinen soll.



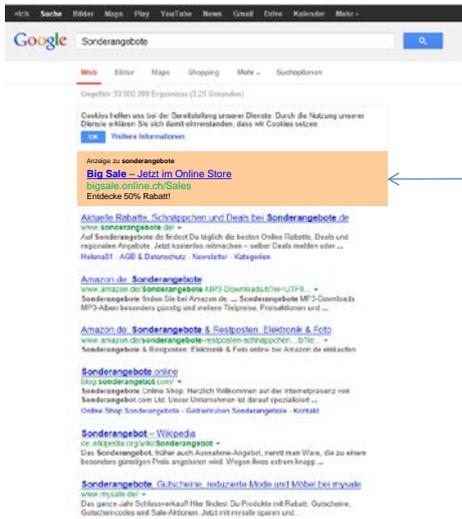
- **Suchmaschinenwerbung:** Hier erscheint die Werbung (meist in Form von Text) in der Regel kontextspezifisch neben den Suchresultaten. Der Inhalt der Anzeige wird durch den Nutzer gesteuert, indem er durch seine Suchabfrage die Ausgabe bestimmter Suchergebnisse und somit auch bestimmter Werbung provoziert. Bei der Suchmaschinenwerbung weiss der Werbekunde, dass seine Werbung auf der Resultatseite einer bestimmten Suchmaschine erscheinen wird.

¹⁸ RPW 1998/1, 61, Rz 96, *Le Temps*.

¹⁹ Vgl. RPW 2009/3, 245 ff., *Tamedia/PPSR*.

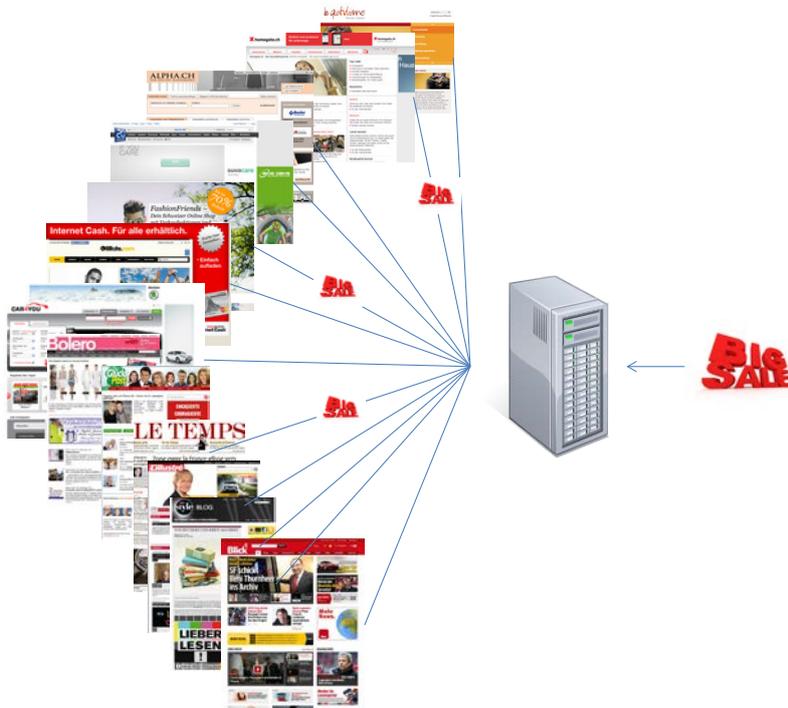
²⁰ Meldung Rz 9 f.

²¹ RPW 2012/1, 153, Rz 89, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*.



BIG SALE

- **Netzwerkwerbung:** Bei dieser bestimmt der Werbetreibende lediglich den Kontext und/oder das Profil der Nutzer, an welche die Werbung ausgeliefert werden soll. Der Werbetreibende kann jedoch nicht direkt kontrollieren, auf welchen Websites seine Werbung erscheint, da er anders als bei der Banner- oder Suchmaschinenwerbung nicht einen bestimmten Platz auf einer Website bucht. Der Werbetreibende weiss somit nicht, auf welcher Website im Netzwerk seine Werbung ausgeliefert werden wird.



28. Zusätzlich kann zwischen kontextbezogener/profilabhängiger Online-Werbung (z. B. in sozialen Netzwerken wie Facebook) und nicht-kontextbezogener/nicht-profilabhängiger Online-Werbung unterschieden werden. Während Bannerwerbung sowohl kontextbezogen/profilabhängig als auch nicht-kontextbezogen/nicht-profilabhängig angeboten werden kann, ist Suchmaschinenwerbung und Netzwerkwerbung immer kontextbezogen bzw. profilabhängig.

29. PPN ist lediglich in der Netzwerkwerbung tätig.²²

30. Im Einklang mit der EU-Kommission grenzt die WEKO in ihrer Praxis einen Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen (Bannerwerbung) und einen Markt

für die Vermittlung von Online-Werbeflächen (Netzwerkwerbung und Suchmaschinenwerbung) ab.²³

31. Da PPN lediglich in der Vermittlung von Online-Werbeflächen tätig ist, wird für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ein Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen abgegrenzt. Da PPN selbst keine Online-Werbeflächen für statische oder dynamische Werbeformen anbietet, kann vorliegend auf die separate Betrachtung der Märkte für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen verzichtet werden.

²² Meldung Rz 9.

²³ Vgl. RPW 2012/1, 153, Rz 94; NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN.

32. Auf dem Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen stehen sich gemäss Praxis der WEKO auf der Anbieterseite die Vermittler von Online-Werbeflächen, die mit ihren Dienstleistungen versuchen, Anbieter (Betreiber von Websites) von Online-Werbeflächen und Nachfrager (Werbetreibende) nach Online-Werbeflächen zusammen zu bringen, und auf der Nachfrageseite einerseits Werbetreibende und Betreiber von Websites, die miteinander ins Geschäft kommen wollen. Da beide Nachfragegruppen nicht in einem Substitutionsverhältnis zueinander stehen, sondern komplementär sind, muss der Anbieter der Vermittlungsdienstleistung beide Nachfragegruppen separat bedienen und einen Austausch zwischen den beiden Nachfragegruppen vermitteln. Damit ist der Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen ein typischer zweiseitiger Markt und kann in die beiden Teilmärkte Markt für Vermittlung von Online-Werbeflächen gegenüber Werbetreibenden und Markt für Vermittlung von Online-Werbeflächen gegenüber Betreibern von Websites unterteilt werden.

33. Zu prüfen ist, ob für den vorliegenden Fall im Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen eine weitere Abgrenzung erforderlich ist zwischen dem Markt für den Betrieb und die Vermarktung von Werbenetzwerken und dem Markt für den Betrieb und die Vermarktung von dynamischen Werbeformen, unter welche die Suchmaschinenwerbung zu subsumieren ist. In der Meldung wird geltend gemacht, dass für den Betrieb eines Werbenetzwerks und die Vermarktung von Netzwerkwerbung spezifisches Know-how erforderlich ist.²⁴ Bei der vorläufigen Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens der NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN wurde festgehalten, dass aufgrund der Antworten zu Befragungen unterschiedlicher Unternehmen davon auszugehen ist, dass primär die Netzwerkwerbung von der Bannerwerbung und nicht von der Suchmaschinenwerbung unterschieden wird.²⁵ So wird auch in der Lehre eine solche Abgrenzung eher abgelehnt.²⁶

34. Somit ist für den vorliegenden Fall ebenfalls keine Abgrenzung zwischen dem Markt für Netzwerkwerbung und dem Markt für Suchmaschinenwerbung notwendig, sodass der Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen für die Zwecke der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht weiter unterteilt wird.

35. Als sachlich relevanter Markt wird daher im vorliegenden Fall der Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen abgegrenzt.

B.5.1.2 Räumlich relevanter Markt

36. 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).

37. In der Praxis der EU-Kommission wird der Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen räumlich als zumindest EWR-weit angesehen.²⁷ Dies wird damit begründet, dass Vermittlungsdienste einerseits – vom technischen Standpunkt aus gesehen – grenzüberschreitend im Internet angeboten werden. Andererseits haben nationale und sprachliche Besonderheiten bei der

Online-Vermittlung weit weniger Bedeutung als bei der Bereitstellung von Online-Werbeflächen, die aus kommerziellen Gründen nach Länder- und Sprachgrenzen unterteilt ist.²⁸

38. Diese Einschätzungen der EU-Kommission treffen grundsätzlich auch auf den Schweizer Markt zu. Insbesondere bei Netzwerkwerbung ist es von Bedeutung, dass das Netzwerk möglichst hohe Besucherzahlen in Bezug auf das von den Werbetreibenden vordefinierte Nutzerprofil aufweist.²⁹ Eine nationale Reichweite des Netzwerks hat nur dann eine Bedeutung, wenn das Nutzerprofil länderspezifische Merkmale aufweist.³⁰ Auch wenn die Vermittlung von Online-Werbeflächen technisch nicht an Ländergrenzen gebunden ist, fragen die Werbetreibenden in der Schweiz jedoch eher nationale Vermittlungsdienste nach³¹, was tendenziell auf einen nationalen Markt hindeutet.

39. Soweit der Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen räumlich abgegrenzt werden kann, ist für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens mindestens von einem nationalen, wenn nicht von einem internationalen Markt auszugehen.³²

B.5.2 Voraussichtliche Stellung im betroffenen Markt

40. 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.

41. Gegenstand der Analyse ist der Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen in der Schweiz.

²⁴ Vgl. Meldung Rz 48.

²⁵ RPW 2012/1 154, Rz 102, NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN.

²⁶ Vgl. J. D. RATLIFF/D. L. RUBINFELD, Online Advertising: Defining relevant Markets, in: Journal of Competition Law and Economics 2010/6, 676 ff.

²⁷ Vgl. RPW 2013/1 98, Rz 48, Publigroupe/ImproveDigital; RPW 2012/1 156, Rz 118, NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN.

²⁸ RPW 2013/1 98, Rz 48, Publigroupe/ImproveDigital; RPW 2012/1 156, Rz 118, NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN, mit Verweis auf Fall Nr. COMP/M.5676 SevenOne Media/G+J Electronic Media Service/Tomorrow Focus Portal/IP Deutschland/JV vom 27. Juli 2010, Rz 38.

²⁹ RPW 2013/1 98, Rz 49, Publigroupe/ImproveDigital; RPW 2012/1 156, Rz 119, NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN.

³⁰ RPW 2013/1 98, Rz 49, Publigroupe/ImproveDigital; RPW 2012/1 156, Rz 120, NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN.

³¹ RPW 2013/1 98, Rz 49, Publigroupe/ImproveDigital; RPW 2012/1 156, Rz 120, NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN.

³² RPW 2013/1 98, Rz 49, Publigroupe/ImproveDigital; RPW 2012/1 156, Rz 121, NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN.

42. Media-Focus schätzt den Gesamtumsatz des Online-Werbemarktes auf CHF 674.4 Mio. für das Jahr 2012. Davon wurden CHF 170 Mio. durch klassische Online-Werbung, CHF 210.5 Mio. durch die Suchmaschinenwerbung und CHF 12.3 Mio. durch das Affiliate-Marketing³³ umgesetzt.³⁴

43. Die Statistik von Media-Focus nimmt keine Unterteilung in Bereitstellung und Vermittlung von Online-Werbeflächen vor. Das Sekretariat hat jedoch durch Befragungen festgestellt, dass der Anteil an Vermittlung im Bereich der Suchmaschinenwerbung weniger als 10 % des gesamten Umsatzes, der durch Suchmaschinenwerbung erwirtschaftet wird, beträgt.³⁵ Somit würde ein Umsatz von CHF 21.05 Mio. auf die Vermittlung von Suchmaschinenwerbung entfallen.

44. Würde man in einer vorsichtigen Betrachtung davon ausgehen, dass nur 10 % des Umsatzes durch Suchmaschinenwerbung und der Umsatz durch Affiliate-Marketing über die Vermittlung von Online-Werbeflächen erzielt wird, ergibt sich damit ein Gesamtmarktumsatz von mindestens CHF 33.35 Mio. (CHF 12.3 Mio. durch Affiliate-Marketing und CHF 21.05 Mio. durch die Vermittlung von Suchmaschinenwerbung).

45. Die Meldung legt jedoch nahe, dass die Rubrik „Affiliate-Marketing“ nur einen sehr kleinen Teil der Netzwerkwerbung abdeckt und dass die gesamten Umsätze wesentlich höher liegen.³⁶

46. Obwohl davon ausgegangen werden kann, dass der Gesamtumsatz im Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen tatsächlich höher ist und eventuell auch die klassische Online-Werbung zum Gesamtumsatz hinzu addiert werden kann, wird im Folgenden von einem Gesamtmarktumsatz in der Höhe von CHF 33.35 Mio. im Sinne einer konservativen Betrachtungsweise ausgegangen.

47. Der Umsatz von PPN beläuft sich auf [...].³⁷ Ausgehend von einem Gesamtmarktumsatz von mindestens CH 33.35 Mio. für die Vermittlung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen hat PPN somit einen Marktanteil von ungefähr [0-10 %].

48. Der Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen ist somit kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Auf eine eingehende Analyse der Marktverhältnisse kann deshalb verzichtet werden.

B.5.3 Ergebnis

49. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

³³ Im Fall NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN stellt das Sekretariat fest, dass die Werbestatistik von Media-Focus keine Definition des Begriffs „Affiliate-Marketing“ enthält. Die WEKO geht jedoch davon aus, dass dies als kontextbeogene/profilabhängige Werbeform zu betrachten ist; vgl. RPW 2012/1 156, f. Rz 124, NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN.

³⁴ Meldung, Beilage 11.

³⁵ Vgl. RPW 2012/1 157, Rz 125, NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN.

³⁶ Meldung Rz 54 f.

³⁷ Meldung Rz 39, Beilage 4 S. 3.

B 2.3

5. Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you

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

A Sachverhalt

1. Am 21. August 2013 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten.¹ Danach beabsichtigen Tamedia AG (nachfolgend: Tamedia) und Schibsted Classified Media NV (nachfolgend: Schibsted), die gemeinsame Kontrolle über Schibsted Classified Media Switzerland AG (nachfolgend: SCMS), den Unternehmensteil piazza.ch (nachfolgend: piazza.ch) und die car4you Schweiz AG (nachfolgend: car4you) zu erwerben.² [...] Alle drei Teiltransaktionen sind gemäss Angaben der Zusammenschlussparteien vertraglich miteinander verknüpft, voneinander abhängig und bedingen sich gegenseitig.

2. Gemäss Artikel 20 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) beginnt die Frist von einem Monat für die Einleitung des Prüfungsverfahrens am 22. August 2013 und endet am 22. September 2013 (Art. 20 Abs. 1 VKU). Da der 22. September 2013 auf einen Sonntag fällt, verlängert sich die Frist bis am 23. September 2013 (Art. 20 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG; SR 172.021]).

A.1 Beteiligte Unternehmen**A.1.1 Tamedia**

3. Tamedia ist die Muttergesellschaft eines Medienunternehmens, das insbesondere in den Bereichen Print- und Online-Medien tätig ist.³ Die Tamedia-Gruppe ist Herausgeberin verschiedener Zeitungen und Zeitschriften sowie Betreiberin von Online-Plattformen. Sie ist auch im Bereich Zeitungsdruck tätig. Die Tamedia-Gruppe ist schwergewichtig in der Schweiz tätig.

A.1.2 Schibsted

4. Schibsted ist Teil eines norwegischen Medienunternehmens mit Sitz in Oslo, deren Konzernmuttergesellschaft Schibsted ASA ist.⁴ Schibsted ist Vertragspartei des Transaction Agreements, das die vertragliche Grundlage des vorliegenden Zusammenschlusses darstellt.

5. Die Schibsted-Gruppe ist in erster Linie in Schweden und Norwegen in verschiedenen Medienbereichen (Print- und Online-Medien sowie TV) aktiv.⁵ Innerhalb der Schibsted-Gruppe ist Schibsted im Bereich von Online-Marktplätzen für Rubrikanzeigen tätig. In der Schweiz ist die Schibsted-Gruppe lediglich mit dem Online-Marktplatz tutti.ch tätig, der von der Tochtergesellschaft SCMS betrieben wird.

A.1.3 SCMS

6. SCMS ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts und betreibt den Online-Marktplatz tutti.ch.⁶ Auf tutti.ch können Rubrikanzeigen für verschiedenste Produkte und Dienstleistungen kostenlos geschaltet werden. SCMS gehört zum Zeitpunkt der Meldung zu 100 % der Schibsted-Gruppe.

A.1.4 Unternehmensteil piazza.ch

7. Piazza.ch ist ein Unternehmensteil der Tamedia-Gruppe. Der Unternehmensteil piazza.ch betreibt den Online-Marktplatz www.piazza.ch.⁷ Auf piazza.ch können Rubrikanzeigen für verschiedenste Produkte und Dienstleistungen kostenlos geschaltet werden. Piazza.ch bildet einen Geschäftsbereich mit eigener Marktpräsenz, dem ein Marktumsatz zugewiesen werden kann. Damit ist piazza.ch als Unternehmensteil im Sinne von Art. 3 Abs. 2 VKU zu betrachten.

A.1.5 car4you Schweiz AG

8. Car4you ist eine Tochtergesellschaft von Tamedia und betreibt einen Online-Marktplatz für den Verkauf von Neu- und Gebrauchtfahrzeugen (www.car4you.ch).⁸ Sowohl Private als auch Händler können bei car4you Online-Anzeigen buchen. Die Geschäftstätigkeit von car4you ist auf Online-Anzeigen ausgerichtet. Die Aktivitäten im Bereich Print-Anzeigen wurden vor einiger Zeit eingestellt.

9. Weitere von car4you betriebenen Webseiten sind „inserate24.ch“, „auto24.ch“, „moto24.ch“ und „auto-online.ch“.⁹ Diese Seiten erlauben keinen Zugriff auf eigenständige Anzeigen-Datenbanken, sondern auf Inserate anderer Plattformen oder auf die Auto- respektive Motorrad-Anzeigen auf www.car4you.ch.

A.2 Zusammenschlussvorhaben**A.2.1 Beschreibung des Zusammenschlussvorhabens**

10. Gemäss Angaben der Zusammenschlussparteien besteht das Zusammenschlussvorhaben aus drei Teiltransaktionen:¹⁰

¹ Meldung vom 20. August 2013.

² Meldung vom 20. August 2013, Rz 1.

³ Meldung vom 20. August 2013, Rz 4.

⁴ Meldung vom 20. August 2013, Rz 9 ff.

⁵ Meldung vom 20. August 2013, Rz 10.

⁶ Meldung vom 20. August 2013, Rz 20.

⁷ Meldung vom 20. August 2013, Rz 24 ff.

⁸ Meldung vom 20. August 2013, Rz 29 ff.

⁹ Meldung vom 20. August 2013, Rz. 30.

¹⁰ Meldung vom 20. August 2013, Rz 38.

- dem Erwerb der gemeinsamen Kontrolle von Tamedia und Schibsted über SCMS (nachfolgend: SCMS-Transaktion);
- dem Erwerb der gemeinsamen Kontrolle von Tamedia und Schibsted über car4you (nachfolgend: car4you-Transaktion);
- dem Erwerb der gemeinsamen Kontrolle von Tamedia und Schibsted über den Unternehmensteil piazza.ch (nachfolgend: piazza.ch-Transaktion).

11. [...].

12. Die piazza.ch-Transaktion soll mittels Vermögensübertragung erfolgen. Tamedia beabsichtigt, die wesentlichen Vermögenswerte des Unternehmensteils piazza.ch auf SCMS zu übertragen, [...].

13. [...].

14. Die drei Transaktionen sind vertraglich miteinander verknüpft, voneinander abhängig und bedingen sich gegenseitig. [...].

A.2.2 Ziele des Zusammenschlussvorhabens

15. Gemäss eigenen Angaben bezwecken Tamedia und Schibsted mit ihrem Zusammenschlussvorhaben, die Geschäftstätigkeit und das Know-how im Bereich dieser drei Online-Marktplätze zu bündeln und dadurch Effizienzgewinne und Kosten-Synergien zu erzielen, welche auch den Kunden zugutekommen.¹¹ Alle drei Marktplätze seien mit starker Konkurrenz durch grosse Online-Marktplätze konfrontiert, namentlich durch eBay und Ricardo. Durch ihr Zusammengehen erhoffen sich Tamedia und Schibsted in diesem kompetitiven Umfeld bestehen zu können.

A.3 Verfahren

16. Mit Schreiben vom 16. Juli 2013 reichten die Zusammenschlussparteien beim Sekretariat der WEKO einen Meldungsentwurf ein und baten um die Möglichkeit einer erleichterten Meldung.¹²

17. Mit Schreiben vom 26. Juli 2013 bestätigte das Sekretariat der WEKO die Möglichkeit einer erleichterten Meldung und wies auf die Unvollständigkeit des Meldungsentwurfs hin.¹³

18. Am 21. August 2013 ging die auf den 20. August 2013 datierte Meldung des Zusammenschlussvorhabens ein.¹⁴ Gleichtags bestätigte das Sekretariat der WEKO den Eingang der Meldung.¹⁵

19. Mit Schreiben vom 23. August 2013 bestätigte das Sekretariat der WEKO die Vollständigkeit der Meldung.¹⁶

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

20. 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

21. 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.

22. Das Kartellgesetz folgt einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise: Es sollen wirtschaftliche Tatsachen aus wirtschaftlicher Sicht und unabhängig von ihrer rechtlichen Struktur erfasst werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist ein Konzern als eine einzige „wirtschaftliche Unternehmenseinheit“ zu betrachten, womit gemeint ist, dass ein Konzern als Ganzes den Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG erfüllt.¹⁷

23. Demzufolge liegen bei Tamedia und der Schibsted-Gruppe Konzernstrukturen vor, welche jeweils als Ganzes den Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG erfüllen. Daher werden nachfolgend Tamedia und die Schibsted-Gruppe grundsätzlich jeweils als Konzernunternehmen verstanden.

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). Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen (Zielunternehmen), wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Zielunternehmens auszuüben (Art. 1 VKU). Art 4 Abs. 3 Bst. b KG hat damit grundsätzlich immer eine Änderung der Kontrollverhältnisse an einem oder mehreren Zielunternehmen zum Gegenstand. Liegen mehrere Zielunternehmen vor, so ist zu prüfen, ob die verschiedenen Kontrolländerungen zusammen als ein einziger (meldepflichtiger) Vorgang zu qualifizieren sind.¹⁸

B.1.2.1 Erlangung der Kontrolle bzw. Änderung der Kontrollverhältnisse

25. Gemäss Meldung erlangen Tamedia und die zur Schibsted-Gruppe gehörende Schibsted mit Vollzug des Zusammenschlussvorhabens [...] die gemeinsame Kontrolle über SCMS (inklusive tutti.ch und piazza.ch) und car4you.¹⁹ Damit findet ein Kontrollwechsel über piazza.ch von der alleinigen Kontrolle durch Tamedia zur

¹¹ Meldung vom 20. August 2013, Rz 52.

¹² Meldungsentwurf vom 16. Juli 2013.

¹³ Schreiben des Sekretariats vom 26. Juli 2013.

¹⁴ Meldung vom 20. August 2013.

¹⁵ Schreiben des Sekretariats vom 21. August 2013.

¹⁶ Schreiben des Sekretariats vom 23. August 2013.

¹⁷ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 366 E. 4.1, *Publigroupe/WEKO*.

¹⁸ Vgl. RPW 2011/4, 670 Rz 34, *Fluxys/Swissgas/Transitgas*.

¹⁹ Meldung vom 20. August 2013, Rz 38 f.

alleinigen Kontrolle durch SCMS statt. In der Folge wechselt die alleinige Kontrolle über SCMS (inklusive tutti.ch und piazza.ch) durch Schibsted zur gemeinsamen Kontrolle von Schibsted und Tamedia. Zudem wechselt die alleinige Kontrolle durch Tamedia über

car4you zur gemeinsamen Kontrolle von Tamedia und Schibsted.

26. Das Zusammenschlussvorhaben kann grafisch wie folgt dargestellt werden:

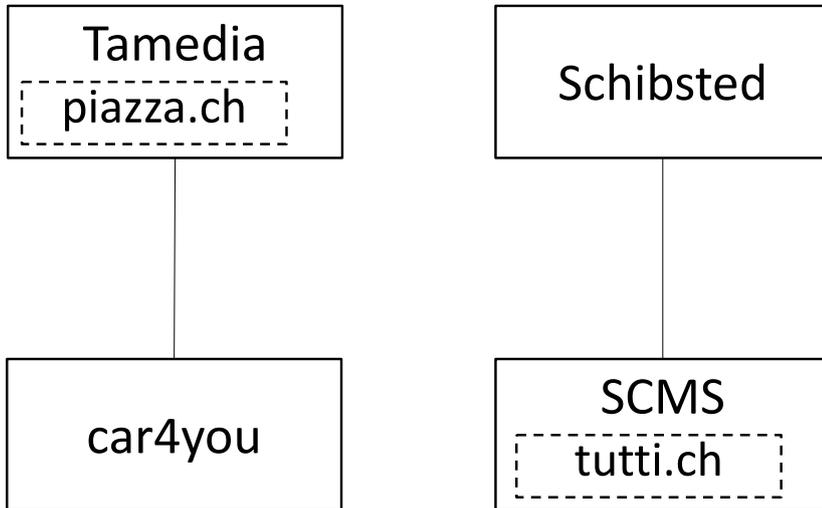


Abbildung 1: Situation vor dem Zusammenschluss

[...]

Abbildung 2: Situation nach dem Zusammenschluss

27. Demzufolge ist bei allen drei Transaktionen von einer Änderung der Kontrollverhältnisse und bei der Gesamtheit der drei Transaktionen von einem gemeinsamen Kontrollerwerb durch Tamedia und Schibsted auszugehen.

B.1.2.2 Zusammenhängender Unternehmenszusammenschluss

28. Nach Praxis der Wettbewerbsbehörden und der EU-Kommission sind zwei oder mehr Transaktionen als ein einziger Zusammenschluss anzusehen, wenn sie einheitlichen Charakter haben.²⁰ Um festzustellen, ob die fraglichen Transaktionen „einheitlichen Charakter“ haben, muss in jedem Einzelfall geprüft werden, ob diese Transaktionen so voneinander abhängig sind, dass die Eine nicht ohne die Andere durchgeführt worden wäre.²¹ Transaktionen, die angesichts des von den Beteiligten verfolgten wirtschaftlichen Zwecks zusammengehören, sollen auch in einem Verfahren geprüft werden. In diesen Fällen wird die Änderung der Marktstruktur durch die Gesamtheit dieser Transaktionen bewirkt. Wenn jedoch andererseits mehrere Transaktionen nicht voneinander abhängig sind und die Beteiligten eine Transaktion auch ohne die anderen durchführen würden, sollten die Transaktionen jeweils einzeln geprüft werden.²² Allerdings können mehrere voneinander abhängige Transaktionen nur dann als ein einziger Zusammenschluss behandelt werden, wenn letztlich die Kontrolle von dem bzw. denselben Unternehmen übernommen wird.²³

29. Gemäss Meldung beabsichtigen Tamedia und Schibsted [...] die gemeinsame Kontrolle über SCMS und car4you zu erlangen. Der Übergang von der heutigen Struktur zur neuen Struktur erfolgt in drei Transaktionen. Daher kann davon ausgegangen werden, dass die drei Transaktionen notwendig sind, um das angestrebte Ziel der gemeinsamen Kontrolle zu erreichen. Sie bedingen sich daher in wirtschaftlicher Hinsicht gegenseitig.

30. Aufgrund der Ausführungen in der Meldung zu den drei Transaktionen ergibt sich, dass diese vertraglich verknüpft sind und die Eine wohl nicht ohne die Andere durchgeführt würde. Angesichts des von den Beteiligten verfolgten wirtschaftlichen Zwecks ist vorliegend von einem zusammenhängenden Unternehmenszusammenschluss auszugehen, der in einem Verfahren zu prüfen ist.

²⁰ RPW 2013/2 230 Rz 51, *Verfügung in Sachen Übernahme der Pro-VAG Versicherungen AG und der PROVITA Gesundheitsversicherung AG*; Berichtigung der Konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, 2009/C 43/09, Rz 35 ff. (nachfolgend: EU-Mitteilung).

²¹ Vgl. EU-Mitteilung, Rz 38.

²² Vgl. EU-Mitteilung, Rz 40.

²³ Vgl. EU-Mitteilung, Rz 41.

²⁴ Vgl. RPW 2004/2, 533 Rz 33, *Berner Zeitung AG/20 Minuten (Schweiz) AG*; MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert [Hrsg.], 2010, Art. 4 Abs. 3 KG N 446.

B.1.2.3 Gemeinsame Kontrolle

31. Das gemeldete Zusammenschlussvorhaben führt nach Abschluss der drei Transaktionen zu einer gemeinsamen vollständigen Kontrolle durch Tamedia und Schibsted [...]. Dass der Unternehmensteil piazza.ch in der ersten Transaktion in die alleinige Kontrolle von SCMS und damit von Schibsted übergeht, ist aufgrund der nachfolgenden Transaktion unerheblich.²⁴

32. [...] Es kann daher von einer gemeinsamen Kontrolle durch Tamedia und Schibsted ausgegangen werden.

B.1.2.4 Beteiligte Unternehmen

33. Bei der Erlangung der Kontrolle gelten sowohl die kontrollierenden als auch die kontrollierten Unternehmen als beteiligte Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU). Ist Gegenstand eines Zusammenschlusses ein Teil eines Unternehmens, so gilt dieser Teil ebenfalls als beteiligtes Unternehmen (Art. 3 Abs. 2 VKU).

34. Am Zusammenschlussvorhaben sind demnach Tamedia und Schibsted als die kontrollierenden und SCMS (inklusive tutti.ch), car4you sowie der Unternehmensteil piazza.ch als kontrollierte Unternehmen beteiligt.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

B.3 Nebenabreden

B.3.1 Allgemeines

36. Zu prüfen ist zudem, 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.

37. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die Wettbewerbskommission ihre Praxis zu Konkurrenzverboten grundsätzlich an der Bekanntmachung der EU-Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind,²⁵ orientiert.

38. 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.

39. 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.

B.3.2 Transaction Agreement

40. Im Transaction Agreement soll gemäss Meldung die Pflicht der Parteien statuiert werden, [...].

41. Nach Praxis der WEKO, welche sich auf die Praxis der EU-Kommission stützt, gilt eine Vereinbarung, wonach bis zur Vollendung eines Zusammenschlusses keine wesentlichen Änderungen am Geschäft vorgenommen werden dürfen, als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig.²⁶ Somit sind die im Transaction Agreement vereinbarten Pflichten als Nebenabreden zu qualifizieren.

B.3.3 Konkurrenzverbot

42. [...].

43. Gemäss Praxis der WEKO, die sich an die EU-Bekanntmachung anlehnt, gelten Wettbewerbsverbote zwischen den Gründerunternehmen und einem Gemeinschaftsunternehmen so lange als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig, wie das Gemeinschaftsunternehmen besteht.²⁷ Für die Beurteilung von Abwerbverboten und Vertraulichkeitsklauseln gelten zudem die gleichen Regeln wie für Konkurrenzverbote.²⁸ Aus diesem Grund sind die oben genannten [...] Konkurrenzverbote als Nebenabreden zu qualifizieren.

²⁵ Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind (nachfolgend: EU-Bekanntmachung), 2005/C 56/03.

²⁶ RPW 2012/1, 113 Rz. 43, *Tamedia/Bilan/Tribune des Arts*; EU-Bekanntmachung, Rz 14.

²⁷ EU-Bekanntmachung, Rz 36.

²⁸ EU-Bekanntmachung, Rz 41.

B.3.4 Vorkaufsrecht

44. Weiter haben die Zusammenschlussparteien vereinbart, [...].

45. Die Einräumung eines Vorkaufsrechts, wie vorliegend, kann dazu geeignet sein, zu verhindern, dass eines der Mutterhäuser zum Gemeinschaftsunternehmen in Konkurrenz tritt. Da der Kauf eines weiteren Unternehmens – sofern die Voraussetzungen hierfür erfüllt sind – erneut von der WEKO zu prüfen ist, können entsprechende Abreden in ihrer Gesamtheit im Rahmen dieser Zusammenschlussvorhaben geprüft werden. Damit kann das Vorkaufsrecht als mit dem Zusammenschluss verbundene Nebenabrede qualifiziert werden, wobei die Zusammenschlusskontrolle eines künftigen Zusammenschlussvorhabens vorbehalten bleibt.

B.3.5 Ausdehnung bestehendes Konkurrenzverbot Tamedia

46. [...].

47. Die Ausdehnung des bestehenden Konkurrenzverbots von Tamedia kann als mit dem Zusammenschlussvorhaben verbunden angesehen werden. Allerdings führt dies dazu, dass im Hinblick auf die Beurteilung der Wettbewerbssituation, die Berechnung der Marktanteile so vorzunehmen ist, dass sämtliche einem Konkurrenzverbot unterliegenden Gemeinschaftsunternehmen der

Zusammenschlussparteien diesen vollständig zuzurechnen sind. Wäre dies nicht der Fall, könnte die WEKO bei der Beurteilung der Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf die Marktsituation systematisch zu falschen Schlussfolgerungen gelangen. Daher sind im Hinblick auf die Betrachtung der Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation die Marktanteile in den einzelnen Märkten sämtlicher gemeinsam kontrollierten Unternehmen jedem Unternehmen, das die Kontrolle (alleine oder zusammen mit anderen Unternehmen) über ein Gemeinschaftsunternehmen ausübt, zu 100 % zuzurechnen.

B.4 Meldepflicht

48. 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 erzielen (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielen (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

	Tamedia	Schibsted	SCMS	piazza.ch	car4you	insgesamt
Schweiz	1'052 Mio.	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Weltweit	1'052 Mio.	2'436 Mio.	[...]	[...]	[...]	[...]

Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2012 (in CHF).²⁹

49. Gemäss Angaben der Zusammenschlussparteien werden damit die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG nicht erreicht. Gemäss Art. 9 Abs. 4 KG besteht jedoch ungeachtet des Erreichens dieser Umsatzschwellen eine Meldepflicht, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach Kartellgesetz rechtmässig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat und der Zusammenschluss diesen oder einen solchen Markt betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

50. Mit Verfügung vom 1. Dezember 1997 hat die WEKO in einem Verfahren nach Kartellgesetz festgestellt, dass die Edipresse-Gruppe auf dem Markt für überregionale Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz und dem Markt für regionale Tageszeitungen der Region Genf und Lausanne marktbeherrschend ist.³⁰ Seit dem Erwerb der Aktienmehrheit an PPSR und der damit verbundenen Übernahme des schweizerischen Geschäfts der Edipresse-Gruppe durch Tamedia³¹ entfaltet die rechtskräftige Feststellung der Marktbeherrschung auf den oben genannten Märkten auch Wirkung auf die ganze Tamedia-Gruppe. Damit ist die Tamedia-Gruppe gemäss Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig, sofern das Zu-

sammenschlussvorhaben einen Markt betrifft, der diesem vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

51. Die Geschäftstätigkeit von SCMS und car4you betrifft gemäss Meldung Rubrikanzeigen und die dazugehörigen (Online-)Inserate.³² Die von Tamedia vertriebenen überregionalen Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz und regionalen Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne publizieren ebenfalls Inserate, welche mitunter auch online abrufbar sind. Damit wurde für Tamedia auf einem zu den Märkten für Rubrikanzeigen benachbarten Markt eine marktbeherrschende Stellung rechtskräftig festgestellt. Die Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 4 KG sind erfüllt und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

²⁹ Meldung vom 20. August 2013, Rz 53 ff.

³⁰ RPW 1998/1, 61, Rz 96, *Le Temps*.

³¹ Vgl. RPW 2009/3, 245 ff., *Tamedia/PPSR*.

³² Meldung vom 20. August 2013, Rz 20, 24, 29.

B.5 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

52. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die WEKO, 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). Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten einzelne oder mehrere Unternehmen als marktbeherrschend, wenn sie auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

53. 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.5.1 Relevante Märkte

B.5.1.1 Sachlich relevante/r Markt/Märkte

54. Der sachliche relevante 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).

55. Die Wettbewerbskommission hat im Medienbereich bis anhin eine Vielzahl von relevanten Märkten abgegrenzt, wobei in jüngster Praxis zwischen den Nutzer- und Lesermärkten auf spezialisierten Marktplätzen unterschieden wird.³³

56. Für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens werden nur diejenigen Märkte betrachtet, in denen SCMS, piazza.ch und car4you tätig sind, da auf den weiteren Märkten, in denen Tamedia und Schibsted tätig sind, durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben keine Änderung der Wettbewerbsverhältnisse zu erwarten ist.

57. SCMS (inklusive tutti.ch), piazza.ch und car4you sind in den Bereichen Immobilien-, Stellen-, Fahrzeug- sowie weiteren Rubrikanzeigen tätig. Da bisher bei den Nutzer- und Lesermärkten keine weiteren spezialisierten Marktplätze separat untersucht wurden und sowohl SCMS als auch piazza.ch in der Schweiz einen Umsatz von [...] Franken bzw. [...] Franken erzielen, kann für die Zweck des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens auf eine weitere Unterteilung der Nutzer- und Lesermärkte verzichtet werden. Ebenso wird für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens auf eine separate Betrachtung der Rubrikanzeigen für Ankündigungsanzeigen verzichtet.³⁴ Zudem sind die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen auf den Märkten für Online-Firmenwerbung tätig, wobei keines der [...] zusammenzufassenden Unternehmen im Bereich der Vermittlung von Online-Werbeflächen oder im Bereich Suchmaschinen-Werbung tätig ist.³⁵

58. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens werden daher in sachlicher Hinsicht jeweils die Inserenten- sowie Nutzer-/Lesermärkte für (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (exklusive derjenigen

Fahrzeuge, Stellen und Immobilien), die Inserenten- sowie Nutzer-/Lesermärkte für (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen, die Inserenten- sowie Nutzer-/Lesermärkte für (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen, die Inserenten- sowie Nutzer-/Lesermärkte für (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen abgegrenzt und der Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für Online-Firmenwerbung abgegrenzt und in die beiden Teilmärkte für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen sowie für dynamische Werbeformen unterteilt.

Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (exklusive Immobilien, Stellen und Fahrzeug)

59. Der Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (exklusive Immobilien, Stellen und Fahrzeuge) umfasst auf der Anbieterseite Betreiber von Online-Plattformen für Rubrikanzeigen und Herausgeber von Print-Medien, in welchen Rubrikanzeigen geschaltet werden können, und auf der Nachfrageseite Inserenten, welche in einem Print-Medium oder auf einer Online-Plattform eine entsprechende Rubrikanzeige inserieren möchten.³⁶

Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen

60. Auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen stehen sich auf der Anbieterseite Betreiber von Online-Plattformen für Immobilien-Rubrikanzeigen und Herausgeber von Printmedien, in welchen Immobilien-Rubrikanzeigen geschaltet werden können, und auf der Nachfrageseite Inserenten, welche auf einer entsprechenden Online-Plattform oder in einem entsprechenden Print-Medium eine Immobilien-Rubrikanzeige inserieren möchten, gegenüber.

Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen

61. Auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen stehen sich auf der Anbieterseite Betreiber von Online-Plattformen für Stellen-Rubrikanzeigen und Herausgeber von Printmedien, in welchen Stellen-Rubrikanzeigen geschaltet werden können, und auf der Nachfrageseite Inserenten, welche auf einer entsprechenden Online-Plattform oder in einem entsprechenden Print-Medium eine Stellen-Rubrikanzeige inserieren möchten, gegenüber.

Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen

62. Auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen stehen sich auf der Anbieterseite Betreiber von Online-Plattformen für Fahrzeug-Rubrikanzeigen und Herausgeber von Printmedien, in

³³ Vgl. RPW 2009/3, 254 Rz 72 ff., *Tamedia/PSPR*; RPW 2012/3, 672 Rz 34 ff., *Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet*; RPW 2013/1, 82 Rz 15 f., *Tamedia/Ringier/Jobs.ch/Jobup*.

³⁴ Im Gegensatz zu RPW 2009/3, 261 Rz 115 ff., *Tamedia/PSPR*.

³⁵ Meldung vom 20. August 2013, Rz 75.

³⁶ Vgl. RPW 2009/3, 262 f. Rz 131 ff., *Tamedia/PSPR*, RPW 2011/3, 411 f. Rz 6 f., *car4you Schweiz AG (Tamedia)/www.auto-online.ch*.

welchen Fahrzeug-Rubrikanzeigen geschaltet werden können, und auf der Nachfrageseite Inserenten, welche auf einer Online-Plattform oder in einem entsprechenden Print-Medium eine Fahrzeug-Rubrikanzeige inserieren möchten, gegenüber.

Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (exklusive Immobilien, Stellen und Fahrzeuge)

63. Der Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (exklusive Immobilien, Stellen und Fahrzeuge) umfasst auf der Anbieterseite Betreiber von Online-Plattformen für Rubrikanzeigen und Herausgeber von Print-Medien, in welchen solche Rubrikanzeigen verbreitet werden, und auf der Nachfrageseite Leser von Print-Medien und Nutzer von Online-Plattformen mit entsprechenden Rubrikanzeigen.³⁷

Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen

64. Auf dem Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen stehen sich auf der Anbieterseite Betreiber von Online-Plattformen für Immobilien-Rubrikanzeigen sowie Herausgeber von Printmedien, in welchen Immobilien-Rubrikanzeigen verbreitet werden, und auf der Nachfrageseite Nutzer einer entsprechenden Online-Plattform sowie Leser entsprechender Print-Medien gegenüber.

Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen

65. Auf dem Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen stehen sich auf der Anbieterseite Betreiber von Online-Plattformen für Stellen-Rubrikanzeigen sowie Herausgeber von Printmedien, in welchen Stellen-Rubrikanzeigen verbreitet werden, und auf der Nachfrageseite Nutzer einer entsprechenden Online-Plattform sowie Leser entsprechender Print-Medien gegenüber.

Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen

66. Auf dem Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen stehen sich auf der Anbieterseite Betreiber von Online-Plattformen für Fahrzeug-Rubrikanzeigen sowie Herausgeber von Printmedien, in welchen Fahrzeug-Rubrikanzeigen verbreitet werden, und auf der Nachfrageseite Nutzer einer entsprechenden Online-Plattform sowie Leser entsprechender Print-Medien gegenüber.

Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für Online-Firmenwerbung

67. Gemäss Praxis der Wettbewerbskommission wird im Bereich Online-Werbung zwischen der Bereitstellung und Vermittlung von Werbeflächen für Online-Firmenwerbung unterschieden, wobei der Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für Online-Firmenwerbung in die beiden Teilmärkte für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen und die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen unterteilt wird.³⁸

68. Auf dem Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen stehen sich auf

der Anbieterseite Betreiber von Online-Plattformen, die auf ihrer Webseite Bannerwerbung direkt an Werbetreibende verkaufen wollen und auf der Nachfrageseite Werbetreibende, die entsprechenden Werberaum nachfragen, gegenüber. Statische Werbeformen sind häufig Gegenstand einer direkten und meist längerfristigen Vertragsbeziehung mit dem Werbetreibenden.

69. Auf dem Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen stehen sich auf der Anbieterseite Betreiber von Online-Plattformen, die auf ihrer Webseite Bannerwerbung punktuell und oft über einen Vermittler verkaufen wollen, und auf der Nachfrageseite Werbetreibende, die entsprechenden Werberaum nachfragen, gegenüber.

B.5.1.2 Räumlich relevante Märkte

70. 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).

71. In geographischer Hinsicht ist die WEKO in ihrer jüngsten Praxis bei Rubrikanzeigen von sprachregionalen Märkten ausgegangen.³⁹ Dies liegt insbesondere daran, dass Online-Plattformen in der gesamten Schweiz zugänglich sind, sich deren Nutzung allerdings in den einzelnen Sprachräumen unterscheidet.

72. Auch im vorliegend zu beurteilenden Fall treffen die früheren Feststellungen betreffend die räumliche Markt-abgrenzung zu, da sich der Inserent bzw. Werbekunde an die Nutzer der ganzen Schweiz oder zumindest an diejenigen einer spezifischen Sprachregion richten möchte. Nach Einschätzung von Tamedia und Schibsted unterscheidet sich das Ausmass der Nutzung von tutti.ch, piazza.ch und car4you.ch in den einzelnen Grossräumen nicht wesentlich vom Ausmass der Nutzung in den entsprechenden Sprachregionen. Daher wird auch für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens auf eine weitere räumliche Unterteilung der Märkte verzichtet.

73. Somit ergeben sich im Bereich der Rubrikanzeigen folgende relevanten Märkte:

Inserentenmärkte:

- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der Deutschschweiz
- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der französischen Schweiz

³⁷ Vgl. RPW 2009/3, 262 f. Rz 131 ff., *Tamedia/PPSR*, RPW 2011/3, 411 f. Rz 6 f., *car4you Schweiz AG (Tamedia)/www.auto-online.ch*.

³⁸ RPW 2012/1, 154 Rz 96 ff., *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*.

³⁹ RPW 2009/3, 263 Rz 139, *Tamedia/PPSR*; RPW 2011/3, 412 Rz 8, *car4you Schweiz AG (Tamedia)/www.auto-online.ch*; RPW 2012/3, 673 Rz. 44, *Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet*; RPW 2013/1, 82 Rz 16, *Tamedia/Ringier/Jobs.ch/Jobup*; RPW 2013/1, 84 Rz 12, *Tamedia/Ringier/Jobsuchmaschine*.

- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der italienischen Schweiz
- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz
- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz
- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischen Schweiz
- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz
- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz
- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der italienischen Schweiz
- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz
- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz
- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der italienischen Schweiz

Nutzermärkte

- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der Deutschschweiz
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der französischen Schweiz
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der italienischen Schweiz
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischen Schweiz
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der italienischen Schweiz
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der italienischen Schweiz

Märkte für Online-Firmenwerbung

- Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der Deutschschweiz.
- Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der französischsprachigen Schweiz.
- Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der italienischsprachigen Schweiz.
- Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen in der Deutschschweiz
- Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen in der französischsprachigen Schweiz
- Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen in der italienischsprachigen Schweiz

B.5.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

74. 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 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.

75. Im Rahmen der vorliegenden vorläufigen Prüfung wurden die Marktanteile in den einzelnen Märkten von den Zusammenschlussparteien wie folgt angegeben:⁴⁰

⁴⁰ Vgl. Meldung vom 20. August 2013, Rz 81 ff.

Markt	Tamedia	SCMS	Piazza.ch	Car4you	Gemeinsamer Marktanteil	betroffen
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der Deutschschweiz:	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	Nein
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der französischsprachigen Schweiz:	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	Nein
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der italienischsprachigen Schweiz:	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	Nein
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz:	[20-30%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[30-40%]	Ja
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz:	[30-40%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[30-40%]	Ja
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz:	[10-20%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[20-30%]	Ja
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz:	[20-30%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[20-30%]	Ja
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz:	[30-40%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[30-40%]	Ja
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz:	[20-30%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[30-40%]	Ja
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz:	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[20-30%]	[20-30%]	Ja

Markt	Tamedia	SCMS	Piazza.ch	Car4you	Gemeinsamer Marktanteil	betroffen
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz:	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[20-30%]	[20-30%]	Ja
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz:	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[10-20%]	[10-20%]	Nein
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der Deutschschweiz:	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[10-20%]	Nein
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der französischsprachigen Schweiz:	[10-20%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[20-30%]	Ja
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der italienischsprachigen Schweiz:	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	Nein
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz:	[20-30%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[20-30%]	Ja
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz:	[20-30%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[20-30%]	Ja
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz:	[20-30%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[20-30%]	Ja
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz:	[10-20%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[10-20%]	Nein
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz:	[30-40%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[30-40%]	Ja
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz:	[10-20%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[10-20%]	Nein

Markt	Tamedia	SCMS	Piazza.ch	Car4you	Gemeinsamer Marktanteil	betroffen
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz:	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[10-20%]	[10-20%]	Nein
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz:	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[10-20%]	[20-30%]	Ja
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz:	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[10-20%]	[10-20%]	Nein
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der Deutschschweiz:	[30-40%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[30-40%]	Ja
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der französischsprachigen Schweiz:	[40-50%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[50-60%]	Ja
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der italienischsprachigen Schweiz:	[30-40%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[30-40%]	Ja
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen in der Deutschschweiz:	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	Nein
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen in der französischsprachigen Schweiz:	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	Nein
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen in der italienischsprachigen Schweiz:	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	Nein

Tabelle 2: Marktanteile 2012 von SCMS, piazza.ch und car4you (Schibsted erzielt ausser über SCMS in der Schweiz keine Umsätze⁴¹).

Nachfolgend werden die betroffenen Märkte gemäss vorstehender Tabelle (Tabelle 2) einer vertieften Analyse unterzogen.

⁴¹ Referenzieren.

Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz

76. Die Marktanteile von Tamedia und Schibsted haben sich im Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobili-

en-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz in den letzten Jahren kaum verändert, so dass der gemeinsame Marktanteil jeweils zwischen [30-40 %] und [30-40 %] lag.

		Total	Parteien				Gemeinsamer Marktanteil	Wettbewerber		
			Tamedia	SCMS	Piazza.ch	Car4you		Scout24 Schweiz AG	JV Publigroupe Swisscom	NZZ AG
2012	Inserate	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[20-30 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[30-40 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[0-10 %]
2011	Inserate	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[20-30 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[20-30 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[0-10 %]
2010	Inserate	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[20-30 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[30-40 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[10-20 %]

Tabelle 3: Marktanteile und Marktanteilsentwicklung im Markt für Inserenten in (Print-/Online) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz

77. Durch das Zusammenschlussvorhaben kommt es auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz zu Marktanteilsadditionen von ca. [10-20 %]. Hierdurch kann Tamedia/Schibsted seinen Vorsprung gegenüber seinen Mitbewerbern nochmals deutlich ausbauen, so dass Tamedia/Schibsted über einen Marktanteil verfügt, der fast das [...] desjenigen der nachfolgenden Konkurrenten beträgt. Der Markt ist im Jahr 2012 ein wenig geschrumpft, so dass auf eine etwas geringere Wachstumsdynamik zu schliessen ist.

78. Da Inserenten und Nutzer-/Leser-Märkte zweiseitige Märkte sind und die Attraktivität für Inserenten massgeblich von der Reichweite und den Besucherzahlen auf der Nutzerseite abhängt, können alleine durch die Betrachtung der Marktanteile auf dem Markt für Inserenten kaum Aussagen zur Marktposition getroffen werden.

Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz

79. Im Jahr 2012 konnte Schibsted auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz etwas an Marktanteilen gewinnen, so dass sie derzeit einen Marktanteil von [0-10 %] erreichen. Tamedia hat in den letzten Jahren unverändert einen Marktanteil von [30-40 %] erreicht. Auch die beiden stärksten Konkurrenten, Scout24 Schweiz AG und das Joint-Venture PubliGroupe/Swisscom konnten ihren Marktanteil nochmals um jeweils [0-10 %] erhöhen. Dies deutet auf eine zunehmende Konzentration auf dem Markt hin.

		Total	Parteien				Gemeinsamer Marktanteil	Wettbewerber		
			Tamedia	SCMS	Piazza.ch	Car4you		Scout24 Schweiz AG	JV Publigroupe Swisscom	Gemeinschaftsangebot Kantonalbanken
2012	Inserate	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[30-40 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[30-40 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[0-10 %]
2011	Inserate	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[30-40 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[30-40 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[0-10 %]
2010	Inserate	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[30-40 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[40-50 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[0-10 %]

Tabelle 4: Marktanteile und Marktanteilsentwicklung im Markt für Inserenten in (Print-/Online) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz

80. Durch das Zusammenschlussvorhaben kommt es zu Marktanteilsadditionen von [0-10 %], so dass das Gemeinschaftsunternehmen Tamedia/Schibsted nach dem Zusammenschlussvorhaben mit einem Marktanteil von [30-40 %] einen fast [...] so hohen Marktanteil hält, wie die nachfolgenden Konkurrenten. Der Markt ist im Jahr 2012 ein wenig geschrumpft, so dass auf eine etwas geringere Wachstumsdynamik zu schliessen ist.

81. Da Inserenten und Nutzer-/Leser-Märkte zweiseitige Märkte sind und die Attraktivität für Inserenten massgeblich von der Reichweite und den Besucherzahlen auf der Nutzerseite abhängt, können alleine durch die Betrachtung der Marktanteile auf dem Markt für Inserenten kaum Aussagen zur Marktposition getroffen werden.

Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz

82. In der italienischsprachigen Schweiz sind die Marktanteile von Tamedia und Schibsted in den letzten beiden Geschäftsjahren unverändert geblieben. Auch der Marktführer sowie die beiden weiteren wichtigsten Konkurrenten weisen in den letzten beiden Jahren unveränderte Marktanteile auf. Einzig im Übergang vom Jahr 2010 auf 2011 ist es zu einer grösseren Marktanteilsverschiebung gekommen, bei welcher die Società editrice del Corriere del Ticino SA erheblich an Marktanteilen gewonnen und zum Marktführer aufgestiegen ist.

		Total	Parteien				Gemeinsamer Marktanteil	Wettbewerber		
			Tamedia	SCMS	Piazza.ch	Car4you		Società editrice del Corriere del Ticino SA	Regio-presse SA	Scout24 Schweiz AG
2012	Inserate	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[10-20 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[20-30 %]	[40-50 %]	[10-20 %]	[0-10 %]
2011	Inserate	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[10-20 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[20-30 %]	[40-50 %]	[10-20 %]	[0-10 %]
2010	Inserate	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[20-30 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[30-40 %]	[20-30 %]	[20-30 %]	[0-10 %]

Tabelle 5: Marktanteile und Marktanteilsentwicklung im Markt für Inserenten in (Print-/Online) Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz

83. Durch das Zusammenschlussvorhaben kommt es zu geringfügigen Marktanteilsadditionen von [0-10 %] Marktanteil. Damit verstärkt Tamedia seine Marktposition ein wenig. Das Gemeinschaftsunternehmen Tamedia/Schibsted hat als Nummer zwei im Markt allerdings einen Marktanteil, der [...] ist, wie derjenige des wichtigsten Konkurrenten Società del Corriere del Ticino SA.

Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz

84. Auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz hat Tamedia in den letzten drei Jahren an Marktanteilen verloren, während die Konkurrentin Netzmarkt Internetservice GmbH & Co. KG ihren Marktanteil leicht ausbauen konnte.

		Total	Parteien				Gemeinsamer Marktanteil	Wettbewerber		
			Tamedia	SCMS	Piazza.ch	Car4you		Ringier	Netzmarkt Internetservice GmbH & Co. KG	Internet Stellenanzeiger AG
2012	Inserate	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[20-30 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[20-30 %] [30-40 %] ⁴²	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]
2011	Inserate	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[20-30 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[30-40 %] [40-50 %] ⁴³	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]
2010	Inserate	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[30-40 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[30-40 %] [40-50 %] ⁴⁴	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]

Tabelle 6: Marktanteile und Marktanteilsentwicklung im Markt für Inserenten in (Print-/Online) Stellenrubrikanzeigen in der Deutschschweiz

85. Durch das Zusammenschlussvorhaben kommt es nur zu leichten Marktanteilsadditionen von [0-10 %] auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellenrubrikanzeigen in der Deutschschweiz. Dennoch verfügt Tamedia/Schibsted nach dem Zusammenschlussvorhaben mit [20-30 %] Marktanteil über eine sehr starke Position gegenüber dem von den Parteien aufgeführten wichtigsten Konkurrenten Ringier, der [0-10 %] Marktanteil hält. Allerdings betreibt Tamedia seine Stellenportale zusammen mit Ringier, so dass der gemeinsame Marktanteil von Ringier und Tamedia den Zusammenschlussparteien zuzurechnen ist. Dies gilt umso mehr, als gemäss Aussagen der Parteien Tamedia mit dem vereinbarten Konkurrenzverbot erreichen möchte, dass dieses nicht durch eine von ihr mitkontrollierte Gesellschaft verletzt werde.⁴⁵ Der Markt selbst ist nach wie vor ein Wachstumsmarkt, der in den letzten drei Jahren ein durchschnittliches Wachstum von [10-20 %] aufgewiesen hat.

86. Da Inserenten und Nutzer-/Leser-Märkte zweiseitige Märkte sind und die Attraktivität für Inserenten massgeblich von der Reichweite und den Besucherzahlen auf der Nutzerseite abhängt, können alleine durch die Betrachtung der Marktanteile auf dem Markt für Inserenten kaum Aussagen zur Marktposition getroffen werden.

Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellenrubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz

87. Auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellenrubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz hat Tamedia in den letzten drei Jahren kontinuierlich an Marktanteilen verloren, während die Marktanteile von Schibsted in den letzten beiden Jahren annähernd gleich geblieben sind. Die wichtigste Wettbewerberin konnte in den letzten drei Jahren hingegen ihren Marktanteil etwas ausbauen.

⁴² Da Tamedia mit anderen Unternehmen ebenfalls Gemeinschaftsunternehmen betreibt, sind die Marktanteile im Rahmen der Beurteilung der Marktsituation Tamedia voll zuzurechnen. Daher wurde jeweils in Klammer die Marktanteile unter Zurechnung der Marktanteile an den jeweiligen Gemeinschaftsunternehmen aufgeführt.

⁴³ Da Tamedia mit anderen Unternehmen ebenfalls Gemeinschaftsunternehmen betreibt, sind die Marktanteile im Rahmen der Beurteilung der Marktsituation Tamedia voll zuzurechnen. Daher wurde jeweils in Klammer die Marktanteile unter Zurechnung der Marktanteile an den jeweiligen Gemeinschaftsunternehmen aufgeführt.

⁴⁴ Da Tamedia mit anderen Unternehmen ebenfalls Gemeinschaftsunternehmen betreibt, sind die Marktanteile im Rahmen der Beurteilung der Marktsituation Tamedia voll zuzurechnen. Daher wurde jeweils in Klammer die Marktanteile unter Zurechnung der Marktanteile an den jeweiligen Gemeinschaftsunternehmen aufgeführt.

		Total	Parteien				Gemeinsamer Marktanteil	Wettbewerber		
			Tamedia	SCMS	Piazza.ch	Car4you		Netzmarkt Internetservice GmbH & Co. KG	Ringier	Société neuchâtoise de presse
2012	Inserate	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[30-40 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[30-40 %] [40-50 %] ⁴⁶	[10-20 %]	[10-20 %]	[0-10 %]
2011	Inserate	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[30-40 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[30-40 %] [50-60 %] ⁴⁷	[10-20 %]	[10-20 %]	[0-10 %]
2010	Inserate	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[40-50 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[40-50 %] [50-60 %] ⁴⁸	[0-10 %]	[10-20 %]	[0-10 %]

Tabelle 7: Marktanteile und Marktanteilsentwicklung im Markt für Inserenten in (Print-/Online) Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz

88. Durch das Zusammenschlussvorhaben kommt es auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz nur zu geringen Marktanteilsadditionen von ca. [0-10 %]. Dennoch verfügen Tamedia/Schibsted nach dem Zusammenschluss über einen gemeinsamen Marktanteil von [30-40 %] und damit mehr als das [...] der nachfolgenden Konkurrenten. Zudem betreibt Tamedia seine Stellenportale zusammen mit Ringier, so dass der gemeinsame Marktanteil von Ringier und Tamedia den Zusammenschlussparteien zuzurechnen ist. Dies gilt umso mehr, als gemäss Aussagen der Parteien Tamedia mit dem vereinbarten Konkurrenzverbot erreichen möchte, dass dieses nicht durch eine von ihr mitkontrollierte Gesellschaft verletzt werde.⁴⁹

89. Da Inserenten und Nutzer-/Leser-Märkte zweiseitige Märkte sind und die Attraktivität für Inserenten massgeblich von der Reichweite und den Besucherzahlen auf der Nutzerseite abhängt, können alleine durch die Betrachtung der Marktanteile auf dem Markt für Inserenten kaum Aussagen zur Marktposition getroffen werden.

Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz

90. Auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz konnte Tamedia im letzten Jahr etwas an Marktanteilen hinzugewinnen, während der Marktführer (Società editrice del Corriere del Ticino SA) kontinuierlich an Marktanteilen verloren hat. Schibsted verfügt jedoch nur über geringfügige Marktanteile.

⁴⁵ Meldung vom 20. August 2013, Rz 48.

⁴⁶ Da Tamedia mit anderen Unternehmen ebenfalls Gemeinschaftsunternehmen betreibt, sind die Marktanteile im Rahmen der Beurteilung der Marktsituation Tamedia voll zuzurechnen. Daher wurde jeweils in Klammer die Marktanteile unter Zurechnung der Marktanteile an den jeweiligen Gemeinschaftsunternehmen aufgeführt.

⁴⁷ Da Tamedia mit anderen Unternehmen ebenfalls Gemeinschaftsunternehmen betreibt, sind die Marktanteile im Rahmen der Beurteilung der Marktsituation Tamedia voll zuzurechnen. Daher wurde jeweils in Klammer die Marktanteile unter Zurechnung der Marktanteile an den jeweiligen Gemeinschaftsunternehmen aufgeführt.

⁴⁸ Da Tamedia mit anderen Unternehmen ebenfalls Gemeinschaftsunternehmen betreibt, sind die Marktanteile im Rahmen der Beurteilung der Marktsituation Tamedia voll zuzurechnen. Daher wurde jeweils in Klammer die Marktanteile unter Zurechnung der Marktanteile an den jeweiligen Gemeinschaftsunternehmen aufgeführt.

⁴⁹ Meldung vom 20. August 2013, Rz 48.

		Total	Parteien				Gemeinsamer Marktanteil	Wettbewerber		
			Tamedia	SCMS	Piazza.ch	Car4you		Società editrice del Corriere del Ticino SA	Netzmarkt Internetservice GmbH & Co. KG	Ringier
2012	Inserate	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[20-30 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[20-30 %] [30-40 %] ⁵⁰	[20-30 %]	[10-20 %]	[0-10 %]
2011	Inserate	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[20-30 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[20-30 %] [20-30 %] ⁵¹	[30-40 %]	[10-20 %]	[0-10 %]
2010	Inserate	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[20-30 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[20-30 %] [20-30 %] ⁵²	[30-40 %]	[0-10 %]	[0-10 %]

Tabelle 8: Marktanteile und Marktanteilsentwicklung im Markt für Inserenten in (Print-/Online) Stellenrubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz

91. Durch das Zusammenschlussvorhaben kommt es zu geringen Marktanteilsadditionen von ca. [0-10 %], so dass Tamedia zusammen mit Schibsted ihre Position im Markt etwas ausbauen kann. Derzeit scheint insbesondere Tamedia gegenüber der Società editrice del Corriere del Ticino SA kontinuierlich Marktanteile zu gewinnen, was für einen gewissen Wettbewerbsdruck im Markt spricht. Entgegen den Angaben der Zusammenschlussparteien sind allerdings die gemeinsamen Marktanteile von Ringer und Tamedia den Marktanteilen der Zusammenschlussparteien zuzurechnen, da Ringer und Tamedia im Bereich Online-Stelleplattformen gemeinsam tätig sind. Dies gilt umso mehr, [...].⁵³

92. Da Inserenten und Nutzer-/Leser-Märkte zweiseitige Märkte sind und die Attraktivität für Inserenten massgeblich von der Reichweite und den Besucherzahlen auf der Nutzerseite abhängt, können alleine durch die Betrachtung der Marktanteile auf dem Markt für Inserenten kaum Aussagen zur Marktposition getroffen werden.

Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz

93. Der Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz hat in den letzten Jahren nur noch ein schwaches Wachstum erfahren. Die Marktanteile der wichtigsten beiden Akteure im Markt, car4you und Scout24 Schweiz AG waren leichten Schwankungen unterworfen, sind aber grundsätzlich auf einem ähnlichen Niveau geblieben. AZ Medien konnte hingegen weiter an Marktanteilen hinzugewinnen.

⁵⁰ Da Tamedia mit anderen Unternehmen ebenfalls Gemeinschaftsunternehmen betreibt, sind die Marktanteile im Rahmen der Beurteilung der Marktsituation Tamedia voll zuzurechnen. Daher wurde jeweils in Klammer die Marktanteile unter Zurechnung der Marktanteile an den jeweiligen Gemeinschaftsunternehmen aufgeführt.

⁵¹ Da Tamedia mit anderen Unternehmen ebenfalls Gemeinschaftsunternehmen betreibt, sind die Marktanteile im Rahmen der Beurteilung der Marktsituation Tamedia voll zuzurechnen. Daher wurde jeweils in Klammer die Marktanteile unter Zurechnung der Marktanteile an den jeweiligen Gemeinschaftsunternehmen aufgeführt.

⁵² Da Tamedia mit anderen Unternehmen ebenfalls Gemeinschaftsunternehmen betreibt, sind die Marktanteile im Rahmen der Beurteilung der Marktsituation Tamedia voll zuzurechnen. Daher wurde jeweils in Klammer die Marktanteile unter Zurechnung der Marktanteile an den jeweiligen Gemeinschaftsunternehmen aufgeführt.

⁵³ Meldung vom 20. August 2013, Rz 48.

		Total	Parteien				Gemeinsamer Marktanteil	Wettbewerber		
			Tamedia	SCMS	Piazza.ch	Car4you		Scout24 Schweiz AG	Naspers/MIH Group	AZ Medien
2012	Inserate	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[20-30 %]	[20-30 %]	[20-30 %]	[0-10 %]	[0-10 %]
2011	Inserate	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[20-30 %]	[20-30 %]	[20-30 %]	[0-10 %]	[0-10 %]
2010	Inserate	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[20-30 %]	[20-30 %]	[20-30 %]	[0-10 %]	[0-10 %]

Tabelle 9: Marktanteile und Marktanteilsentwicklung im Markt für Inserenten in (Print-/Online) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz

94. Aufgrund des Zusammenschlussvorhabens kommt es auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz zu sehr kleinen Marktanteilsadditionen von [0-10 %].

95. Da Inserenten- und Nutzer-/Leser-Märkte zweiseitige Märkte sind und die Attraktivität für Inserenten massgeblich von der Reichweite und den Besucherzahlen auf der Nutzerseite abhängt, können alleine durch die Betrachtung der Marktanteile auf dem Markt für Inserenten kaum Aussagen zur Marktposition getroffen werden.

Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz

96. Der Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz ist in den letzten Jahren kontinuierlich gewachsen, wobei das Wachstum von car4you eher als unterdurchschnittlich zu bezeichnen ist, so dass car4you in den letzten drei Jahren an Marktanteilen verloren hat. Erheblich an Marktanteilen gewinnen konnte die Société neuchâtoise de Presse SA, so dass diese von der Nummer 3 im Jahr 2010 zur Nummer 1 im Jahr 2011 und 2012 im Markt aufgestiegen ist.

		Total	Parteien				Gemeinsamer Marktanteil	Wettbewerber		
			Tamedia	SCMS	Piazza.ch	Car4you		Société neuchâtoise de Presse SA	Scout24 Schweiz AG	Naspers/MIH Group
2012	Inserate	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[20-30 %]	[20-30 %]	[30-40 %]	[20-30 %]	[0-10 %]
2011	Inserate	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[20-30 %]	[20-30 %]	[30-40 %]	[20-30 %]	[0-10 %]
2010	Inserate	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[20-30 %]	[20-30 %]	[20-30 %]	[20-30 %]	[10-20 %]

Tabelle 10: Marktanteile und Marktanteilsentwicklung im Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz

97. Aufgrund des Zusammenschlussvorhabens kommt es auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischen Schweiz zu sehr geringen Marktanteilsadditionen von [10-20 %].

98. Da Inserenten und Nutzer-/Leser-Märkte zweiseitige Märkte sind und die Attraktivität für Inserenten massgeblich von der Reichweite und den Besucherzahlen auf der Nutzerseite abhängt, können alleine durch die Be-

trachtung der Marktanteile auf dem Markt für Inserenten kaum Aussagen zur Marktposition getroffen werden.

Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der französischsprachigen Schweiz

99. Auf dem Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der französischsprachigen Schweiz hat Tamedia in den letzten Jahren an Marktanteilen und an Nutzern bzw.

Lesern verloren. Hingegen konnte Piazza leicht an Nutzerzahlen und Marktanteilen hinzugewinnen. Insgesamt haben die Zusammenschlusspartien allerdings stark an gemeinsamem Marktanteil verloren, so dass der Markt-

anteil von [30-40 %] auf [20-30 %] zurückgegangen ist. Dennoch ist der gemeinsame Marktanteil immer noch [...] wie derjenige des wichtigsten Konkurrenten.

		Total	Parteien				Gemeinsamer Marktanteil	Wettbewerber		
			Tamedia	SCMS	Piazza.ch	Car4you		eBay International AG	Naspers/MIH Group	Scout24 Schweiz AG
2012	Tsd. Nutzer	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[10-20 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[20-30 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]
2011	Tsd. Nutzer	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[20-30 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[20-30 %]	[10-20 %]	[0-10 %]	[0-10 %]
2010	Tsd. Nutzer	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[20-30 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[30-40 %]	[10-20 %]	[0-10 %]	[10-20 %]

Tabelle 11: Marktanteile und Marktanteilsentwicklung im Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge) in der französischsprachigen Schweiz

100. Durch das Zusammenschlussvorhaben kommt es kaum zu Marktanteilsaddition, da SCMS lediglich [0-10 %] Marktanteil verfügt. Aus diesem Grund ist das Zusammenschlussvorhaben in diesem Markt nicht geeignet, wesentliche Änderungen der Marktposition herbeizuführen.

Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz

101. In den letzten Jahren ist das Nutzervolumen auf dem Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobili-

en-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz stetig gestiegen, wobei der gemeinsame Marktanteil von Tamedia und Schibsted in etwa gleich geblieben ist. Auch der Marktanteil der drei wichtigsten Konkurrenten hat sich im Nutzermarkt kaum geändert, weshalb die Marktverhältnisse als stabil zu bezeichnen sind. Insgesamt sind Tamedia/Schibsted in diesem Markt mit [20-30 %] Marktanteil in einer recht starken Position gegenüber ihren Konkurrenten, die lediglich einen halb so grossen Marktanteil wie Tamedia/Schibsted aufweisen.

		Total	Parteien				Gemeinsamer Marktanteil	Wettbewerber		
			Tamedia	SCMS	Piazza.ch	Car4you		REMAX Switzerland	Swissclick AG	Scout24 Schweiz AG
2012	Tsd. Nutzer	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[10-20 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[20-30 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]
2011	Tsd. Nutzer	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[10-20 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[20-30 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]
2010	Tsd. Nutzer	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[10-20 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[20-30 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]

Tabelle 12: Marktanteile und Marktanteilsentwicklung im Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz

102. Schibsted hat im Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutsch-

schweiz einen sehr geringen Marktanteil von [0-10 %]. Daher kommt es durch das Zusammenschlussvorhaben

nur zu unwesentlichen Marktanteilsadditionen. Diese sind nicht dazu geeignet die Marktverhältnisse wesentlich zu verändern.

Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz

103. Der Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz weist nur noch ein geringes Marktwachstum auf. Im letzten Jahr hat Tamedia an Marktanteilen verloren. Insgesamt sind die Marktverhältnisse allerdings als relativ stabil zu bezeichnen. Mit [20-30 %] ist Tamedia nach wie vor Marktführer. Der wichtigste Konkurrent hat einen Marktanteil von ca. [10-20 %].

		Total	Parteien				Gemeinsamer Marktanteil	Wettbewerber		
			Tamedia	SCMS	Piazza.ch	Car4you		SPG Commercial Property Consultants	Swissclick AG	Scout24 Schweiz AG
2012	Tsd. Nutzer	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[20-30 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[20-30 %]	[10-20 %]	[0-10 %]	[0-10 %]
2011	Tsd. Nutzer	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[20-30 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[30-40 %]	[10-20 %]	[0-10 %]	[0-10 %]
2010	Tsd. Nutzer	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[20-30 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[30-40 %]	[10-20 %]	[0-10 %]	[0-10 %]

Tabelle 13: Marktanteile und Marktanteilsentwicklung im Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz

104. Durch das Zusammenschlussvorhaben kommt es nur zu geringen Marktanteilsaddition von [0-10 %], so dass das Zusammenschlussvorhaben auf die Marktverhältnisse im Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz kaum Einfluss hat.

Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz

105. Die Nutzerzahlen im Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz sind schwankend. Während im Gesamtmarkt im Jahr 2012 gegenüber 2011 die Nutzerzahlen um [10-20 %] zurückgegangen sind und damit wieder in etwa das Niveau von 2010 erreicht haben, konnte Tamedia die Nutzerzahlen leicht ausbauen, wodurch sich ihr Marktanteil wesentlich erhöht hat. Bei den wichtigsten Wettbewerbern blieben die Marktanteile annähernd gleich.

		Total	Parteien				Gemeinsamer Marktanteil	Wettbewerber		
			Tamedia	SCMS	Piazza.ch	Car4you		Swissclick AG	Società editrice del Corriere del Ticino SA	Regio-presse SA
2012	Tsd. Nutzer	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[20-30 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[20-30 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]
2011	Tsd. Nutzer	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[20-30 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[20-30 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]
2010	Tsd. Nutzer	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[20-30 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[20-30 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]

Tabelle 14: Marktanteile und Marktanteilsentwicklung im Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz

106. Da die Marktanteile von Schibsted im Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen sehr klein sind, kommt es auch in diesem Markt keinen wesentlichen Marktanteilsadditionen. Daher sind durch den Zusammenschluss kaum Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation in diesem Markt zu erwarten.

Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz

107. Der Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen

Schweiz ist im letzten Jahr um [10-20 %] gewachsen. Allerdings ist die Anzahl Nutzer bei Tamedia nominal gesunken. Daher ist der Marktanteil von Tamedia von [40-50 %] auf [30-40 %] zurückgegangen. Als wichtigster Wettbewerber wird Ringier mit einem Marktanteil von [0-10 %] aufgeführt, obwohl Tamedia zusammen mit Ringier im Bereich der Stellen-Rubrikanzeigen ein Gemeinschaftsunternehmen führt [...]. Der Marktanteil von Ringier ist daher dem gemeinsamen Marktanteil der Zusammenschlussparteien hinzuzurechnen.

		Total	Parteien				Gemeinsamer Marktanteil	Wettbewerber		
			Tamedia	SCMS	Piazza.ch	Car4you		Ringier	Indeed	Scout24 Schweiz AG
2012	Tsd. Nutzer	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[30-40 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[30-40 %] [30-40 %] ⁵⁴	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]
2011	Tsd. Nutzer	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[30-40 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[40-50 %] [40-50 %] ⁵⁵	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]
2010	Tsd. Nutzer	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[40-50 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[40-50 %] [40-50 %] ⁵⁶	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]

Tabelle 15: Marktanteile und Marktanteilsentwicklung im Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz

108. Aufgrund des Zusammenschlussvorhabens kommt es allerdings zu keinen wesentlichen Marktanteilsadditionen, die geeignet wären die Marktverhältnisse im Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz zu verändern.

Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz

109. Der Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz ist in den letzten Jahren stetig gewachsen. Dennoch hat Tamedia an Marktanteilen verloren und ist im Hinblick auf die Nutzerzahlen hinter Scout24 Schweiz AG auf den zweiten Platz im Markt zurückgefallen. Auch das Wachstum der Nutzer bei car4you war gegenüber demjenigen von Scout24 Schweiz AG kleiner.

		Total	Parteien				Gemeinsamer Marktanteil	Wettbewerber		
			Tamedia	SCMS	Piazza.ch	Car4you		Scout24 Schweiz AG	Anibis.ch AG	Naspers/MIH Group
2012	Tsd. Nutzer	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[10-20 %]	[20-30 %]	[0-10 %]	[0-10 %]
2011	Tsd. Nutzer	940	102	2	12	97	213	206	90	85
	MA (%)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2010	Tsd. Nutzer	876	102	2	8	97	209	151	90	85
	MA (%)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Tabelle 16: Marktanteile und Marktanteilsentwicklung im Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz

⁵⁴ Da Tamedia mit anderen Unternehmen ebenfalls Gemeinschaftsunternehmen betreibt, sind die Marktanteile im Rahmen der Beurteilung der Marktsituation Tamedia voll zuzurechnen. Daher wurde jeweils in Klammer die Marktanteile unter Zurechnung der Marktanteile an den jeweiligen Gemeinschaftsunternehmen aufgeführt.

⁵⁵ Da Tamedia mit anderen Unternehmen ebenfalls Gemeinschaftsunternehmen betreibt, sind die Marktanteile im Rahmen der Beurteilung der Marktsituation Tamedia voll zuzurechnen. Daher wurde jeweils in

Klammer die Marktanteile unter Zurechnung der Marktanteile an den jeweiligen Gemeinschaftsunternehmen aufgeführt.

⁵⁶ Da Tamedia mit anderen Unternehmen ebenfalls Gemeinschaftsunternehmen betreibt, sind die Marktanteile im Rahmen der Beurteilung der Marktsituation Tamedia voll zuzurechnen. Daher wurde jeweils in Klammer die Marktanteile unter Zurechnung der Marktanteile an den jeweiligen Gemeinschaftsunternehmen aufgeführt.

110. Da Schibsted im Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz kaum Marktanteile besitzt, kommt es durch das Zusammenschlussvorhaben zu unwesentlichen Marktanteilsadditionen. Diese sind nicht geeignet, die Marktverhältnisse im Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz zu ändern.

Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der Deutschschweiz

111. Der Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der Deutschschweiz hat in den letzten Jahren ein relativ

starkes Wachstum erfahren. Als Marktführer konnte Tamedia hiervon profitieren, wobei das Umsatzwachstum im letzten Jahr mit [0-10 %] nur noch sehr moderat ausfiel. Im davorliegenden Jahr fiel das Umsatzwachstum mit [50-60 %] sehr hoch aus, so dass das Umsatzwachstum über beide Jahre hinweg mit ca. [20-30 %] [...] so hoch ausfiel wie das Umsatzwachstum im Markt, welches ca. [10-20 %] betrug. Insgesamt kommt Tamedia auf einen Marktanteil von [30-40%] während die nachfolgenden Konkurrenten (Ringier und Swisscom) einen [...] kleineren Marktanteil aufweisen. Das starke Wachstum bei den Werbeeinnahmen im Online-Bereich kann auf eine starke Position auf den Märkten für Nutzer/Leser im Online-Bereich hindeuten.

		Total	Parteien				Gemeinsamer Marktanteil	Wettbewerber		
			Tamedia	SCMS	Piazza.ch	Car4you		Ringier	Swisscom	MSN Microsoft
2012	Tsd. CHF	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[30-40 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[30-40 %] [40-50 %] ⁵⁷	[10-20 %]	[10-20 %]	[0-10 %]
2011	Tsd. CHF	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[30-40 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[30-40 %] [40-50 %] ⁵⁸	[10-20 %]	[10-20 %]	[10-20 %]
2010	Tsd. CHF	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[20-30 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[20-30 %] [30-40 %] ⁵⁹	[0-10 %]	[10-20 %]	[0-10 %]

Tabelle 17: Marktanteile und Marktanteilsentwicklung im Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der Deutschschweiz

112. Da Schibsted im Bereich Bannerwerbung nicht tätig ist, kommt es auf diesem Markt zu keinen Marktanteilsaddition. Daher resultieren durch das Zusammenschlussvorhaben auch keine wesentlichen Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation in diesem Markt.

Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der französischsprachigen Schweiz

113. Im Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der französischsprachigen Schweiz hat Tamedia mit einem Marktanteil von [40-50 %] einen sehr hohen Marktanteil. Zudem konnte Tamedia ihren Umsatz in diesem Markt im Jahr 2012 um ca. [60-70 %] steigern, während das gesamte Marktvolumen lediglich um [10-20 %] gewachsen ist. Dieses Umsatzwachstum bei den Werbeeinnahmen kann auf eine deutlich stärker werdende Marktposition von Tamedia in den Nutzer und Lesermärkten im Online-Bereich hinweisen. Die Marktanteile der wichtigsten Konkurrenten sind demgegenüber entweder gleich geblieben oder leicht gesunken.

⁵⁷ Da Tamedia mit anderen Unternehmen ebenfalls Gemeinschaftsunternehmen betreibt, sind die Marktanteile im Rahmen der Beurteilung der Marktsituation Tamedia voll zuzurechnen. Daher wurde jeweils in Klammer die Marktanteile unter Zurechnung der Marktanteile an den jeweiligen Gemeinschaftsunternehmen aufgeführt.

⁵⁸ Da Tamedia mit anderen Unternehmen ebenfalls Gemeinschaftsunternehmen betreibt, sind die Marktanteile im Rahmen der Beurteilung der Marktsituation Tamedia voll zuzurechnen. Daher wurde jeweils in Klammer die Marktanteile unter Zurechnung der Marktanteile an den jeweiligen Gemeinschaftsunternehmen aufgeführt.

⁵⁹ Da Tamedia mit anderen Unternehmen ebenfalls Gemeinschaftsunternehmen betreibt, sind die Marktanteile im Rahmen der Beurteilung der Marktsituation Tamedia voll zuzurechnen. Daher wurde jeweils in Klammer die Marktanteile unter Zurechnung der Marktanteile an den jeweiligen Gemeinschaftsunternehmen aufgeführt.

		Total	Parteien				Gemeinsamer Marktanteil	Wettbewerber		
			Tamedia	SCMS	Piazza.ch	Car4you		Swisscom	MSN Microsoft	Virtual Networks
2012	Tsd. CHF	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[40-50 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[40-50 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[0-10 %]
2011	Tsd. CHF	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[30-40 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[30-40 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[0-10 %]
2010	Tsd. CHF	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[20-30 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[20-30 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[0-10 %]

Tabelle 18: Marktanteile und Marktanteilsentwicklung im Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der französischsprachigen Schweiz

114. Da Schibsted im Bereich Bannerwerbung nicht tätig ist, kommt es auf diesem Markt zu keinen Marktanteilsaddition. Daher resultieren durch das Zusammenschlussvorhaben auch keine wesentlichen Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation in diesem Markt.

Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der italienischsprachigen Schweiz

115. Im Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der italienischsprachigen Schweiz hat Tamedia ebenfalls eine starke Marktstellung und vereinigt ca. [30-40 %] des im Markt erzielten Umsatzes auf sich. Insbesondere im letzten Jahr konnte Tamedia in diesem Bereich seinen Umsatz um ca. [50-60 %] steigern, während der Gesamtmarkt lediglich um [10-20 %] gewachsen ist. Dies könnte auf eine starke Stellung von Tamedia in den Märkten für Nutzer/Leser im Online-Bereich hindeuten.

		Total	Parteien				Gemeinsamer Marktanteil	Wettbewerber		
			Tamedia	SCMS	Piazza.ch	Car4you		Regio-press SA	Swisscom	Timedia
2012	Tsd. CHF	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[30-40 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[30-40 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[10-20 %]
2011	Tsd. CHF	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[20-30 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[20-30 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[10-20 %]
2010	Tsd. CHF	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[20-30 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[20-30 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[10-20 %]

Tabelle 19: Marktanteile und Marktanteilsentwicklung im Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der italienischsprachigen Schweiz

116. Da Schibsted im Bereich Bannerwerbung nicht tätig ist, kommt es auf diesem Markt zu keinen Marktanteilsadditionen. Daher resultieren durch das Zusammenschlussvorhaben auch keine wesentlichen Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation in diesem Markt.

B.6 Ergebnis

117. Wie oben dargelegt kommt es in den meisten betroffenen Märkten kaum zu Marktanteilsadditionen, so dass die möglich Wettbewerbswirkungen auf diesen Märkten im vorliegenden Fall als gering einzustufen sind.

118. Einzig auf den Märkten für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz und der französischsprachigen Schweiz kommt es zu grösseren Marktanteilsadditionen ([0-10 %] bzw. [0-10 %] Zuwachs bei den Marktanteilen für Tamedia). Dennoch sind auf den beiden Märkten weitere Unternehmen tätig. Da es sich um zweiseitige Märkte handelt, ist es notwendig die dazugehörigen Märkte für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz und der französischsprachigen Schweiz zu betrachten. Auf diesen Märkten sind die Marktanteilsadditionen allerdings als sehr geringfügig anzusehen und liegen bei einem Zuwachs für Tamedia von [0-10 %]. Insgesamt ist der ge-

meinsame Marktanteil auf den beiden Märkten für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen bei ca. [20-30 %] in der Deutschschweiz und in den letzten drei Jahren maximal [30-40 %] (zuletzt [20-30 %]) in der französischsprachigen Schweiz. Aufgrund der geringen Marktanteilsaddition in den Märkten für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der Deutschschweiz und der französischsprachigen Schweiz ist nicht davon auszugehen, dass sich hierdurch eine starke Veränderung der Wettbewerbssituation ergibt. Auch bei einer dynamischen Betrachtung ist aufgrund der geringen Marktanteilsaddition auf den beiden Märkten für Nutzer/Leser nicht zu erwarten, dass hierdurch eine starke sich selbst verstärkende Wechselwirkung zwischen Nutzern/Lesern und Inserenten im Sinne einer Nutzer/Leser-Anzeigen-Spirale⁶⁰ in Gang kommt bzw. eine solche verstärkt wird, welche zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen würde.

119. 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.

⁶⁰ RPW 2009/3, 318 Rz 375, *Tamedia/PPSR*; RPW 2006/2, 369 E. 7.1.1, *Berner Zeitung AG, Tamedia AG/Wettbewerbskommission*.

B 2.3	6. Tamedia/Starticket
-------	------------------------------

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 5. September 2013

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 29. August 2013

A Sachverhalt

A.1 Das Vorhaben und die involvierten Unternehmen

A.1.1 Das Vorhaben

1. Am 8. August 2013 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat) eine Meldung der Tamedia AG (nachfolgend Tamedia) über ein Zusammenschlussvorhaben eingegangen. Danach beabsichtigt Tamedia, die alleinige Kontrolle über die Starticket AG (nachfolgend Starticket) zu übernehmen.¹

A.1.2 Die involvierten Unternehmen

A.1.2.1 Tamedia

2. Tamedia ist die Muttergesellschaft eines Medienunternehmens, das insbesondere in den Bereichen Print- und Online-Medien tätig ist. Die Tamedia-Gruppe ist Herausgeberin verschiedener Zeitungen und Zeitschriften sowie Betreiberin von Online-Plattformen. Sie ist auch im Bereich Zeitungsdruck tätig. Die Tamedia-Gruppe ist schwergewichtig in der Schweiz tätig.²

A.1.2.2 Starticket

3. Das Kerngeschäft von Starticket ist der Betrieb einer Ticketingorganisation. Dies umfasst gemäss Meldung insbesondere den Vertrieb von Tickets für Veranstaltungen verschiedenster Art sowie die Entwicklung und den Betrieb von Ticketingsoftware.³

A.2 Ziele des Zusammenschlussvorhabens

4. Gemäss Meldung haben sich die Gründer und bisherigen Aktionäre von Starticket entschieden, Starticket an Tamedia zu verkaufen [...].⁴ Tamedia beabsichtigt demgegenüber, durch den Erwerb von Starticket neu in den Markt des Ticketvertriebs einzutreten. Dieser Markt entwickle sich sehr dynamisch, seitdem sich das Internet zum wichtigsten Absatzkanal für Tickets entwickelt habe.⁵

A.3 Das Verfahren

5. Am 17. Juli 2013 ging beim Sekretariat ein Meldungsentwurf zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben ein. Mit Schreiben vom 26. Juli 2013 nahm das Sekretariat dazu Stellung.

6. Am 8. August 2013 reichte Tamedia eine Meldung gemäss Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) in Verbindung mit Art. 9 Abs. 1 Bst. b der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) ein.

7. Mit Schreiben vom 9. August 2013 bestätigte das Sekretariat den Eingang und die Vollständigkeit der Meldung. Gemäss Art. 20 Abs. 1 VKU beginnt die Frist von einem Monat für die Einleitung des Prüfungsverfahrens am Tag nach Eingang der vollständigen Meldung, im vorliegenden Fall daher am 9. August 2013, und endet am 9. September 2013.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

8. 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

9. 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. Bei Tamedia liegen Konzernstrukturen vor, welche als Ganzes den Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG erfüllen.⁶ Daher wird nachfolgend unter Tamedia grundsätzlich jeweils der gesamte Konzern bzw. die ganze Gruppe verstanden.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

10. 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).

¹ Vgl. Meldung vom 8. August 2013 (nachfolgend Meldung), Rz 1.

² Vgl. Meldung, Rz 3.

³ Vgl. Meldung, Rz 9.

⁴ Vgl. Meldung, Rz 32.

⁵ Vgl. Meldung, Rz 33.

⁶ Vgl. dazu Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 336 E. 4.1 ff., *Publigroupe/WEKO*, bestätigt durch das Urteil des Bundesgerichts 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 3.

11. Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen (Zielunternehmen), wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Zielunternehmens auszuüben (Art. 1 VKU).

12. Tamedia beabsichtigt, 100 % der Aktien von Starticket zu erwerben. Bis anhin werden die Aktien der Starticket von drei Privatpersonen [...] und der [...] gehalten.⁷ [...] In einem ersten Schritt solle Tamedia [...] % der Aktien erwerben. [...] Nach diesem ersten Schritt behalte [...] demzufolge einen Anteil von [...] % an Starticket. Für den Erwerb der übrigen [...] % der Starticket-Aktien würden Tamedia Call-Optionen eingeräumt, die Tamedia ab [...] ausüben könne.⁸

13. Tamedia erwerbe jedoch bereits mit dem ersten Schritt die alleinige Kontrolle über Starticket. [...]

14. Tamedia erwirbt vorerst lediglich [...] % der Anteile an Starticket. Da den Minderheitsaktionären gemäss Meldung und gemäss eingereichtem Aktionärsbindungsvertrag⁹ keine Kontrollrechte eingeräumt werden, erwirbt einzig Tamedia einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit der Starticket und damit die alleinige Kontrolle.

15. Bezüglich der im Aktionärsbindungsvertrag enthaltenen Optionen¹⁰, deren Ausübung zum Erwerb der restlichen [...] % der Starticket-Aktien führen würde, bleibt anzumerken, dass bei der Beurteilung eines Zusammenschlussvorhabens stets auf die heutigen, tatsächlichen Umstände abzustellen ist.¹¹ Entsprechend ist die Ausübung bzw. Nichtausübung der verschiedenen vereinbarten Optionen nicht Gegenstand der vorliegenden vorläufigen Prüfung. Vielmehr wird davon ausgegangen, dass die Kontrolle im in der Meldung beschriebenen

Sinne ausgeübt und beibehalten wird. Da bereits aufgrund des Erwerbes von [...] % der Aktien alleinige Kontrolle der Tamedia bestehen wird, würde der Erwerb der übrigen Aktien zudem ohnehin nichts an den Kontrollverhältnissen ändern.

B.1.2.1 Beteiligte Unternehmen

16. Bei der Erlangung der Kontrolle gelten sowohl die kontrollierenden als auch die kontrollierten Unternehmen als beteiligte Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU).

17. Als beteiligte Unternehmen sind damit Tamedia und Starticket zu bezeichnen.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

B.3 Meldepflicht

19. 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 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).

20. Die Umsätze der beteiligten Unternehmen werden in der Meldung wie folgt angegeben:¹²

	Tamedia	Starticket	insgesamt
Schweiz	1'052	[...]	[...]
Weltweit	1'052	[...]	[...]

Tabelle 1: Umsatz der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2012 (in Mio. CHF)

21. Wie aus der Tabelle hervorgeht, werden die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG vorliegend nicht erreicht. Gemäss Art. 9 Abs. 4 KG besteht jedoch ungeachtet des Erreichens dieser Umsatzschwellen eine Meldepflicht, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach Kartellgesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat und der Zusammenschluss diesen oder einen solchen Markt betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

22. Mit Verfügung vom 1. Dezember 1997 hat die Wettbewerbskommission in einem Verfahren nach Kartellgesetz festgestellt, dass die Edipresse-Gruppe auf dem Markt für überregionale Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz und dem Markt für regionale Tageszeitungen der Regionen Genf und Lausanne marktbeherrschend ist.¹³ Seit dem Erwerb der Aktien-

mehrheit an PPSR und der damit verbundenen Übernahme des schweizerischen Geschäfts der Edipresse-Gruppe durch Tamedia¹⁴ entfaltet die rechtskräftige Feststellung der Marktbeherrschung auf den oben genannten Märkten auch Wirkung auf die ganze Tamedia-Gruppe.

⁷ Vgl. Meldung, Rz 25.

⁸ Vgl. Meldung, Rz 25 ff.

⁹ Vgl. Aktionärsbindungsvertrag (Beilage 7 zur Meldung), insb. Ziff. 5.

¹⁰ Vgl. Meldung, Rz 28; Aktienkaufvertrag (Beilage 6 zur Meldung), Ziff. 2.7 f.

¹¹ Vgl. RPW 2005/2, 313 f. Rz 26, *Tamedia AG/Edipresse SA/Homegate AG*; vgl. auch RPW 2013/1, 81 Rz 6, *Tamedia/Ringier/Job.ch/Jobup*.

¹² Vgl. Meldung, Rz 35 ff.

¹³ Vgl. RPW 1998/1, 61 Rz 96, *Le Temps*.

¹⁴ Vgl. RPW 2009/3, 245 ff., *Tamedia/PPSR*.

23. Nach der ständigen Praxis der WEKO gilt ein Markt als benachbart zu einem anderen Markt, wenn er Güter umfasst, die mit den Gütern des betroffenen Marktes bis zu einem gewissen Grad substituierbar sind und deren Nachfrage parallel verläuft oder wenn komplementäre Beziehungen vorliegen.¹⁵

24. Starticket ist neben ihrer Haupttätigkeit im Bereich des Ticketvertriebs auch auf Märkten für (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen tätig. Dies einerseits über bannerähnliche Hinweise auf verschiedene Veranstaltungen oder Veranstaltungsorte auf der Website der Starticket und andererseits über einen elektronischen Newsletter per E-Mail und eine gedruckte Broschüre, die gleichzeitig auf der Website als E-Paper verfügbar ist.¹⁶

25. Die REKO/WEF hat festgehalten, dass sich aufgrund der Ortsunabhängigkeit des Internets auch nationale Internetportale als substitutive Werbeträger für regionale (und lokale) Inserenten eignen, welche Rubrikanzeigen platzieren wollen. Daher umfasse der Werbeteilmarkt der Rubrikanzeigen (Kontakte, Stellen, Immobilien und sonstige Kleinanzeigen) grundsätzlich Tageszeitungen (u. U. auch lokale Anzeiger) sowie entsprechende Internetportale. Gleiches gelte sinngemäss auch für Ankündigungsanzeigen, welche ebenfalls als „Suchanzeigen“ von Inserenten im Internet platziert werden könnten.¹⁷

26. Die Website von Starticket ist in verschiedenen Sprachen und in der ganzen Schweiz verfügbar. Damit umfasst der Tätigkeitsbereich von Starticket auch die französischsprachige Schweiz wie insbesondere die Regionen Genf und Lausanne. Die von Tamedia vertriebenen überregionalen Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz und regionalen Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne enthalten ebenfalls Ankündigungsanzeigen für Events, Kino etc. Darüber hinaus verfügen die genannten Tageszeitungen über Websites, auf denen ebenfalls Werbung geschaltet werden kann. Entsprechend ist davon auszugehen, dass Starticket auf Märkten tätig ist, die zu den Märkten für überregionale Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz und für regionale Tageszeitungen der Regionen Genf und Lausanne benachbart sind.

27. Überdies wird auf der Website von Starticket gelegentlich Bannerwerbung publiziert.¹⁸ Demgemäss ist Starticket ebenfalls im Bereich der Online-Firmenwerbung tätig. Da auch die Benachbarkeit der Märkte für Firmenwerbung zu den Märkten für überregionale Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz und für regionale Tageszeitungen der Regionen Genf und Lausanne grundsätzlich zu bejahen ist, sind die Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 4 KG insgesamt erfüllt und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben erweist sich als meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

28. Gemäss Art. 10 Abs. 1 KG unterliegen meldepflichtige Zusammenschlüsse der Prüfung durch die WEKO, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken.

29. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten einzelne oder mehrere Unternehmen als marktbeherrschend, wenn sie auf

einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

30. Unternehmen sehen sich in ihren Verhaltensspielräumen durch ihre aktuellen und potenziellen Konkurrenten beschränkt. Die voraussichtliche Marktstellung der Parteien nach dem Zusammenschluss ergibt sich folglich daraus, ob nach Realisierung ihres Vorhabens genügend aktuelle und potenzielle Konkurrenten verbleiben, die das Verhalten der Parteien nach dem Zusammenschluss disziplinieren werden.

31. 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

32. 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).

33. Für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben sind die folgenden sachlichen Märkte relevant:

B.4.1.1.1 Markt für Ticketvertrieb

34. Unternehmen, die als Anbieter auf dem Markt für Ticketvertrieb tätig sind, bieten in der Regel einerseits Ticketvertriebsleistungen über verschiedene Vertriebskanäle und andererseits Software, die den Abnehmern den Eigenvertrieb von Tickets ermöglichen, an.¹⁹ Die Marktgegenseite bilden daher sowohl Unternehmen, die Ticketvertriebsdienstleistungen durch einen Dritten – sog. Fremdvertrieb – nachfragen, als auch Unternehmen, welche Software zur eigenständigen Vornahme des Vertriebs von Tickets für die von ihnen veranstalteten Anlässe bzw. zu ihrem Angebot – sog. Eigenvertrieb – nachfragen.²⁰

35. Ob beim Markt für Ticketvertrieb – wie in der Meldung geltend gemacht²¹ – der Vertrieb von Kinotickets miteinzuberechnen ist oder ob dieser einen eigenen Markt darstellt, kann für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben – wie unter Rz 47 aufgezeigt wird – offen bleiben.

¹⁵ Vgl. RPW 2006/4, 622 Rz. 5, Beratungen: *Meldepflicht der Emmi AG* gemäss Art. 9 Abs. 4 KG, RPW 2006/2, 293 Rz. 32, *Swisscom Euro-spot AG/Core Communications Corporation*.

¹⁶ Vgl. hinten Rz 32 ff.

¹⁷ Vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2006/2, 382 f. E. 8.3.2 und E. 8.3.3, *Tamedia/BZ/20 Minuten*.

¹⁸ Vgl. hinten Rz 32 ff.

¹⁹ Vgl. auch Meldung, Rz 9 f.

²⁰ Vgl. RPW 2012/1, 103 Rz 161, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

²¹ Vgl. Meldung, Rz 65 f.

B.4.1.1.2. Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen

36. Der Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen umfasst auf der Angebotsseite den Betreiber einer Online-Plattform für Ankündigungsanzeigen oder den Herausgeber eines Print-Mediums und auf der Nachfrageseite Leser von Ankündigungsanzeigen bzw. Nutzer von Online-Plattformen, über welche Ankündigungsanzeigen geschaltet werden.

B.4.1.1.3. Markt für [Inserenten in] (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen

37. In der Meldung wird geltend gemacht, dass Starticket nicht auf dem Markt für (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen tätig sei, da ein Veranstalter, der den Ticketverkauf nicht über Starticket abwickle, keine Möglichkeit habe, auf der Website, im elektronischen Newsletter oder in der gedruckten Broschüre von Starticket für seine Veranstaltung zu werben. Daher betreibe Starticket lediglich Eigenwerbung für die eigenen Angebote, sei aber mangels eines entsprechenden Angebots nicht in den Werbemärkten für Ankündigungsanzeigen tätig.²² Der Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen umfasst auf der Angebotsseite den Betreiber einer Online-Plattform für Ankündigungsanzeigen oder den Herausgeber eines Print-Mediums und auf der Nachfrageseite Inserenten von Ankündigungsanzeigen, die für eine bestimmte Veranstaltung Werbung betreiben möchten. Dabei spielt es grundsätzlich keine Rolle, unter welchen konkreten Vertragsbedingungen ein Inserent eine solche Ankündigungsanzeige schalten kann. Insofern ist es für die vorliegende Beurteilung unerheblich, dass das Inserieren auf der Website und in der Broschüre von Starticket an den Vertrieb der Tickets gekoppelt ist. Müssten die Märkte je nach Ausgestaltung der konkreten Vertragsbedingungen im Einzelfall stets anders abgegrenzt werden, würde dies zudem zu erheblichen Abgrenzungsproblemen führen. Für die Zuordnung zum Markt für Inserenten von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen spricht überdies, dass die Ankündigungsanzeigen auf den Websites, im Newsletter und in der Broschüre von Starticket für die Nutzer/Leser klarerweise ein Substitut für Ankündigungsanzeigen in anderen Print-Medien oder auf anderen Websites darstellen. Aufgrund der Zweiseitigkeit dieser Märkte ist für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben auch für die Inserentenseite von der Substituierbarkeit auszugehen. Entsprechend ist festzuhalten, dass Starticket ebenfalls auf dem Markt für [Inserenten in] (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen tätig ist.

B.4.1.1.4. Markt für Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen

38. Gemäss Meldung ist insgesamt ein Markt für Online-Firmenwerbung abzugrenzen, welcher nicht weiter zu unterteilen sei.²³ Nach Praxis der Wettbewerbskommission ist im Bereich der Online-Firmenwerbung jedoch zwischen statischen Werbeformen (insbesondere Bannerwerbung) und dynamischen Werbeformen (insbesondere Suchmaschinen- und Netzwerkwerbung) zu unterscheiden. Zudem wird in dem Bereich zwischen der Vermittlung und der Bereitstellung von Werbeflächen unterschieden.²⁴ Gemäss Meldung ist Starticket nicht im

Markt für die Vermittlung von Werbeflächen tätig.²⁵ Ausserdem bietet Starticket auf ihrer Website nur statische Werbeformen (v. a. Bannerwerbung) an und keine dynamischen.²⁶ Im vorliegenden Fall rechtfertigt es sich entsprechend, nachfolgend nur den sachlich relevanten Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen weiter zu analysieren.

B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte

39. 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 Ticketvertrieb

40. Wie im Entscheid Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich²⁷ rechtfertigt es sich auch für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben von einem nationalen Markt für den Ticketvertrieb auszugehen.

B.4.1.2.2. Märkte für (Print-/Online-)Ankündigungsanzeigen

41. In Bezug auf die Märkte für (Print-/Online-)Ankündigungsanzeigen wird in der Meldung geltend gemacht, es rechtfertige sich vorliegend, auf eine Unterteilung in Grossräume zu verzichten, da die Marktanteile in den einzelnen Grossräumen kaum oder nur geringfügig von jenen in den Sprachräumen abweichen dürften. Eine auf Sprachräume fokussierte Betrachtung sei auch deshalb angezeigt, weil Ankündigungsanzeigen je länger je mehr im Internet publiziert würden.²⁸

42. Dementsprechend kann für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben im Sinne einer Vereinfachung und aufgrund der geringen Aktivitäten von Starticket in diesem Bereich auf eine zusätzliche Abgrenzung der räumlich relevanten Märkte in Grossräume verzichtet werden. Daher werden für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens in räumlicher Hinsicht sprachregionale Märkte abgegrenzt.

B.4.1.2.3. Markt für Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen

43. Der Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen wurde bisher sprachregional abgegrenzt.²⁹ Auch für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist eine räumliche Markttabgrenzung nach Sprachregionen vorzunehmen.

²² Vgl. Meldung, Rz 45.

²³ Vgl. Meldung, Rz 50.

²⁴ Vgl. RPW 2012/3, 685 Rz 62, *Tamedia/Giacomo Salvioni/20 minuti/TIO*; RPW 2012/1, 142 Rz 45, *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*.

²⁵ Vgl. Meldung, Rz 49.

²⁶ Vgl. Meldung, Rz 51.

²⁷ RPW 2012/1 105 Rz 170 ff. *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

²⁸ Vgl. Meldung, Rz 55.

²⁹ Vgl. RPW 2012/3 673 Rz 42 ff. *Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet*; RPW 2012/1 142 Rz 51 *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

B.4.2.1 Betroffene Märkte

44. 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.

45. Gemäss Meldung präsentieren sich die Marktanteile von Tamedia und Starticket auf den relevanten Märkten wie folgt:³⁰

Markt	Marktanteile im Geschäftsjahr 2012		
	Tamedia	Starticket	gemeinsam
Markt für Ticketvertrieb ohne Kinoeintritte	[0-10] %	[0-10] – [10-20] % ³¹	[0-10] – [10-20] %
Markt für Ticketvertrieb inkl. Kinoeintritte	< [0-10] % ³²	[0-10] – [0-10] % ³³	[0-10] – [0-10] %
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der Deutschschweiz	[10-20] %	[0-10] %	[10-20] %
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der französischen Schweiz	[30-40] %	[0-10] %	[30-40] %
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der italienischen Schweiz	[0-10] %	[0-10] %	[10-20] %
Markt für (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der Deutschschweiz	[10-20] %	< [0-10] %	< [10-20] %
Markt für (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der französischen Schweiz	[10-20] %	< [0-10] %	< [10-20] %
Markt für (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der italienischen Schweiz	[0-10] %	< [0-10] %	< [0-10] %
Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der Deutschschweiz	[30-40] %	< [0-10] %	< [30-40] %
Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der französischen Schweiz	[40-50] %	< [0-10] %	< [50-60] %
Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der italienischen Schweiz	[30-40] %	< [0-10] %	< [30-40] %

Tabelle 2: Marktanteile der beteiligten Unternehmen gemäss Meldung

46. Wie aus Tabelle 2 hervorgeht, liegen vorliegend die folgenden betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor:

- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der französischen Schweiz
- Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der Deutschschweiz
- Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der französischen Schweiz
- Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der italienischen Schweiz

47. Im Markt für Ticketvertrieb sind die Marktanteile von Tamedia und Starticket bei allen Berechnungsarten und auch bei einer weiten Marktabgrenzung so tief, dass

kein betroffener Markt nach Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegt.

B.4.2.2 Aktueller Wettbewerb

48. Nachfolgend wird eine Analyse der aktuellen Wettbewerbssituation vorgenommen.

³⁰ Vgl. Meldung, Rz 58 ff.

³¹ In der Meldung wird geltend gemacht, dass der Marktanteil von Starticket, je nach Berechnungsmethode [0-10] % oder [10-20] % betrage. Nach der in der Meldung vertretenen Ansicht sei der Marktanteil von [10-20] % deshalb zu hoch, weil darin kleinere Veranstaltungen unberücksichtigt blieben (vgl. Meldung, Rz 66).

³² Gemäss Meldung variiert der Marktanteil je nach Berechnungsart.

³³ Gemäss Meldung variiert der Marktanteil je nach Berechnungsart.

49. Bei den betroffenen Märkten handelt es sich durchwegs um Märkte im Online-Bereich. Diese zeichnen sich durch einen ständigen technologischen Wandel aus, der in der Regel auch eine sehr dynamische Entwicklung der Marktanteile nach sich zieht. Daher ist in diesen Märkten zu berücksichtigen, dass selbst hohe Marktanteile nicht zwingend eine marktbeherrschende Stellung nach sich ziehen müssen.

B.4.2.3 Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der französischen Schweiz

50. Die Marktanteilsentwicklung in den letzten drei Jahren präsentiert sich nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:³⁴

		Gesamtmarkt	Parteien		Wettbewerber		
			Tamedia	Starticket	Cinergy AG	LautundSpitz Medien GmbH	Schweiz Tourismus
2012	# Nutzer (Tsd)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100	[30-40]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
2011	# Nutzer (Tsd)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100	[30-40]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
2010	# Nutzer (Tsd)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100	[30-40]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]

Tabelle 3: Marktanteile im Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der französischen Schweiz

51. Im Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der französischen Schweiz hat die Tamedia einen Marktanteil von [30-40] % und Starticket einen Marktanteil von [0-10] %. Es kommt also nur zu einer geringen Marktanteilsaddition, welche vorliegend voraussichtlich zu keinen wesentlichen Veränderungen an der Marktposition von Tamedia führen wird.

52. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die Marktanteile von Tamedia in den letzten Jahren eher rückläufig waren, während die Marktanteile der drei grössten Wettbewerber – welche zur Zeit zwischen [0-10] % und [0-10] % betragen – tendenziell stiegen bzw. stagnierten.

53. Aufgrund der niedrigen Marktanteilsaddition und der noch ausreichenden aktuellen Konkurrenz kann davon ausgegangen werden, dass der Zusammenschluss nicht zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der französischen Schweiz führen wird.

B.4.2.4 Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der Deutschschweiz

54. Die Marktanteilsentwicklung in den letzten drei Jahren präsentiert sich nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:³⁵

³⁴ Vgl. Beilage 10 zur Meldung.

³⁵ Vgl. Beilage 11 zur Meldung.

		Gesamtmarkt	Parteien		Wettbewerber		
			Tamedia	Starticket	Ringier	Swisscom	MSN Microsoft
2012	Tsd CHF	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100	[30-40]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
2011	Tsd CHF	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100	[30-40]	[0-10]	[0-10]	[10-20]	[10-20]
2010	Tsd CHF	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100	[20-30]	[0-10]	[0-10]	[10-20]	[0-10]

Tabelle 4: Marktanteile im Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der Deutschschweiz

55. Zur Zeit verfügt Tamedia im Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der Deutschschweiz über einen Marktanteil von [30-40] %; jener von Starticket liegt [bei 0-10] %. Durch das Zusammenschlussvorhaben kommt es in diesem Bereich also lediglich zu einer äusserst geringen Marktanteilsaddition. Der grösste Wettbewerber im Markt – Ringier – verfügt demgegenüber über einen in den letzten Jahren konstant gebliebenen Marktanteil von rund [0-10] %. Daneben gibt es zwei weitere relativ grosse Konkurrenten mit Marktanteilen von zwischen [0-10] % und [0-10] %.

56. Insgesamt ergeben sich demzufolge keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben auf dem Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der Deutschschweiz zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen wird.

B.4.2.5 Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der französischen Schweiz

57. Die Marktanteilsentwicklung in den letzten drei Jahren präsentiert sich nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:³⁶

		Gesamtmarkt	Parteien		Wettbewerber		
			Tamedia	Starticket	Swisscom	MSN Micro- soft	Virtual Networks
2012	Tsd CHF	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100	[40-50]	[0-10]	[10-20]	[10-20]	[0-10]
2011	Tsd CHF	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100	[30-40]	[0-10]	[10-20]	[10-20]	[0-10]
2010	Tsd CHF	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100	[20-30]	[0-10]	[10-20]	[10-20]	[0-10]

Tabelle 5: Marktanteile im Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der französischen Schweiz

58. Tamedia verfügt im Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der französischen Schweiz derzeit über einen Marktanteil von [40-50] %, während Starticket einen solchen von [0-10] % aufweist. Durch den geplanten Zusammenschluss kommt es praktisch zu keiner Marktanteilsaddition. Al-

lerdings können auch niedrige Marktanteilsadditionen in der Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen

³⁶ Vgl. Beilage 12 zur Meldung.

nicht zwangsläufig als unproblematisch angesehen werden, falls das übernehmende Unternehmen über eine starke Stellung verfügt. Wie soeben ausgeführt, hat Tamedia einen Marktanteil von [40-50] % und somit eine starke Stellung auf dem Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der französischen Schweiz. Obwohl somit eine Marktanteilsaddition zu Gunsten des stärksten Marktteilnehmers erfolgt, wird dies jedoch dadurch relativiert, dass mit Swisscom, MSN Microsoft und Virtual Networks drei grössere Wettbewerber vorhanden sind, die alle über einen Marktanteil von zwischen [0-10] % und [10-20] % verfügen. Daraus folgt, dass das Zusammenschlussvorhaben auf dem Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der französischen Schweiz vor-

raussichtlich zu keiner Änderung der Wettbewerbsverhältnisse führen wird.

59. Insgesamt ergeben sich keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben auf dem Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der französischen Schweiz zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen wird.

B.4.2.6 Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der italienischen Schweiz

60. Die Marktanteilsentwicklung in den letzten drei Jahren präsentiert sich nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:³⁷

		Gesamtmarkt	Parteien		Wettbewerber		
			Tamedia	Starticket	Regiopress SA	Swisscom	TImedia
2012	Tsd CHF	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100	[30-40]	[0-10]	[10-20]	[10-20]	[10-20]
2011	Tsd CHF	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100	[20-30]	[0-10]	[10-20]	[10-20]	[10-20]
2010	Tsd CHF	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100	[20-30]	[0-10]	[10-20]	[10-20]	[10-20]

Tabelle 6: Marktanteile im Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der italienischen Schweiz

61. Im Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der italienischen Schweiz verfügt Tamedia zur Zeit über einen Marktanteil von [30-40] % und Starticket über [einen solchen von 0-10] %. Entsprechend führt das Zusammenschlussvorhaben lediglich zu einer äusserst geringen Marktanteilsaddition. Zudem ist mit der Regiopress SA ein starker Wettbewerber vorhanden, der in den letzten Jahren tendenziell Marktanteile dazugewonnen hat und im Jahr 2012 über einen Marktanteil von rund [10-20] % verfügte. Auch beim zweit – und drittgrössten Wettbewerber handelt es sich um relativ starke Konkurrenten mit Marktanteilen von [10-20] % bzw. [10-20] %. Demzufolge ist davon auszugehen, dass das Zusammenschlussvorhaben auf dem Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der italienischen Schweiz voraussichtlich zu keiner Änderung der Wettbewerbsverhältnisse führen wird.

62. Aufgrund der obigen Ausführungen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der vorliegende Zusammenschluss auf dem Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der italienischen Schweiz zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen wird.

B.4.3 Nebenabreden

63. 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.³⁸

64. In der Meldung wird eine Nebenabrede in Form eines Konkurrenzverbots für die Veräusserer von Starticket geltend gemacht. Dieses gelte für [...] im sachlichen und räumlichen Geschäftsbereich von Starticket

³⁷ Vgl. Beilage 13 zur Meldung.

³⁸ Vgl. RPW 2012/1, 139 Rz 16, *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*, m. w. H.

(Betrieb einer Ticketingorganisation in der Schweiz). Dieses Konkurrenzverbot sei damit zeitlich, räumlich und sachlich so begrenzt, dass es nach der WEKO-Praxis unmittelbar mit dem Zusammenschluss verbunden und für dessen Durchführung notwendig sei.³⁹

65. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die Wettbewerbskommission 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 sind⁴⁰ (EU-Bekanntmachung) gerichtet.⁴¹

66. 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.⁴²

67. Das Kriterium der Notwendigkeit bedeutet, dass ohne die fragliche Abrede der Zusammenschluss entweder überhaupt nicht oder nur unter deutlich ungünstigeren 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.⁴³

68. Der Erwerber hat im Allgemeinen ein grösseres Schutzinteresse als der Veräusserer. Daher gilt grundsätzlich die Regel, dass Einschränkungen, welche den Veräusserer begünstigen, entweder nicht mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind oder von ihrem Geltungsbereich und/oder ihrer Geltungsdauer her stärker eingegrenzt werden müssen als den Erwerber begünstigende Klauseln.⁴⁴

69. Das zulässige zeitliche Mass für Konkurrenzverbote beträgt drei Jahre, wenn mit dem Unternehmen sowohl der Geschäftswert als auch Know-how übertragen wird, beziehungsweise zwei Jahre, wenn nur der Geschäftswert Gegenstand der Transaktion ist.⁴⁵

70. Der räumliche Geltungsbereich von Wettbewerbsverboten muss sich auf das Gebiet beschränken, in dem der Veräusserer die betreffenden Waren oder Dienstleistungen bereits vor der Unternehmensübertragung angeboten hat, da der Erwerber in Gebieten, in denen der

Veräusserer zuvor nicht präsent war, nicht geschützt zu werden braucht. Der räumliche Geltungsbereich kann auf Gebiete erstreckt werden, in denen der Veräusserer zum Zeitpunkt der Unternehmensübertragung geschäftlich tätig zu werden plante, sofern er bereits entsprechende Investitionen getätigt hat.⁴⁶

71. In gleicher Weise müssen sich Wettbewerbsverbote auf die Waren — einschliesslich verbesserter oder aktualisierter Versionen sowie Nachfolgemodelle — und Dienstleistungen beschränken, die den Geschäftsgegenstand des übertragenen Unternehmens bilden. Hierzu können auch Waren und Dienstleistungen zählen, die sich zum Zeitpunkt der Übertragung in einem fortgeschrittenen Entwicklungsstadium befinden, oder fertig entwickelte Erzeugnisse, die noch nicht auf den Markt gebracht wurden. Der Schutz des Erwerbers vor dem Wettbewerb des Veräusserers in Produkt- oder Dienstleistungsmärkten, in denen das zu übertragende Unternehmen vor der Übertragung noch nicht tätig war, wird als unnötig erachtet.⁴⁷

72. Klauseln, die das Recht des Veräusserers einschränken, Anteile an einem Unternehmen zu erwerben oder zu halten, das mit dem übertragenen Unternehmen im Wettbewerb steht, gelten unter denselben Bedingungen wie bei den zuvor genannten Wettbewerbsverboten als mit der Durchführung des Zusammenschlusses verbunden und für diese notwendig, es sei denn, sie hindern den Veräusserer daran, Anteile allein zu Investitionszwecken zu erwerben oder zu halten, ohne dass damit direkt oder indirekt Leitungsfunktionen oder ein materieller Einfluss im Konkurrenzunternehmen verbunden sind.⁴⁸

73. Das Konkurrenzverbot entspricht in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht den Vorgaben der Praxis der Wettbewerbskommission bzw. der EU-Kommission und kann daher als zulässige Nebenabrede qualifiziert werden.

B.5 Ergebnis

74. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf dem Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der französischen Schweiz oder auf den Märkten für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

75. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

³⁹ Vgl. Meldung, Rz 30 f.

⁴⁰ ABl. C 56/24 vom 5.3.2005.

⁴¹ Vgl. RPW 2012/1 139 f. Rz 18 ff. *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*, RPW 2010/3, 505 Rz 65, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

⁴² Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 12.

⁴³ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 13.

⁴⁴ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 17.

⁴⁵ Vgl. RPW 2012/1 139 f. Rz 18 ff. *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*, RPW 2010/3, 505 Rz 65, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

⁴⁶ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 22.

⁴⁷ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 23.

⁴⁸ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 25.

B 2.3	7. PubliGroupe/S1TV
-------	----------------------------

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 3. September 2013

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 24. August 2013

A Sachverhalt

A.1 Vorhaben

1. Am 5. August 2013 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben betreffend die Begründung gemeinsamer Kontrolle über die S1TV AG durch die Publigroupe S.A. und ihre Tochtergesellschaften (zusammen PubliGroupe; nachfolgend: PG) und die Gründer der S1TV AG (Michael Gut, Bernhard Lussi sowie die VP HOLDING AG [nachfolgend: VP HOLDING], die von Andreas Auerbach kontrolliert wird) (nachfolgend: die Gründer) erhalten.¹

2. Die S1TV AG wurde von den Gründern zum Zweck der Lancierung des neuen Schweizer Fernsehsenders S1TV gegründet.² Die Gründer sind mit [...] am Aktienkapital von S1TV AG beteiligt und treffen die wesentlichen geschäftlichen Entscheidungen einstimmig.³ Seitens der PG ist weder [...] geplant.⁴

3. Die PG [...] und erhält im Gegenzug das exklusive Recht, den gesamten Werberaum letzterer exklusiv zu vermarkten.⁶ Zudem werden ihr die nachfolgenden Rechte eingeräumt:

- Das exklusive Recht, sämtliche bestehende und zukünftige kommerzielle Angebote von S1TV, d.h. den gesamten Werberaum, [...] durch ihre Tochtergesellschaft Publicitas zu vermarkten.⁷ Die Einräumung dieses ausschliesslichen Vermarktungsrechts [ist an die] [...] [durch die PG geknüpft] [...].⁸
- [Aufgrund des] [...] [verfügt die PG über verschiedene vertraglich eingeräumte Kontrollrechte].
- [...].⁹
- [...].¹⁰
- [...].¹¹

A.2 Parteien

A.2.1 PubliGroupe

4. Die Publigroupe S.A. ist eine Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht mit Sitz in Lausanne, Schweiz. PG ist auf internationaler Ebene aktiv im Bereich Marketing von Printmedien und digitalen Medien.

5. Die Geschäftstätigkeit der PG verteilt sich auf drei Hauptbereiche:

- Search & Find: Search & Find entwickelt und kommerzialisiert Instrumente für die Suche nach Personen, Firmen, Produkten, Dienstleistungen und praktischen Informationen. Dieser Bereich umfasst unter anderem die Vermarktung im Online-Bereich, sowie die LTV Gelbe Seiten (mit den Internetportalen www.gelbeseiten.ch, www.weisseseiten.ch und www.local.ch) und Swisscom Directories, die Gemeinschaftsunternehmen welche mit Swisscom gemeinsam kontrolliert werden.¹²
- Digital Marketing Services: Dieser Bereich konzentriert sich auf Marketingdienstleistungen und Technologien, welche - insbesondere im digitalen und interaktiven Bereich - die Performance und den Return on Investment der Marketingmassnahmen ihrer Kunden erzielen. Insbesondere stellt PG seinen Kunden diese Marketing und Technologiedienstleistungen durch folgende Unternehmen zur Verfügung: (1) SVB media, eine Mediaagentur in den Niederlanden (2) Zanox, ein Unternehmen, das im Bereich Affiliate und Suchwortmarketing tätig ist, an welchem PG eine Minderheitsbeteiligung von 47.5 % hält und (3) ImproveDigital, ein Unternehmen in den Niederlanden, das Inhabern digitaler Medien in Echtzeit Werbe-Technologien bereit stellt.¹³
- Media Sales: Der Geschäftsbereich Media Sales umfasst die Gesellschaften und Geschäftseinheiten der Publicitas S.A. (gemeinsam Publicitas), einer Tochtergesellschaft von PG. Der Geschäftsbereich Media Sales vermarktet Werbeangebote in verschiedenen Medien (Presse, Internet, Radio, Kino, Mobile) in der Schweiz und im Ausland. PG bzw. Publicitas sind zurzeit jedoch nicht als Betreiber einer Fernsehstation tätig.¹⁴ Bezüglich der Vermittlung audiovisueller Werbung in der Schweiz fallen die Aktivitäten der PG hauptsächlich in den Be-

¹ Meldung vom 5. August 2013 Rz 3 ff. (nachfolgend: Meldung).

² Meldung Rz 22.

³ Meldung Rz 23. Die Gründer müssen über folgende Geschäfte einstimmig Beschluss fassen: [...].

⁴ Angaben vom 22. Juli 2013 (E-Mail Schellenberg Wittmer).

⁵ Meldung Rz 40 und [...] vom 11. Juli 2013 (Beilage 7 der Meldung; nachfolgend: [...]).

⁶ Meldung Rz 45 und [...] vom 11. Juli 2013 (Beilage 9 der Meldung; nachfolgend: [...]).

⁷ Meldung Rz 45.

⁸ Meldung Rz 52.

⁹ Meldung Rz 47, [...] (Beilage 7 der Meldung) (Fn 5), Ziff. 5 Bst. d.

¹⁰ Meldung Rz 48 und [...] (Beilage 7 der Meldung) (Fn 5), Ziff. 5 Bst. a und c.

¹¹ Meldung Rz 49 und [...] (Beilage 9 der Meldung) (Fn 6), Ziff. 3.5.

¹² RPW 2010/3, 785, *Swisscom Directories AG/PubliDirect Holding AG*; Meldung Rz 11.

¹³ RPW 2007/3, 440, *Publicitas AS Venture/Zanox*; RPW 2009/3, 241, *PubliGroupe/AS Venture/Digital Window*; RPW 2013/1, 93, *PubliGroupe/ImproveDigital*.

¹⁴ Meldung Rz 11.

reich der Vermarktung von Kinowerbung. Mit der Vermittlung von Radiowerbung wird nur ein marginaler Umsatz in Frankreich erzielt und im Bereich der Vermittlung von TV-Werbung erzielt die Tochtergesellschaft Denon einen geringen Umsatz.¹⁵

A.2.2 VP HOLDING AG

6. Die VP HOLDING ist eine Beteiligungsgesellschaft, die in IT Projekte im Bereich der Telekommunikation und Multimedia investiert. Sie wird von Andreas Auerbach kontrolliert und hält als Beteiligungen zurzeit [...] des Kapitals der S1TV AG¹⁶ und [...] % am Kapital der VoicePublishing AG.

7. Die VoicePublishing AG ist ein Dienstleistungsunternehmen im Bereich Telekommunikation, welches eine Technologie zur Platzierung von verhaltens- und geogesteuerter digitaler Werbung anbietet. In der Vermittlung oder Vermarktung von Werbung ist VoicePublishing AG hingegen nicht aktiv.¹⁷

A.2.3 Michael Gut

8. Michael Gut hält eine Beteiligung [...] am Kapital der S1TV AG.¹⁸ Zudem kontrolliert er das Unternehmen Production Head GmbH (nachfolgend: Production Head). Die Production Head erbringt Dienstleistungen in den Bereichen Liegenschaftsverwaltung und Event-Marketing, d.h. sie ist nicht im Mediensektor und insbesondere nicht im Bereich der Vermarktung von Werbung aktiv.¹⁹

A.2.4 Bernhard Lussi

9. Bernhard Lussi verfügt, nebst der Beteiligung [...] am Kapital der S1TV AG über keine (mit-)kontrollierenden Beteiligungen an Unternehmen.²⁰

A.3 Ziele des Zusammenschlusses

10. Gemäss den Parteien ist die PG als Vermarkterin von Werbung zurzeit insbesondere in den Bereichen Print, Online- und Kinowerbung aktiv. [...].²¹

A.4 Verfahren

11. Am 10. Juli 2013 ging beim Sekretariat der Meldungsentswurf zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben ein mit dem Gesuch um vorläufige Abklärung der Meldepflicht. Mit Schreiben vom 31. Juli 2013 informierte das Sekretariat die Parteien im Rahmen einer Beratung im Sinne von Art. 23 Abs. 2 KG, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben als meldepflichtig zu qualifizieren sei. Darauf folgend bestätigte das Sekretariat mit Schreiben vom 2. August 2013 einerseits die Vollständigkeit des Meldungsentwurfs und bat andererseits um die Einreichung gewisser Angaben im Rahmen von Art. 15 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

12. Am 5. August 2013 reichten die Parteien die Meldung gemäss Art. 9 Abs. 4 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) in Verbindung mit Art. 9 Abs. 1 Bst. b VKU sowie die im Rahmen von Art. 15 Abs. 1 VKU verlangten Angaben ein.

13. Mit Schreiben vom 6. August 2013 bestätigte das Sekretariat den Eingang und die Vollständigkeit der

Meldung. Gemäss Art. 20 Abs. 1 VKU beginnt die Frist von einem Monat für die Einleitung des Prüfungsverfahrens am Tag nach Eingang der vollständigen Meldung, im vorliegenden Fall daher am 6. August 2013, und endet am 6. September 2013.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

14. Das Kartellgesetz 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

15. 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).

16. Am vorliegenden Zusammenschluss sind nebst den juristischen Personen PG und VP HOLDING auch Michael Gut und Bernhard Lussi beteiligt.²² Die WEKO hat festgehalten, dass natürliche Personen unter den Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG fallen, wenn sie als Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess beteiligt sind. Ob eine natürliche Person noch eine andere wirtschaftliche Tätigkeit ausüben oder ein anderes Unternehmen kontrollieren muss, damit ihr Unternehmensqualität zukommt, wurde von der WEKO bisher offen gelassen.²³ Gemäss Praxis der WEKO kommt jedoch natürlichen Personen zumindest bezüglich einer Zusammenschlusskontrolle Unternehmensqualität im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu.²⁴ Somit sind alle an der Begründung der gemeinsamen Kontrolle über die S1TV AG beteiligten natürlichen und juristischen Personen als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

B.1.2.1 Kontrollerlangung

17. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG definiert den Begriff des Unternehmenszusammenschlusses als jeden Vorgang, durch den unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen oder Teile von diesem erlangt wird. Gemäss Art. 1 VKU erlangt ein Unternehmen die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise, wenn es dadurch die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die

¹⁵ Meldung Rz 79.

¹⁶ Meldung Rz 23.

¹⁷ Meldung Rz 13 f.

¹⁸ Meldung Rz 23.

¹⁹ Meldung Rz 15.

²⁰ Meldung Rz 16.

²¹ Meldung Rz 55.

²² Meldung Rz 3.

²³ RPW 2012/4, 847 Rz 10 ff., *Migros/Galaxus*.

²⁴ RPW 1999/3, 476 f., *Einheiten der Credit Suisse Group - Belcom Holding*; RPW 2000/2, 237 Rz 11, *Rätia Energie AG*; RPW 2011/3, 417 Rz 4 ff., *Tamedia/doodle AG*.

Tätigkeit des andern Unternehmens auszuüben. Die Möglichkeit bestimmenden Einfluss auszuüben muss auf Dauer angelegt sein.²⁵ Der bestimmende Einfluss muss sich, um als Grundlage des Kontrollwerbs zu genügen, auf die wesentlichen Fragen der Geschäftsführung und der allgemeinen Geschäftspolitik beziehen²⁶ und im Zusammenhang mit den Entscheidungen stehen, welche das Wettbewerbsverhalten des kontrollierten Unternehmens prägen. Namentlich sind dies Entscheidungen über Budget, Geschäftsplan, grössere Investitionen und die Besetzung der Unternehmensleitung.²⁷

18. Von zentraler Bedeutung ist, dass alleine die Möglichkeit, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des andern Unternehmens auszuüben genügt, um eine Kontrolle zu begründen.²⁸

19. Es ist unbedeutend, wie die Kontrolle erworben wird. Ausschlaggebend ist alleine, ob Auswirkungen auf das Marktverhalten und die Marktstruktur des übernommenen Unternehmens bestehen (oder bestehen könnten).²⁹ Um dies festzustellen, müssen alle tatsächlichen und rechtlichen Umstände berücksichtigt werden.³⁰ Die Kontrolle kann durch alle denkbaren Arten und Mittel begründet werden,³¹ so beispielsweise durch Managementverträge, personelle Verflechtungen oder auch wirtschaftliche Abhängigkeit.³² Letztere kann sich insbesondere auch durch einen [...] ergeben³³ und wird regelmässig erst zu einer faktischen Kontrolle führen, wenn die wirtschaftlichen Beziehungen zusammen mit anderen Verflechtungen ausreichen, um die Kontrollstruktur dauerhaft zu verändern.³⁴

20. Zur Begründung von Kontrolle ist somit keine bestimmte Beteiligungsschwelle erforderlich.³⁵ Die WEKO bestätigte dies in ihrem Entscheid NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN, in welchem eine gemeinsame Kontrolle aufgrund vertraglich eingeräumter Kontrollmöglichkeiten, ohne Vorliegen einer Kapitalbeteiligung, bejaht wurde.³⁶ Im erwähnten Fall beruhte die Kontrolle auf rein faktischen Einflussmöglichkeiten und nicht auf gesellschaftsrechtlichen Verbindungen. Auf Dauer angelegte Geschäftsbeziehungen, welche aufgrund mangelnder Ausweichmöglichkeiten zu einer existenziellen Abhängigkeit führen, können somit gegebenenfalls ausreichen, um eine bestimmende Einflussnahme auf die wesentlichen Entscheidungen des abhängigen Unternehmens zu ermöglichen.³⁷

B.1.2.2 Wirtschaftliche Abhängigkeit

[...]

21. [Aufgrund von verschiedenen wirtschaftlichen Beziehungen zwischen der PG und der S1TV AG und aufgrund von vertraglichen Kontrollrechten, die PG gegenüber der S1TV AG eingeräumt werden, ist das Sekretariat zum Schluss gelangt, dass die S1TV AG wirtschaftlich von der PG abhängig ist. Die wirtschaftliche Abhängigkeit ergibt sich insbesondere durch den exklusiven Vermarktungsvertrag, gemäss welchem der Publicitas das Recht eingeräumt wird, den gesamten Werberaum von S1TV zu vermarkten. Gemäss Meldung hat dies zur Folge, dass so gut wie der gesamte Umsatz der S1TV mit der Publicitas erwirtschaftet wird.³⁸]

B.1.2.3 [...]

[...]

B.1.2.3.4 Zwischenergebnis

22. Zusammenfassend ist zu diesen zusätzlichen Verflechtungen hervorzuheben, dass [...] [PG] Rechte eingeräumt werden, die über die Rechte von Minderheitsaktionären hinausgehen.³⁹ Dieser Umstand begünstigt die Bejahung der Mitkontrolle der PG an der S1TV AG.

B.1.2.4 Ergebnis

23. Die oben dargelegten Rechte gekoppelt mit der wirtschaftlichen Abhängigkeit, welche sich aufgrund des [...] und des exklusiven Vermarktungsvertrags ergibt, vermögen die Kontrollstruktur innerhalb der S1TV AG dauerhaft zu verändern und begründen somit die Mitkontrolle der PG. Ob die einzelnen Elemente für sich alleine zur Erlangung der Kontrolle ausgereicht hätten, kann hier offengelassen werden, da die Gesamtbetrachtung der Umstände massgebend ist.⁴⁰

24. [...]. Die Transaktion führt folglich zu einer Erhöhung der Anzahl der Unternehmen, die S1TV AG mitkontrollieren, da PG als mitkontrollierendes Unternehmen erachtet wird.⁴¹

²⁵ OLIVER P. KRONENBERG, US-amerikanisches Fusionskontrollverfahren, unter Berücksichtigung der Differenzen zu EU und Schweizer Recht, Zürich 2001, 36.

²⁶ Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG], BBl 1995 I 468, 550.

²⁷ RPW 2012/1, 148 Rz 32, NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN; vgl. SILVIO VENTURI/PASCAL G. FAVRE, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Tercier/Bovet (Hrsg.), 2013, Art. 4 Abs. 3 KG, N 97; MATTHIAS ULSHÖFER, Kontrollerwerb in der Fusionskontrolle: eine Untersuchung im europäischen, deutschen und US-amerikanischen Fusionskontrollrecht, 2003, 27.

²⁸ DIETER KRIMPHOVE, Europäische Fusionskontrolle, 1992, 241 f.

²⁹ ULSHÖFER (Fn 27), 25.

³⁰ RPW 2000/3, 417 Rz 14, Berner Oberland Medien AG/Kooperation der Berner Oberland AG mit der Berner Zeitung AG; ROLAND KÖCHLI/PHILIPPE M. REICH, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.) 2007, Art. 4 KG N 54; CR Concurrence-VENTURI/FAVRE (Fn 27), Art. 4 Abs. 3 KG N 84.

³¹ BBl 1995 I 468, 550 (Fn 26).

³² JÜRGEN BORER, Schweizerisches Kartellgesetz [KG], 3. Aufl. 2011, Art. 4 N 31.

³³ [...].

³⁴ Berichtigung der Konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rats über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 43/10 vom 21.2.2009 S. 4 ff., Rz 20 [im Folgenden: EU-Mitteilung Zuständigkeitsfragen].

³⁵ MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 3 KG N 245.

³⁶ RPW 2012/1, 148 Rz 32 ff., NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN; siehe auch KOMM, ABl. 1993 C 38/12, Volkswagen/VAG, wo eine gemeinsame Kontrolle aufgrund eines Koordinationsausschusses, der alle wichtigen Entscheide betreffend Unternehmenspolitik fällt, angenommen wurde, obwohl das kontrollierende Unternehmen keine Anteilsrechtsbeteiligung besass.

³⁷ CR Concurrence-VENTURI/FAVRE (Fn 27), Art. 4 Abs. 3 KG N 124; ULSHÖFER (Fn 27), 76.

³⁸ Meldung Rz 45; Vermarktungsvertrag zwischen S1TV AG und Publicitas S.A. vom 11. Juli 2013 betreffend Vermarktung S1 (Beilage 8 der Meldung; nachfolgend: Vermarktungsvertrag).

³⁹ Vgl. CR Concurrence-VENTURI/FAVRE (Fn 27), Art. 4 Abs. 3 KG N 100.

⁴⁰ Vgl. Fn 30.

⁴¹ Meldung Rz 43; Siehe dazu auch vorgehend Rz 17 ff.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

25. 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 Nebenabreden

26. Zu prüfen ist, ob das Vertragswerk der Parteien Wettbewerbsabreden enthält, die mit dem Zusammenschluss nicht unmittelbar verbunden sind und/oder für sein Funktionieren nicht notwendig sind. Abreden, die notwendig sind und in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Zusammenschlussvorhaben stehen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen. Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit nicht Nebenabreden in diesem Sinne entsprechen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid. Diese unterliegen allenfalls einer separaten Prüfung nach Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.⁴²

27. Wie oben dargelegt, ergibt sich die Mitkontrolle der PG aus dem [...] und Exklusivvermarktungsvertrag und den zusätzlichen Rechten, welche der PG eingeräumt werden.⁴³ Der Meldung ist zu entnehmen, dass PG [...] Aus diesem Grund ist die exklusive Vermarktung als notwendig und in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Zusammenschlussvorhaben zu erachten und deshalb als Nebenabrede zu qualifizieren.

28. Weiter verpflichten sich Publicitas und S1TV AG im Vermarktungsvertrag gegenseitig, keine Mitarbeiter der anderen Partei mittelbar oder unmittelbar abzuwerben, es sei denn, der Mitarbeiter ist bereits seit [...] nicht mehr für die andere Partei tätig. [...].⁴⁵

29. Da im vorliegenden Fall die gemeinsame Kontrolle über die S1TV AG begründet wird, ist das Abwerbverbot als konzerninterne Abrede gerechtfertigt. Die Dauer des Abwerbverbotes von [...] ist auch zulässig. Das Abwerbverbot kann daher als mit dem Zusammenschluss verbunden angesehen und als Nebenabrede qualifiziert werden.

B.4 Meldepflicht

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

31. Die Umsätze der beteiligten Unternehmen betragen:

Weltweite Umsätze 2012	
Beteiligtes Unternehmen	in Mio. CHF
PG	285.1
VP HOLDING (Andreas Auerbach)	[...]
Production Head (Michael Gut)	[...]
Total	[...]

Tabelle 1: Weltweiter Umsatz der beteiligten Unternehmen für das Geschäftsjahr 2012⁴⁶

⁴² RPW 2012/1, 115 Rz 29, *Tamedia/Bilan/Tribune des Arts*.

⁴³ Vgl. vorgehend Rz 17 ff.

⁴⁴ Meldung Rz 52; [...] (Beilage 7 der Meldung) (Fn 5), Ziff. 1.2 Bst. b.

⁴⁵ Vermarktungsvertrag (Beilage 8 der Meldung) (Fn 45), § 13 Ziff. 2.

⁴⁶ Meldung Rz 58; Finanzbericht 2012 von PubliGroupe (Beilage 2 der Meldung), 17; Bericht der Revisionsstelle an die Generalversammlung der VoicePublishing 2012 (Beilage 5 der Meldung; nachfolgend: Bericht RS VoicePublishing 2012); Jahresrechnung 2012 von Production Head (Beilage 6 der Meldung; nachfolgend: Jahresrechnung 2012 Production Head).

Umsätze in der Schweiz 2012	
Beteiligtes Unternehmen	in Mio. CHF
PG	227.1
VP HOLDING (Andreas Auerbach)	[...]
Production Head (Michael Gut)	[...]
Total	[...]

Tabelle 2: Umsatz der beteiligten Unternehmen für das Geschäftsjahr 2012 in der Schweiz⁴⁷

Die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG sind damit nicht erreicht.

32. Ein Zusammenschlussvorhaben untersteht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG jedoch ungeachtet von Art. 9 Abs. 1 – 3 KG einer Meldepflicht, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach diesem Gesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

33. Die WEKO hat in einer Verfügung festgestellt, dass PG im Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien in der Schweiz eine marktbeherrschende Stellung innehat.⁴⁸ Obwohl das Bundesgericht die Ziffer des Dispositives, in welchem die marktbeherrschende Stellung von PG festgestellt wurde, aufgehoben hat,⁴⁹ wird die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung der PG dadurch nicht in Frage gestellt. Dies deshalb, weil die entsprechende Ziffer nur aus formellen Gründen aufgehoben wurde.⁵⁰ Das Bundesgericht hält damit an seiner Rechtsprechung fest, dass eine separate Feststellung der Marktbeherrschung sowohl nach Kartellgesetz als auch nach Verwaltungsverfahrensgesetz nicht zulässig ist. Ziffer zwei der Entscheidung der WEKO, in welcher festgestellt wurde, dass PG ihre marktbeherrschende Stellung missbrauchte, wurde jedoch bestätigt.⁵¹ Da eine rechtskräftige Sanktionierung auf der Grundlage von Art. 7 KG implizit auch immer eine rechtskräftige Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung beinhaltet, ist mit der Bestätigung der Dispositivziffer zwei auch eine marktbeherrschende Stellung rechtskräftig festgestellt worden.⁵² Ein Abstellen auf die Tatsache, dass eine solche Feststellung nicht im Dispositiv niedergeschrieben ist, würde denn auch eine Anwendung von Art. 9 Abs. 4 KG quasi verunmöglichen, was jedoch ein Widerspruch zum Willen des Gesetzgebers darstellen würde.⁵³ Ziel von Art. 9 Abs. 4 KG ist es, dass gegen bereits marktbeherrschende Unternehmen, welche versuchen, unter Ausnutzung der Bagatellklausel von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG wirksamen Wettbewerb durch die sukzessive Akquisition von kleineren Unternehmen zu beseitigen, vorgegangen werden kann.⁵⁴ Daher sollte die Überprüfung solcher Zusammenschlüsse jederzeit möglich sein.⁵⁵ Der vorliegende Fall erfüllt somit den Tatbestand des Artikels 9 Abs. 4 KG insofern als eine marktbeherrschende Stellung

der PG in einem Verfahren nach dem Kartellgesetz rechtskräftig festgestellt wurde.

34. Weiter bringen die Parteien vor, dass sich die Marktbedingungen in den sechs Jahren seit der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung von PG signifikant geändert hätten, weshalb PG auf dem Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien in der Schweiz nicht länger als marktbeherrschend betrachtet werden könne.⁵⁶ Obwohl die marktbeherrschende Stellung im Jahre 2007 festgestellt wurde, ist diese Feststellung noch immer Auslöser einer Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG. Die Meldepflicht gilt so lange, bis die entsprechende Feststellung aufgehoben wird. Eine solche Aufhebung kann nach der herrschenden Lehre von Amtes wegen oder auf Antrag der betreffenden Parteien durch eine Feststellungsverfügung nach Art. 25 VwVG geschehen.⁵⁷ Die diesbezüglich in der Meldung vorgebrachten Elemente geben jedoch keinen Anlass an der marktbeherrschenden Stellung der PG auf dem Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien in der Schweiz zu zweifeln.

⁴⁷ Meldung Rz 60; Finanzbericht 2012 von PubliGroupe (Beilage 2 der Meldung), 17; Bericht RS VoicePublishing 2012 (Beilage 5) (Fn 64); Jahresrechnung 2012 Production Head (Beilage 6 der Meldung) (Fn 64).

⁴⁸ RPW 2007/2 239 Dispositiv-Ziff. 1, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

⁴⁹ Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012, Dispositiv, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

⁵⁰ Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012, E. 14, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

⁵¹ Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012, Dispositiv, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*; RPW 2007/2, 239 Dispositiv-Ziff. 2, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

⁵² RPW 2013/1, 95 Rz 26, *PubliGroupe/ImproveDigital*.

⁵³ RPW 2013/1, 95 Rz 25, *PubliGroupe/ImproveDigital*.

⁵⁴ BBl 1995 I 468 (Fn 26), 581.

⁵⁵ RPW 2013/1, 95 Rz 24, *PubliGroupe/ImproveDigital*.

⁵⁶ Meldung Rz 58.

⁵⁷ BSK-KG REINERT (Fn 35), Art. 9 KG N 326.

35. Die marktbeherrschende Stellung hat gemäss Art. 9 Abs. 4 KG eine Meldung zur Folge, wenn der Zusammenschluss den relevanten Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist. In der Schweizer Praxis und Lehre wird beim sachlich benachbarten Markt im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG von einem weiten Anwendungsbereich ausgegangen.⁵⁸ Benachbarte Märkte sind Märkte, die bis zu einem gewissen Grad substituierbar sind und deren Nachfrage parallel verläuft.⁵⁹ Auch im Falle von komplementären Beziehungen zwischen Gütern kann eine Benachbartheit vorliegen.⁶⁰

36. Die in der rechtskräftigen Verfügung festgestellte marktbeherrschende Stellung der PG bezieht sich auf den Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inse- rate- und Werberaum in Printmedien in der Schweiz.⁶¹ Die S1TV AG bezweckt insbesondere den Aufbau und Betrieb des Fernsehsenders S1TV.⁶² PG wird den gesamten Werberaum von S1TV über ihre Tochtergesellschaft Publicitas vermarkten.⁶³ In den beiden Märkten geht es um Vermittlung von Werberaum. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die beiden Märkte aus Sicht der Werbetreibenden als komplementär erachtet werden, da Werbekampagnen eine möglichst breite Zielgruppe über verschiedene Medien erreichen sollen. In dem Sinne können der Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inse- rate- und Werberaum in Print- medien in der Schweiz und der Markt für die Vermittlung audiovisueller Werbung als benachbart bezeichnet werden.⁶⁴

37. Damit sind die Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 4 KG erfüllt und das vorliegende Zusammen- schlussvorhaben ist meldepflichtig.

B.5 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 marktbeherr- schende 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.5.1 Relevante Märkte

B.5.1.1 Sachlich relevante Märkte

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

41. Im Fokus des Zusammenschlussvorhabens steht die Gründung eines neuen schweizerischen TV-Senders (S1TV), welcher digital durch diverse Kabelnetz- Anbieter, insbesondere Swisscom und upc Cablecom, in

der Deutschschweiz ausgestrahlt werden soll.⁶⁵ Betrof- fen sind somit Aktivitäten im Bereich des Fernsehens.⁶⁶

B.5.1.1.1 Zuschauermarkt

42. Als erster sachlich relevanter Markt ist der Zuschau- ermarkt zu nennen. Bisher hat die WEKO auf eine weite- re Abgrenzung des Zuschauermarktes verzichtet, da es aufgrund der starken Stellung der Schweizerischen Ra- dio- und Fernsehgesellschaft (SRG) kaum zu einer Be- gründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung kommen kann.⁶⁷ Gemäss Meldung haben sich die Verhältnisse auf dem Fernsehmarkt diesbezüglich in den letzten vier Jahren nicht wesentlich verändert,⁶⁸ was folgendes Diagramm bestätigt:

⁵⁸ BSK-KG REINERT (Fn 35), Art. 9 KG N 316.

⁵⁹ FRANK SCHERRER, Das europäische und das schweizerische Fusi- onskontrollverfahren, S. 340 f.

⁶⁰ RPW 206/4, 623 Rz 5, *Meldepflicht der Emmi gemäss Art. 9 Abs. 4 KG*.

⁶¹ RPW 2007/2 239 Dispositiv-Ziff. 1, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionie- rung von Berufsvermittlern*.

⁶² Meldung Rz 24.

⁶³ Meldung Rz 45.

⁶⁴ Siehe dazu Rz 52.

⁶⁵ Vermarktungsvertrag (Beilage 8 der Meldung) (Fn 45), § 6 Ziff. 2.

⁶⁶ Meldung Rz 65.

⁶⁷ RPW 2009/3, 257 Rz 88, *Tamedia/PPSR*.

⁶⁸ Meldung Rz 68.

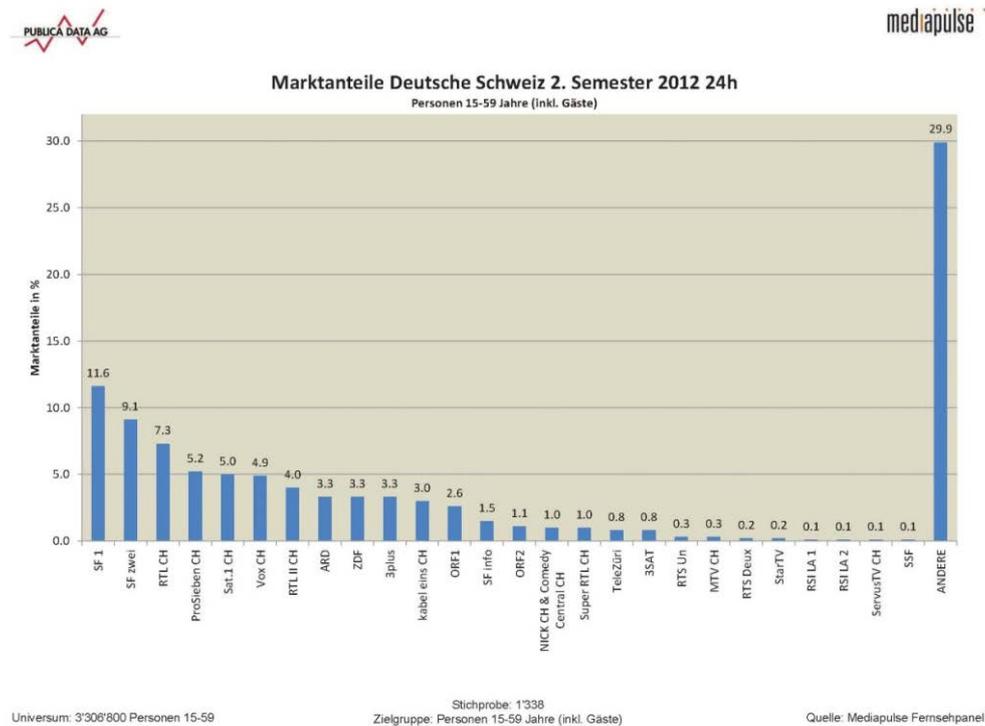


Tabelle 3: Marktanteile der Fernsehsender im deutschschweizerischen Zuschauermarkt⁶⁹

43. Obwohl eine engere Abgrenzung, beispielsweise die Abgrenzung eines Marktes für Zuschauer von Pay-TV einerseits und Free-TV andererseits oder auch eine Abgrenzung der Zuschauer nach Altersgruppen durchaus in Erwägung gezogen werden könnte, kann für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussverfahrens, aus den vorgenannten Gründen, von einem Zuschauermarkt für Fernsehsendungen im Allgemeinen ausgegangen und wie bisher auf eine engere Abgrenzung verzichtet werden.

B.5.1.1.2 Markt für TV-Werbung⁷⁰

44. Print-, Radio- und TV-Werbung stellen gemäss Praxis der WEKO eigene sachlich relevante Märkte dar.⁷¹ Gemäss Praxis der WEKO ist ein Markt für nationale TV-Werbung und ein Markt für lokale/regionale TV-Werbung abzugrenzen.⁷²

45. Die Parteien haben in der Meldung des Zusammenschlussvorhabens diese Praxis der WEKO übernommen.⁷³ Allerdings ist im vorliegenden Fall nicht ersichtlich, inwiefern der Markt für lokale/regionale TV-Werbung relevant sein sollte. Der Meldung ist zu entnehmen, dass S1TV im gesamten Gebiet der Deutschschweiz ausgestrahlt werden soll.⁷⁴ Die lokale/regionale Ausstrahlung von TV-Werbung wird in der Meldung nicht erwähnt. Aus diesem Grund kann auf eine Betrachtung des Marktes für lokale/regionale TV-Werbung verzichtet werden. Die weitere Analyse beschränkt sich somit auf den Markt für nationale TV-Werbung.

B.5.1.1.3 Markt für die Vermittlung audiovisueller Werbung

46. Die WEKO grenzt einen einheitlichen Markt für die Vermittlung audiovisueller Werbung, bestehend aus der Vermittlung von Kino-, Radio- und TV-Werbung (sog. audiovisuelle Werbung) ab.⁷⁵ Im vorliegenden Fall kann

ebenfalls von dieser Marktabgrenzung ausgegangen werden.

B.5.1.2 Räumlich relevante Märkte

47. 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.5.1.2.1 Zuschauermarkt

48. Gemäss Praxis der WEKO ist der Zuschauermarkt maximal auf das Konzessions- bzw. Sendegebiet der Fernsehstationen beschränkt, welches vom Zusammenschluss betroffen ist.⁷⁶ Der Zuschauermarkt beschränkt sich für den vorliegenden Fall auf die deutschsprachige Schweiz, da diese als Sendegebiet von S1TV vorgesehen ist.⁷⁷

⁶⁹ Marktanteile Deutsche Schweiz 2. Semester 2012 24h, Personen 15-59 Jahre (inkl. Gäste), der PublicaData AG, <<http://www.mpgruppe.ch/de/tv/publikationen/semesterzahlen.html>> (12.08.2013).

⁷⁰ Auf dem TV-Werbungsmarkt stehen sich TV-Sender als Anbieter von Werbezeit und Werbetreibende bzw. Vermittler von TV-Werbung als Nachfrager gegenüber.

⁷¹ RPW 2009/3, 327 Rz 399, *Tamedia/PPSR*.

⁷² Dies entspricht den Überlegungen zum Radiowerbungsmarkt; RPW 2007/4, 614 Rz 94, *Tamedia/Espace Media Groupe*; RPW 2002/3, 488 Rz 12 ff., *Tamedia AG – LH Holding AG/Radio Basilisk Betriebs AG*.

⁷³ Meldung Rz 69.

⁷⁴ Meldung Rz 26; Vermarktungsvertrag (Beilage 8 der Meldung) (Fn 45), §0 (Präambel).

⁷⁵ RPW 2007/1, 113 f., *Tamedia AG/Radio Basel 1 Werbe AG/Radio Regenbogen*; RPW 2007/4, 615 Rz 104, *Tamedia AG/Espace Media Groupe*; RPW 2009/3, 268 Rz 183, *Tamedia/PPSR*.

⁷⁶ RPW 2007/4, 609 Rz 51, *Tamedia AG/Espace Media Groupe*; RPW 2009/3, 257 Rz 89, *Tamedia/PPSR*.

⁷⁷ Meldung Rz 26.

B.5.1.2.2 Markt für TV-Werbung

49. Die WEKO begrenzt den räumlich relevanten Markt für nationale Fernsehwerbung auf die Sprachräume.⁷⁸ Dies ist in vorliegendem Fall ebenfalls die Deutschschweiz.

B.5.1.2.3 Markt für die Vermittlung audiovisueller Werbung

50. Bisher hat die WEKO für die Vermittlung audiovisueller Werbung einen nationalen Markt abgegrenzt, wobei

sie auf eine definitive Marktabgrenzung verzichtet hat.⁷⁹ Auch im vorliegenden Zusammenschlussverfahren kann von einem nationalen Markt für die Vermittlung von Kino-, Radio- und TV-Werbung ausgegangen werden.

B.5.1.2.4 Im Überblick

51. Für die nachfolgende Analyse werden folgende Märkte abgegrenzt:

Sachlich	Räumlich
Zuschauermarkt	Deutschschweiz
TV-Werbung (national)	Deutschschweiz
Vermittlung von audiovisueller Werbung	Schweiz

Tabelle 4: Relevante Märkte des Zusammenschlussvorhabens

B.5.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

52. 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.5.2.1 Zuschauermarkt

53. [...] ⁸⁰ Der zwischen der Publicitas und S1TV AG geschlossene Vermarktungsvertrag definiert in § 6 Ziffer 5 die von S1TV [...] Bis [...] wird im Zuschauermarkt ⁸¹ ein Marktanteil von [...] angestrebt; bis [...] ein solcher von [...]. ⁸² Die Schwellen des Artikels 11 Abs. 1 Bst. d VKU sind nicht erreicht, weshalb kein betroffener Markt vorliegt. An dieser Stelle kann zudem auf Tabelle 3 verwiesen werden, welche die Marktanteile der verschiedenen Fernsehsender auf dem deutschschweizerischen Zuschauermarkt wiedergibt und somit die Unwahrscheinlichkeit der Begründung einer marktbeherrschenden Stellung veranschaulicht. ⁸³

54. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf dem Zuschauermarkt eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

B.5.2.2 Markt für TV-Werbung

55. Keine der am Zusammenschluss beteiligten Parteien verfügt zurzeit über einen Marktanteil auf dem Markt für TV-Werbung. ⁸⁴

56. Gemäss den Angaben der Stiftung Werbestatistik Schweiz wurde im Jahr 2012 auf dem Markt für TV-

Werbung ein Umsatz von insgesamt CHF 726 Mio. generiert, wovon CHF 674 Mio. auf den Verkauf von Werbesekunden und die restlichen CHF 52 Mio. auf das Sponsoring von Sendungen zurückzuführen sind. Von diesen CHF 726 Mio. wurden CHF 81 Mio. durch private Schweizer Sender erzielt, CHF 380 Mio. von der SRG und CHF 265 Mio. von ausländischen Sendern. ⁸⁵ Diese Zahlen verdeutlichen, dass selbst wenn S1TV eine stärkere Stellung auf dem Markt für TV-Werbung einnehmen sollte, bereits aufgrund der starken Stellung der SRG, entsprechend der Situation im Zuschauermarkt, ⁸⁶ kein betroffener Markt vorliegen könnte.

57. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf dem Markt für TV-Werbung eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

B.5.2.3 Markt für die Vermittlung audiovisueller Werbung

58. Der Markt für die Vermittlung audiovisueller Werbung umfasst gemäss Praxis der WEKO Kino-, Radio- und TV-Werbung. ⁸⁷ Keines der beteiligten Unternehmen

⁷⁸ RPW 2007/4, 614 Rz 95, *Tamedia AG/Espace Media Groupe*; RPW 2009/3, 267 Rz 173, *Tamedia/PPSR*.

⁷⁹ RPW 2009/3, 268 Rz 184, *Tamedia/PPSR*; RPW 2007/1, 115 Rz 19, *Tamedia AG/Radio Basel 1 Werbe AG/Radio Regenbogen*; RPW 2007/4, 615 Rz 104, *Tamedia AG/Espace Media Groupe*.

⁸⁰ Meldung Rz 75.

⁸¹ Die Angaben betreffen den Zuschauermarkt der 15-59-jährigen, Vermarktungsvertrag (Beilage 8 der Meldung) (Fn 45), § 6 Ziff. 5.

⁸² Vermarktungsvertrag (Beilage 8 der Meldung) (Fn 45), § 6 Ziff. 5.

⁸³ Tabelle 3, Rz 42.

⁸⁴ Meldung Rz 75.

⁸⁵ Stiftung Werbestatistik Schweiz, *Werbeaufwand Schweiz 2013*, Erhebung 2012 (Beilage 11 der Meldung; nachfolgend: *Werbeaufwand Schweiz*), 11, Folie 21.

⁸⁶ Vgl. Rz 53 f.

⁸⁷ RPW 2007/1, 114 Rz 15, *Tamedia AG/Radio Basel 1 Werbe AG/Radio Regenbogen Hörfunk in Baden GmbH & Co. KG*.

ist auf dem Markt der *Radiowerbungsvermittlung* aktiv.⁸⁸ Dies bleibt auch nach dem Zusammenschluss der Fall, da die Vermittlung von Radiowerbung nicht in den Tätigkeitsbereich der S1TV AG fällt.⁸⁹

59. Im Bereich der Vermittlung von *Kinowerbung* erwirtschaftete die PG mittels ihrer Tochtergesellschaft Publicitas Cinecom (nachfolgend: Cinecom) im Jahre 2012 einen Nettoumsatz von CHF [...]. Dies entspricht bei einem Gesamtmarktvolumen, welches für das Jahr 2012 auf rund 903 Mio. geschätzt wird,⁹⁰ einem Marktanteil von weniger als [...] %.⁹¹

60. Bezüglich der Vermittlung von *TV-Werbung* ist die Denon Film AG (100%-ige Tochtergesellschaft der PG; nachfolgend: Denon) im Bereich der Produktion von TV-Spots und dem Verkauf von Werbesekunden auf dem Sender TeleZüri tätig. Mit dieser Tätigkeit erwirtschaftete die Denon im Jahre 2012 einen Nettoumsatz von CHF [...]. Die auf dem Sender TeleZüri verkauften Werbesekunden sind dem Markt für die Vermittlung audiovisueller Werbung zuzurechnen. Die in der Meldung angegebene Umsatzzahl beinhaltet auch einen Anteil, der mit der Produktion von TV-Werbespots erwirtschaftet wird.⁹² Eine genaue Abgrenzung der zwei Bereiche ist angesichts der Tatsache, dass der Umsatz, welcher auf diese beiden Tätigkeiten zurückzuführen ist einem Marktanteil von lediglich [...] % entspricht, überflüssig.⁹³

61. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf dem Markt für die Vermittlung audiovisueller Werbung eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

B.5.3 Ergebnis

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

⁸⁸ Einzig die PG erwirtschaftet in Frankreich marginale Umsätze, welche aber nicht dem relevanten Markt zuzurechnen sind; Meldung Rz 79.

⁸⁹ Meldung Rz 24 f.

⁹⁰ Werbeaufwand Schweiz (Beilage 11 der Meldung) (Fn 103).

⁹¹ Meldung Rz 79 f.

⁹² Meldung Rz 79; Meldung Fn 28.

⁹³ Meldung Rz 79.

B 2.3	8. MDC Industry Holding Company LLC I DUBAL Holding LCC I Emirates Global Aluminium PJSC betreffend Erwerb gemeinsamer Kontrolle über Emirates Global Aluminium PJSC
-------	---

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 30. Juli 2013

1. Am 1. Juli 2013 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: Weko) die erleichterte Meldung über das rubrizierte Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die MDC Industry Holding Company LLC (nachfolgend: MDCI) und die DUBAL Holding LLC (nachfolgend: DUBAL HoldCo) mit je 50 % die gemeinsame Kontrolle über das neu zu gründende Joint Venture Emirates Global Aluminium PJSC (nachfolgend: EGA) zu erlangen. Dieses Zusammenschlussvorhaben wurde auch der Europäischen Kommission angemeldet.

2. MDCI mit Sitz in Abu Dhabi in den Vereinigten Arabischen Emiraten, ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft von Mubadala Development Company PJSC (nachfolgend: Mubadala). Mubadala ist zu hundert Prozent im Besitz der Regierung des Emirats Abu Dhabi. Mubadala ist weltweit mit Direktinvestments tätig und damit betraut, neue Unternehmen zu gründen und strategische Beteiligungen in bestehenden Unternehmen weltweit zu erwerben. Mubadala investiert in einer Vielzahl von strategischen Sektoren wie Energie, Versorgung, Immobilien, öffentlich-rechtliche Partnerschaften, Luftfahrt, Grundstoffindustrie, Dienstleistungen sowie auch im Aluminiumsektor, auf welchen sich das rubrizierte Zusammenschlussvorhaben bezieht. Im Aluminiumsektor sind Mubadalas wichtigste Vermögenswert die 50%-Beteiligung an der Aluminium Company Limited

(nachfolgend: EMAL), welche im Rahmen dieses Zusammenschlussvorhabens vollständig auf die EGA übertragen wird.

3. DUBAL HoldCo mit Sitz in Dubai in den Vereinigten Arabischen Emiraten ist eine Tochtergesellschaft der Investment Corporation of Dubai (nachfolgend: ICD). ICD tätigt das Anlagegeschäft der Regierung von Dubai. ICD als oberste Muttergesellschaft von DUBAL HoldCo verwaltet ein Portfolio von Investitionen in einer Vielzahl von Sektoren wie Immobilien, Transport Finanzdienstleistungen und Industrie sowie auch im Aluminiumsektor. In diesem Sektor sind ICDs wichtigste Vermögenswerte das Aluminium Schmelzwerk in Jebel All im Emirat von Dubai und die 50%-Beteiligung an EMAL, welche indirekt über ihre Tochtergesellschaft Dubai Aluminium gehalten wird.

4. EGA, ein neues Joint Venture, wird in den Vereinigten Arabischen Emiraten inkorporiert. Es wird als produktive Vermögenswerte das Jebel All und das Taweelah Schmelzwerk (nachfolgend: die UAE Schmelzwerke) besitzen und damit vorwiegend im Bereich des Schmelzens von Aluminiumoxid in Primäraluminium tätig sein.

5. Es wird erwartet, dass EGAs Tätigkeit in der Schweiz ausschliesslich Lieferungen von Primäraluminium betreffen wird. Da die Vermögenswerte, welche im Rahmen des rubrizierten Zusammenschlussvorhabens auf die EGA übertragen werden, im vorangegangenen Jahr in der Schweiz nicht aktiv waren, betragen die Marktanteile der Parteien 0 %, womit keinen betroffenen Märkte in der Schweiz im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU bestehen. Aufgrund fehlender Marktanteile verändern sich die Marktbedingungen nicht, womit auf die Eröffnung einer Prüfung gemäss Art. 10 KG verzichtet werden konnte.

B 2	8. BGBM LMI LMI
B 2.8	1. Empfehlung vom 23. September 2013 – Freizügigkeit für Notare und öffentliche Urkunden

Empfehlung vom 23. September 2013 zuhanden der Kantone und des Bundesrats betreffend Freizügigkeit für Notare und öffentliche Urkunden

A Ausgangslage

1. Die Regelung der Modalitäten der öffentlichen Beurkundung liegt in der Kompetenz der Kantone (Art. 55 SchIT ZGB)¹. Die Kantone bestimmen insbesondere die Personen, welche öffentliche Beurkundungen vornehmen dürfen. Es bestehen in der Schweiz grundsätzlich drei verschiedene Formen der Organisation des Notariats:²

- *Amtsnotariat* (SH, ZH): Das deutsch-rechtlich inspirierte Amtsnotariat sieht vor, dass die öffentlichen Urkunden ausschliesslich von staatlich angestellten Urkundspersonen erstellt werden dürfen.
- *Freiberufliches Notariat* (AG, BE, BL, BS, FR, GE, NE, JU, TI, UR, VD, VS): Das freiberuflich organisierte lateinische Notariat sieht vor, dass öffentliche Beurkundungen durch selbstständig erwerbstätige Notare vorgenommen werden. Die Notare stehen untereinander in einem gewissen Wettbewerb, wobei der Staat in der Regel regulatorisch eingreift und beispielsweise die Tarife oder die Anzahl der zugelassenen Notare festlegt. In gewissen Kantonen dürfen Notare keine zusätzliche Erwerbstätigkeit ausüben, während Notare in anderen Kantonen beispielsweise gleichzeitig als Anwalt tätig sind.
- *Gemischtes Notariat* (AI, AR, GL, GR, LU, NW, OW, SG, SO, SZ, TG, ZG): Im gemischten Notariat werden gewisse Sachbereiche den Amtsnotaren vorbehalten (z.B. Grundbuchgeschäfte), während die übrigen Sachbereiche exklusiv oder im Wettbewerb zum Amtsnotariat freiberuflichen Notaren offen stehen.

2. Nach hergebrachter Auffassung gilt für die Tätigkeit der Notare das Territorialitätsprinzip.³ Dies bedeutet einerseits, dass Notare nur in dem Kantonsgebiet Beurkundungen vornehmen dürfen, in dem sie über eine Zulassung verfügen. Andererseits stellt sich aufgrund des Territorialitätsprinzips die Frage der interkantonalen Freizügigkeit öffentlicher Urkunden.

3. Das Bundesgericht entschied in BGE 128 I 280 aus dem Jahr 2002 unter Bestätigung seiner bisherigen Praxis, dass die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV; SR 101), das Freizügigkeitsabkommen (FZA; SR 0.142.112.681) und das Binnenmarktgesetz (BGBM; SR 943.02) auf die

Tätigkeit der Notare nicht anwendbar seien und die Notare folglich nicht von den entsprechenden Freiheiten profitieren könnten.⁴ Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts sind die Kantone nicht verpflichtet, die Fähigkeitsausweise der Notare eines anderen Kantons anzuerkennen.⁵ Die Kantone können vorsehen, dass die öffentliche Beurkundung eines Grundstücksgeschäfts am Ort vorgenommen werden muss, wo das Grundstück liegt (*lex rei sitae*).⁶

4. Die Ausklammerung der notariellen Tätigkeit vom Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes und des Freizügigkeitsabkommens steht inzwischen im Spannungsverhältnis mit der neueren Praxis des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH),⁷ wonach die von den Notaren ausgeübte Tätigkeit der öffentlichen Beurkundung nicht die Ausübung öffentlicher Gewalt und hoheitlicher Befugnisse beinhaltet. Entsprechend profitieren Notare in der EU heute grundsätzlich von den primärrechtlichen Grundfreiheiten, insbesondere der Niederlassungsfreiheit. Diese Entwicklungen im Unionsrecht können sich auch auf das bilaterale Freizügigkeitsrecht zwischen der Schweiz und der EU auswirken. Gestützt auf diese Ausgangslage stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang aus schweizerischer Binnenmarktsicht im Bereich der notariellen Tätigkeit ein Handlungsbedarf besteht.

B Zuständigkeit der WEKO

5. Gemäss Art. 8 Abs. 1 BGBM überwacht die Wettbewerbskommission WEKO die Einhaltung des Binnenmarktgesetzes durch Bund, Kantone und Gemeinden sowie andere Träger öffentlicher Aufgaben. Sie kann Untersuchungen durchführen und den betreffenden Behörden Empfehlungen abgeben (Art. 8 Abs. 3 BGBM).

¹ Schlussstiel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210).

² Für eine Übersicht z.B. RENÉ BIBER, Die Zukunft des Amtsnotariats in der Schweiz, in: Aktuelle Themen zur Notariatspraxis: 1. Schweizerischer Notarenkongress /Schweizerischer Notarenverband SNV FSN, Muri b. Bern 2010, 139 ff., 141 ff.; JULIEN SCHLAEPI, La rémunération du notaire de tradition latine, Genève/Bâle/Zürich 2009, 1 ff.

³ MICHEL MOOSER, Le droit notarial en Suisse, Berne 2005, 228 ff.

⁴ Vgl. auch BGE 73 I 366, 371 f.; Urteil 2P.433/1997 vom 30. Juni 1998; Urteile 2P.110/2002 und 2P.264/2002 vom 6. August 2003 E. 4.2.4; Urteil 2P.237/2003 vom 29. Januar 2004 E. 4 m.w.H.

⁵ Urteil BGer 2P.110/2002 und 2P.264/2002 vom 6. August 2003 E. 4.2.4.

⁶ BGE 113 II 501 E. 3.

⁷ Urteil des EuGH vom 24.05.2011 C-54/08, *Kommission/Deutschland*, Slg. 2011 I-4355, Rz 110 f. (keine Ausübung öffentlicher Gewalt durch Notare, dazu auch Rs. C-61/08, C-53/08, C-51/08, C-50/08, C-47/08).

Weiter stellt die WEKO in Zusammenarbeit mit den Kantonen und den betroffenen Bundesstellen den Vollzug von Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM sicher und sie kann zu diesem Zweck Empfehlungen erlassen (Art. 8 Abs. 4 BGBM). Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM besagt, dass die interkantonale Anerkennung von Fähigkeitsausweisen, die unter das Freizügigkeitsabkommen fallen, nach Massgabe dieses Abkommens erfolgt. Mit Bezug auf die Umsetzung von Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM nimmt die WEKO gestützt auf Art. 8 Abs. 4 BGBM eine eigentliche Vollzugsaufgabe wahr.⁸

6. Gestützt auf den gesetzgeberischen Vollzugauftrag hat die WEKO am 26. März 2013 eine binnenmarktrechtliche Untersuchung betreffend die Freizügigkeit von Notaren eröffnet und bei den Kantonen sowie den betroffenen Bundesstellen Staatssekretariat für Forschung, Bildung und Innovation SBFI, Bundesamt für Justiz BJ und Preisüberwachung eine Vernehmlassung durchgeführt. Im Rahmen dieser Vernehmlassung hat sich auch der Schweizerische Notarenverband SNV mit einem Gutachten des *Centre de droit notarial* der Universität Lausanne sowie der St. Galler Anwaltsverband und die Notariatskammer des Kantons Neuenburg geäussert. Am 4. September 2013 haben Vertreter der WEKO und deren Sekretariat eine Delegation des SNV empfangen, um die Auswirkungen der EuGH Urteile vom Mai 2011 auf die Schweiz sowie die interkantonale Freizügigkeit für Notare sowie der öffentlichen Urkunde zu besprechen. Der Kanton Bern hat seiner Antwort ein Gutachten von Prof. Stephan Wolf und Riccardo Brazerol der Universität Bern beigelegt.

7. Neben den binnenmarktrechtlichen Grundlagen ist die WEKO gestützt auf Art. 45 des Kartellgesetzes (KG; SR 251) beauftragt, die Wettbewerbsverhältnisse zu beobachten und den Behörden Empfehlungen zur Förderung von wirksamem Wettbewerb zu unterbreiten, insbesondere hinsichtlich die Schaffung und Handhabung wirtschaftsrechtlicher Vorschriften. Sollte die notarielle Tätigkeit aufgrund zukünftiger Entwicklungen in der Gesetzgebung oder Rechtsprechung entgegen der heutigen Rechtslage nicht in den Geltungsbereich des Freizügigkeitsabkommens und des Binnenmarktgesetzes fallen, so haben die vorliegenden Empfehlungen der WEKO subsidiär gestützt auf Art. 45 Abs. 2 KG bestand.

C Vernehmlassungsbericht

8. Insbesondere das Gutachten des *Centre de droit notarial* der Universität Lausanne, das Gutachten von Prof. Stephan Wolf und Riccardo Brazerol der Universität Bern, die Stellungnahmen des BJ und des St. Galler Anwaltsverbands wie auch einige Stellungnahmen der Kantone kommen zum Schluss, dass die notarielle Tätigkeit der öffentlichen Beurkundung dem bilateralen Freizügigkeitsrecht nicht unterstehe bzw. eine Unterstellung zumindest fraglich sei, und sich somit aus Schweizer Sicht die Frage der Inländerdiskriminierung und der Anwendbarkeit des Binnenmarktgesetzes nicht stelle. Dieser Punkt ist Gegenstand der rechtlichen Analyse unter Titel D hinten. Im Folgenden werden die kantonalen Stellungnahmen mit Bezug auf die Freizügigkeit der Notare und die Freizügigkeit der öffentlichen Urkunden zusammengefasst.

C.1 Zur Freizügigkeit der Notare

9. Die Kantone Basel-Landschaft und Obwalden wie auch die Preisüberwachung sprechen sich explizit für eine Einführung der Freizügigkeit und der Anerkennung ausserkantonaler Fähigkeitsausweise für Notare aus. Die Kantone Aargau, Appenzell Innerrhoden, Basel-Stadt, Bern, Glarus, Nidwalden, Schwyz, Thurgau, St. Gallen, Schaffhausen und Wallis stehen der Anerkennung ausserkantonaler Fähigkeitsausweise nicht grundsätzlich ablehnend gegenüber, sofern der ausserkantonale Notar über gleichwertige Qualifikationen verfügt (z.B. Hochschulstudium mit Masterabschluss, ähnliche Praktika) und allenfalls die Möglichkeit besteht, eine Eignungsprüfung über das kantonale Recht (insb. Steuer- und Beurkundungsrecht) durchzuführen.

10. Im Bereich der freiberuflichen Notare gewähren einige Kantone bereits heute ausserkantonalen Notaren erleichterten Zugang zur Notariatstätigkeit im eigenen Kanton. Die Modalitäten sind jedoch sehr unterschiedlich ausgestaltet. Im Kanton Neuenburg wird beispielsweise für ausserkantonale Notare lediglich die Praktikumsdauer um ein Jahr verkürzt, im Übrigen aber das normale kantonale Zulassungs- und Prüfungsverfahren angewendet. Die Kantone Schwyz und Thurgau sehen für die Anerkennung ausserkantonaler Patente bei gleichwertiger Ausbildung eine mündliche Eignungsprüfung vor. Die Kantone Aargau, Bern, Glarus und Obwalden beschränken die Anerkennung auf Notare aus Herkunftskantonen, die ein Gegenrecht gewähren.

11. Eine gewisse Freizügigkeit besteht zudem in denjenigen Kantonen, in denen bestimmte notarielle Tätigkeiten von Anwälten ausgeübt werden dürfen. Anwälte können sich grundsätzlich in jedes kantonale Anwaltsregister eintragen lassen, und zwar unabhängig davon, in welchem Kanton sie das Anwaltspatent erlangt haben. Gewisse Kantone sehen vor, dass im kantonalen Anwaltsregister eingetragene Anwälte mit ausserkantonalem Anwaltspatent auch im Register für Notare eingetragen werden dürfen (z.B. AI, AR, GL), oder zumindest zur (ggf. vereinfachten) Notariatsprüfung zugelassen werden (z.B. LU, SG, SZ, ZG). Auch hier kann ein Gegenrechtserfordernis gelten, wie beispielsweise im Kanton Glarus.

12. Trotz diesen bereits bestehenden Elementen der Freizügigkeit sind die kantonalen Systeme grundsätzlich so ausgerichtet, dass Notare nicht in mehreren Kantonen gleichzeitig tätig sein können. Dies ergibt sich insbesondere aus dem in vielen Kantonen vorgesehenen Wohn- bzw. Geschäftssitzerfordernis (z.B. AI, FR, GE,

⁸ Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004, BBl 2005 465 ff., 488: „Der neue Absatz 4 soll den korrekten Vollzug von Artikel 4 Absatz 3^{bis} BGBM sicherstellen. Unter Berücksichtigung der im Bereich der Anerkennung von Fähigkeitsausweisen bzw. Diplomen notwendigen Koordination zwischen Bund und Kantonen sowie zwecks Sicherstellung der Vollzugstauglichkeit ist es angezeigt, dass die Wettbewerbskommission mit den Kantonen und den mit Anerkennungsfragen betrauten Bundesstellen (Bundesamt für Berufsbildung und Technologie BBT und Integrationsbüro IB) bei der Ausarbeitung entsprechender Vollzugsempfehlungen an die betroffenen kantonalen Stellen zusammenarbeitet. Dies entspricht einer schlanken und effizienten Lösung“.

GR, LU, NE, NW, OW, SG, SZ, TI, UR, VD, VS, ZG). Im Kanton Aargau gilt zwar kein Wohnsitzerfordernis, aber ein ausserkantonaler Notar wird nach bestandener Eignungsprüfung nur zugelassen, wenn er die Tätigkeit am Herkunftskanton aufgibt.

13. Im Bereich der staatlich tätigen Beurkundungspersonen haben einige Kantone keine Einwände dagegen, dass ausserkantonale Personen mit entsprechender Befähigung für eine Anstellung berücksichtigt werden können (z.B. GR, SG, SH).

14. Alle übrigen Kantone lehnen die Freizügigkeit für Notare ab und kennen auch kein vereinfachtes Zugangsverfahren für ausserkantonale Notare. Im Folgenden werden die Hauptgründe dargestellt, die gegen die Einführung der Freizügigkeit vorgebracht werden.

C.1.1 Unterschiedliche Notariatssysteme

15. Verschiedene Kantone bringen vor, dass die unterschiedlichen kantonalen Organisationsformen des Notariats der Freizügigkeit für Notare entgegenstünden. Im gleichen Sinne wird befürchtet, dass die Formen des Amtsnotariats im Falle der Freizügigkeit als Marktzugangshindernis betrachtet werden und unter Druck geraten könnten.

16. Diesen Anliegen muss im Falle der Einführung der Freizügigkeit Rechnung getragen werden. Die WEKO ist jedoch der Auffassung, dass die Freizügigkeit der Notare nicht zu einer Beschneidung der kantonalen Kompetenzen bezüglich der Wahl der Organisationsform führen würde. Soweit ein Kanton alle oder einen Teil der notariellen Tätigkeiten dem Staat vorbehält, besteht auch kein Raum für die Einführung der Freizügigkeit freiberuflicher Notare. Mit anderen Worten kann einem Kanton nicht zugemutet werden, ausserkantonale Notare für Tätigkeiten auf dem eigenen Kantonsgebiet zuzulassen, die ansonsten ausschliesslich durch staatlich angestellte Beurkundungspersonen ausgeübt werden. Soweit aber ein Kanton für alle oder bestimmte notarielle Tätigkeit freiberufliche Notare zulässt, auch im Wettbewerb zu staatlichen Urkundspersonen, besteht kein systeminherenter Grund, die Anerkennung ausserkantonaler Notare grundsätzlich abzulehnen.

17. Somit wäre durchaus denkbar, zwei unterschiedliche Freizügigkeitsregime einzuführen. Freiberufliche Notare könnten in mehreren Kantonen tätig sein, soweit die jeweiligen Kantone freiberufliche Notare zulassen. Staatlich angestellte Urkundspersonen (z.B. Grundbuchverwalter) hätten die Möglichkeit, sich unter Anerkennung ihrer bisherigen Qualifikationen und Erfahrungen auch auf ausserkantonale Stellenausschreibungen zu bewerben. Die WEKO ist daher der Auffassung, dass die unterschiedlichen kantonalen Organisationsformen des Notariats einer Einführung der Freizügigkeit nicht grundsätzlich entgegenstehen.

C.1.2 Unterschiedliche Ausbildungserfordernisse

18. Als weiteres Argument gegen die Einführung der Freizügigkeit für Notare wird vorgebracht, dass kantonal sehr unterschiedliche Ausbildungserfordernisse bestehen. Insbesondere für freiberufliche Notare wird in der Regel ein Hochschulstudium, Praktikumserfahrung von einer gewissen Dauer sowie das erfolgreiche Absolvieren

einer Notariatsprüfung verlangt (z.B. AG, BE, GE, NE). Für staatlich angestellte Urkundspersonen ist ein Hochschulstudium oftmals keine zwingende Voraussetzung (z.B. SH, ZH).

19. Diese kantonalen Unterschiede mit Bezug auf die Zulassungserfordernisse für Notare sprechen gegen eine automatische Anerkennung der Notariatspatente. Die automatische Anerkennung würde eine Harmonisierung der kantonalen Qualifikationsanforderungen voraussetzen, wie dies beispielsweise seit Inkrafttreten des Anwaltsgesetzes (BGFA; SR 935.61) für die Anwälte gilt. Solange keine harmonisierten Ausbildungsmindeststandards für Notare gelten, muss es den Kantonen im Rahmen eines Anerkennungsverfahrens möglich sein, die Qualifikationen des ausserkantonalen Gesuchstellers zu überprüfen um im Falle von erheblichen Unterschieden zu den eigenen Zulassungserfordernissen die Anerkennung zu verweigern.

C.1.3 Kenntnisse des kantonalen Rechts und der lokalen Gegebenheiten

20. Schliesslich wird vorgebracht, dass ausserkantonalen Notaren die Kenntnisse des kantonalen Rechts (kantonale Grundbuchverordnungen, Steuerrecht, Baurecht, Beurkundungsverfahren) und der lokalen Gegebenheiten (Marktpreise für Grundstücke, Eigenheiten des Grundstücks bezüglich Errichtung von Dienstbarkeiten, Lawinen- und Rutschzonen, Altlasten, Hochwasserrisiken, geologische Besonderheiten) fehlen würden. Dies führe dazu, dass der Notar seine Beratungspflicht nicht wahrnehmen und der angestrebte Schutz der Vertragsparteien nicht gewährleistet werden könne. Aufgrund der Beurkundungspflicht entstünde zudem ein erhöhtes Haftungsrisiko für Notare und Kantone (Staatshaftung).

21. Diesem Anliegen kann Rechnung getragen werden, indem den Kantonen im Rahmen des Anerkennungsverfahrens die Möglichkeit eingeräumt wird, den Nachweis zu verlangen, dass der ortsfremde Notar über ausreichend Kenntnisse des kantonalen Rechts verfügt. Dieser Nachweis könnte beispielsweise durch eine Eignungsprüfung erbracht werden. In diesem Zusammenhang ist allerdings ein Vergleich mit dem Anwaltsberuf angebracht. Mit dem Inkrafttreten des Anwaltsgesetzes am 1. Juni 2002 wurde die volle Freizügigkeit für Anwälte eingeführt. Obschon damals beispielsweise das kantonale Zivilprozess-, Strafprozess- und Verwaltungsverfahren recht erhebliche Unterschiede aufwies, konnten die Anwälte in allen Kantonen prozessual tätig sein, ohne jeweils vorgängig eine Eignungsprüfung über das kantonale Verfahrensrecht abzulegen. Entsprechend darf auch von den Notaren erwartet werden, dass sie ihre Eigenverantwortung wahrnehmen und sich vor Aufnahme der Tätigkeit mit dem kantonalen Recht und den lokalen Gegebenheiten vertraut machen.

C.2 Zur Freizügigkeit der öffentlichen Urkunden

22. Die Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde ist heute bereits weitgehend gewährleistet, mit Ausnahme der öffentlichen Urkunden betreffend Grundstücksgeschäfte. Die Kantone Aargau, Basel-Landschaft und Obwalden wie auch die Preisüberwachung befürworten die Ausdehnung der Freizügigkeit auf öffentliche Urkunden im Bereich der Grundstücksgeschäfte. Alle übrigen Kantone

lehnen die Anerkennung von ausserkantonal erstellten Urkunden durch das Grundbuchamt ab.

23. Als Hauptargument gegen die Freizügigkeit von öffentlichen Urkunden betreffend Grundstücksgeschäfte wird wiederum vorgebracht, dass ausserkantonale Notare keine Kenntnisse über das kantonale Recht und die lokalen Gegebenheiten haben (vgl. vorn, Rz 20 f.). Dies führe zu einer Abnahme der Qualität der Urkunden und zu einem Mehraufwand für die Grundbuchämter und gefährde die Rechtssicherheit im Liegenschaftsverkehr. Problematisch sei in diesem Zusammenhang insbesondere auch die notarielle Beurkundungspflicht sowie die Beratungs- und Belehrungspflicht. Aufgrund der fehlenden Rechts- und Sachkenntnisse könne der ausserkantonale Notar seine Beratungs- und Belehrungspflichten nicht wahrnehmen, was wiederum zu einem erhöhten Haftungsrisiko führe.

24. In der Tat hätten die Kantone im Falle der Freizügigkeit von öffentlichen Urkunden betreffend Grundstücksgeschäfte im Unterschied zur Freizügigkeit von Notaren keine direkte Einflussmöglichkeit mehr auf die Ausbildung und Qualifikation der Urkundsperson. Die Einführung der Freizügigkeit der öffentlichen Urkunden setzt voraus, dass Notare in Eigenverantwortung entscheiden, ob sie eine Beurkundung eines ausserkantonalen Grundstücksgeschäfts vornehmen können oder nicht. Notare dürften daher mit Bezug auf die öffentliche Beurkundung von Geschäften über Grundstücke ausserhalb ihres Sitzkantons keiner Beurkundungspflicht unterstellt sein. Die Situation ist grundsätzlich vergleichbar mit der Situation der Anwälte, die bereits vor Inkrafttreten des Bundeszivil- und Bundesstrafprozessrechts selber darüber entscheiden durften, ob sie einen Prozess vor einem ausserkantonalen Gericht führen können oder nicht. Auch den Notaren darf das Vertrauen entgegengebracht werden, dass sie nur Grundstücksgeschäfte in denjenigen Kantonen öffentlich beurkunden, in denen sie über die nötigen, fachlichen Kenntnisse verfügen. Die Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde würde nicht zu einer Gefährdung der Rechtssicherheit im Liegenschaftsverkehr führen, da in jedem Fall die kantonalen Grundbuchämter die Richtigkeit der Urkunde prüfen. Im Übrigen lassen sich auch ortsansässige Notare die Steuerfolgen bei komplizierten Transaktionen von der Steuerverwaltung mit einem Steuerruling bestätigen; diese Möglichkeit haben auch ausserkantonale Notare.

25. Mit der Einführung der Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde hätten die Vertragsparteien eines Grundstücksgeschäfts eine wesentlich grössere Freiheit bezüglich der Wahl einer Urkundsperson. Diese Wahlfreiheit führt auch zu mehr Eigenverantwortung; es obläge an den Vertragsparteien unter Berücksichtigung von Aspekten wie Qualität, Leistungsumfang und Preis zu entscheiden, ob sie eine lokale, kantonale oder ausserkantonale Urkundsperson beauftragen. Allfällig notwendige Informationen betreffend die rechtlichen und sachlichen Gegebenheiten im Zusammenhang mit einem Grundstücksgeschäft könnten die Parteien auch von anderen Stellen beziehen, wie beispielsweise von Anwälten, Immobilienmaklern, Banken, Architekten, Ingenieuren, Verbänden oder Gemeindeverwaltungen.

26. Schliesslich ist auch zu bedenken, dass gemessen an allen Grundstücksgeschäften nur ein sehr kleiner Anteil aufgrund lokaler Gegebenheiten (Eigenheiten des Grundstücks bezüglich Errichtung von Dienstbarkeiten, Lawinen- und Rutschzonen, Altlasten, Hochwasserrisiken, geologische Besonderheiten) problematisch ist und selbst in diesen Fällen die notarielle Beratungspflicht des kantonalen Notars keine Gewähr für eine optimale Transparenz bietet. Die Pflicht zur Berücksichtigung des lokalen Notariats birgt auch Risiken. Es ist nicht auszuschliessen, dass gerade in ländlichen Gebieten ein mit der ansässigen Bevölkerung verwurzeltes Notariat eine Parteilichkeit zugunsten der einheimischen Verkäuferpartei aufweisen könnte.⁹ Im Übrigen ist das Argument betreffend die Notwendigkeit der Kenntnisse lokaler Gegebenheiten insofern inkonsistent, als beispielsweise ein Notar mit Sitz in Interlaken ein Grundstücksgeschäft in Langenthal beurkunden darf, obschon er aber die Gegebenheiten in Langenthal möglicherweise weniger gut kennt als ein Notar im angrenzenden Nachbargebiet der Kantone Aargau und Solothurn.

27. Ferner ändert die Freizügigkeit der Urkunde auch nichts an den aufsichtsrechtlichen Verhältnissen. Die Notare bleiben weiterhin der Aufsicht ihres Zulassungskantons unterstellt. Begeht ein Notare im Zusammenhang mit der Errichtung einer Urkunde betreffend eines ausserkantonal gelegenen Grundstücks ein aufsichtsrechtlich relevantes Fehlverhalten, haben die Vertragsparteien wie das ausserkantonale Grundbuchamt die Möglichkeit, die Aufsichtsbehörde im Zulassungskanton des Notars darüber zu informieren.

28. Schliesslich wird seitens der Kantone vorgebracht, dass die Freizügigkeit der Urkunde zu einem unerwünschten Wettbewerb zwischen den verschiedenen kantonalen Notariatsformen führen würde. Dies sei insbesondere auch deshalb nicht gerechtfertigt, weil im freien Notariat anders als im Amtsnotariat eine Beratungsleistung mitenthalten sei. Ein durch die Freizügigkeit der Urkunde bedingter Wettbewerb zwischen den kantonalen Notariatsformen besteht bereits heute in allen Bereichen mit Ausnahme der Grundbuchgeschäfte. Aus den Stellungnahmen geht nicht hervor, dass die Freizügigkeit der Urkunden beispielsweise im Bereich des Familien- oder Gesellschaftsrechts und der damit verbundene Wettbewerb zwischen Notariatsformen zu Problemen geführt hätten. Der durch die Freizügigkeit der Grundbuchurkunden bedingte Wettbewerb würde daher nicht die verschiedenen kantonalen Organisationsformen des Notariats in Frage stellen, sondern einen Qualitäts- und Preiswettbewerb auslösen.

D Rechtliche Analyse

29. Das Binnenmarktgesetz gilt gemäss Art. 1 Abs. 3 BGBM für jede nicht hoheitliche, auf Erwerb gerichtete Tätigkeit. Gleichzeitig garantiert das Binnenmarktgesetz gemäss Art. 6 Abs. 1 und 4 Abs. 3^{bis} BGBM, dass jede

⁹ CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, 226.

Person mit Sitz in der Schweiz im interkantonalen Verhältnis über die gleichen Marktzugangsrechte verfügt, wie der Bund in völkerrechtlichen Vereinbarungen ausländischen Personen gewährt. Im vorliegenden Fall ist daher in einem ersten Schritt zu prüfen, welche Marktzugangsrechte der Bund mit dem Freizügigkeitsabkommen an Notare aus der EU gewährt (nachfolgend, D.1). Gestützt auf die Ergebnisse aus dieser Prüfung ist in einem zweiten Schritt zu analysieren, über welche Marktzugangsrechte Notare mit Sitz in der Schweiz im interkantonalen Verhältnis verfügen (nachfolgend, D.2).

D.1 Bilaterale Anerkennung von Berufsqualifikationen der Notare gemäss Freizügigkeitsabkommen

30. Das im Rahmen der bilateralen Verträge mit der EU abgeschlossene Freizügigkeitsabkommen regelt im Verhältnis Schweiz-EU das Recht auf Einreise und Aufenthalt für unselbständig und selbständig Erwerbende sowie für Nichterwerbstätige und es enthält Bestimmungen über die Liberalisierung kurzzeitiger Dienstleistungen sowie die gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen.

31. Diese Freizügigkeitsrechte gelten nicht für den Zugang zu Tätigkeiten, die mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet sind. Zu diesem Zweck sieht das Freizügigkeitsabkommen sog. Bereichsausnahmen vor:

- Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung (Bereichsausnahme zur Arbeitnehmerfreizügigkeit, Art. 10 Anhang I FZA): „Einem Staatsangehörigen einer Vertragspartei, der eine unselbstständige Erwerbstätigkeit ausübt, kann das Recht auf eine Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung verweigert werden, sofern diese die Ausübung hoheitlicher Befugnisse umfasst und der Wahrung der allgemeinen Interessen des Staates oder anderer öffentlicher Körperschaften dient.“
- *Ausübung hoheitlicher Befugnisse* (Bereichsausnahme zur Freizügigkeit für Selbständige, Art. 16 Anhang I FZA): „Dem Selbstständigen kann das Recht auf Ausübung einer Erwerbstätigkeit verweigert werden, die dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist.“
- *[ohne Überschrift]* (Bereichsausnahme zur Dienstleistungsfreiheit, Art. 22 Abs. 1 Anhang I FZA): „Von der Anwendung der Bestimmungen der Artikel 17 und 19 dieses Anhangs ausgenommen sind die Tätigkeiten, die auch nur gelegentlich die Ausübung hoheitlicher Befugnisse im Gebiet der betroffenen Vertragspartei umfassen.“

32. Aus dieser Übersicht wird deutlich, dass in der Terminologie des Freizügigkeitsabkommens die Begriffe „hoheitliche Befugnisse“ und „Ausübung öffentlicher Gewalt“ identisch sind. Art. 16 Anhang I FZA trägt die Überschrift „hoheitliche Befugnisse“ und verdeutlicht im Bestimmungstext, dass hoheitlich handelt, wer öffentliche Gewalt ausübt.

33. Vor diesem Hintergrund ist vorab zu klären, ob sich Notare auch auf die Marktzugangsrechte gemäss Freizügigkeitsabkommen berufen können oder ob die notarielle Tätigkeit als hoheitlich gilt und deshalb von der

bilateralen Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit ausgenommen ist (Anhang I FZA, Art. 16 und 22 Abs. 1).

D.1.1 Unterstellung der Notare durch innerstaatliche Umsetzung von Anhang III FZA

34. In diesem Zusammenhang ist von zentraler Bedeutung, dass der Schweizer Gesetz- und Verordnungsgeber mit der innerstaatlichen Umsetzung der Regeln über die gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen (Anhang III FZA) das Freizügigkeitsabkommen für Notare als anwendbar erklärt hat.

35. Anhang III zum Freizügigkeitsabkommen sieht vor, dass sich die gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen im Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU nach der Richtlinie 2005/36/EG richtet (Berufsqualifikationsrichtlinie). Im September 2011 hat der Gemischte Ausschuss zum Freizügigkeitsabkommen beschlossen, dass die Berufsqualifikationsrichtlinie mit Ausnahme des Titels II per 1. November 2011 zur Anwendung kommt.

36. Der bis anhin nicht anwendbare Titel II der Berufsqualifikationsrichtlinie regelt die Anerkennung von Berufsqualifikationen im Bereich des freien Dienstleistungsverkehrs zwischen der Schweiz und der EU von bis zu 90 Tagen pro Jahr. Die Schweiz hat im Rahmen von Titel II der Richtlinie die Möglichkeit, ein Melde- und Nachprüfungsverfahren einzuführen. Demnach können Dienstleistungserbringer aus der EU im Bereich der reglementierten Berufe verpflichtet werden, vor Aufnahme ihrer Tätigkeit in der Schweiz eine Meldung einzureichen. Entspricht die Qualifikation der Anbieterin aus der EU nicht den Schweizer Anforderungen und tangiert die Tätigkeit die öffentliche Gesundheit oder Sicherheit, so kann die Schweiz verlangen, dass die Anbieterin aus der EU eine Eignungsprüfung absolviert (Art. 7 Abs. 4 RL 2005/36).

37. Die Schweiz hat Titel II der Berufsqualifikationsrichtlinie innerstaatlich umgesetzt. Zu diesem Zweck erliess das Parlament am 14. Dezember 2012 das neue Bundesgesetz über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringern und -erbringern in reglementierten Berufen (BGMD; SR 935.01). Dieses Gesetz ist am 1. September 2013 in Kraft getreten.

38. Gemäss Art. 2 BGMD müssen Dienstleistungserbringerinnen dem SBFI vor Aufnahme ihrer beruflichen Tätigkeit in der Schweiz Meldung erstatten. Bei reglementierten Berufen mit Auswirkung auf die öffentliche Gesundheit oder Sicherheit, leitet das SBFI die Meldung an die für die Anerkennung der Berufsqualifikation zuständige Stelle des Bundes oder der Kantone weiter.

39. Die Verordnung über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern in reglementierten Berufen (VMD; SR 935.011) hält in Anhang I fest, welche reglementierten Berufe eine Auswirkung auf die öffentliche Gesundheit oder Sicherheit haben und entsprechend unter die Meldepflicht fallen. Unter Titel 11 „Bereich der juristischen Berufe“ von Anhang I VMD sind unter anderem die Notare aufgeführt. Der Verordnungsgeber geht somit explizit davon aus, dass Notare anders als etwa Richter, Polizisten oder Jagdaufseher nicht als hoheitlich

tätige Organe im Sinne von Art. 22 Abs. 1 Anhang I FZA handeln.¹⁰ Vielmehr handelt es sich um einen reglementierten Beruf mit Auswirkung auf die öffentliche Sicherheit, der in den Anwendungsbereich der Berufsqualifikationsrichtlinie 2005/36/EG und folglich generell in den sachlichen Geltungsbereich des Freizügigkeitsabkommens fällt.

40. Konkret bedeutet dies, dass ein Notar aus einem Mitgliedstaat der EU beim SBFI ein Gesuch um Anerkennung seiner Berufsqualifikation für einen bestimmten Kanton stellen kann. Das SBFI leitet das Gesuch und die dazugehörigen Unterlagen an die für die Anerkennung zuständige kantonale Stelle weiter (Art. 3 Abs. 1 BGMD, Art. 8 VMD). Diese führt das Verfahren zur Nachprüfung der Berufsqualifikationen durch (Art. 3 Abs. 3 BGMD, Art. 10 VDM). Bestehen zwischen den Qualifikationen des EU-Notares und den kantonalen Anforderungen für Notare wesentliche Unterschiede, gibt die kantonale Stelle dem Gesuchsteller die Möglichkeit nachzuweisen, dass er die fehlenden Kenntnisse und Fähigkeiten erworben hat (Art. 7 Abs. 4, Unterabs. 3 RL 2005/36/EG). Sie kann zu diesem Zweck eine Eignungsprüfung durchführen. Das Zulassungsverfahren muss innerhalb von zwei Monaten abgeschlossen sein (Art. 10-12 VMD). Besteht der Notar aus der EU das kantonale Zulassungsverfahren, so darf er im entsprechenden Kanton seine Dienstleistungen während maximal 90 Tagen pro Jahr erbringen (Art. 17 Anhang I FZA).

41. Das Freizügigkeitsabkommen garantiert neben dem freien Dienstleistungsverkehr auch die Niederlassungsfreiheit für Selbstständige (Art. 12 ff. Anhang I FZA). Wie dargelegt fällt die notarielle Tätigkeit nicht in die Bereichsausnahme zur Dienstleistungsfreiheit (Art. 22 Abs. 1 Anhang I FZA); folglich fällt die notarielle Tätigkeit auch nicht in die Bereichsausnahme zur Niederlassungsfreiheit (Art. 16 Anhang I FZA). Indem die Notare von der Anerkennung ihrer Berufsqualifikationen zum Zwecke des freien Dienstleistungsverkehrs profitieren (Titel II der Richtlinie 2005/36/EG i.V.m. FZA Anhang III), muss folglich das Gleiche auch für die Niederlassungsfreiheit gelten. Das Anerkennungsverfahren zum Zwecke der Niederlassung richtet sich nicht nach Titel II, sondern nach dem strengeren „allgemeinen System“ gemäss Titel III der Richtlinie 2005/36/EG i.V.m. FZA Anhang III.

42. Die Richtlinie 2005/36/EG unterscheidet in Art. 11 je nach Dauer und Niveau der Ausbildung zwischen fünf unterschiedlichen Qualifikationsniveaus a (niedrigste Stufe) bis e (höchste Stufe). Die zuständige Stelle in der Schweiz prüft, welches Niveau von a bis e gemäss ihren eigenen Vorschriften für die Aufnahme der Tätigkeit erforderlich ist, und welchem Niveau die Qualifikation des Anbieters aus der EU entspricht. Gemäss Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie wird die Anerkennung der Qualifikation gewährt, wenn die Qualifikation des Anbieters aus der EU dem erforderlichen Niveau des Zielkantons entspricht oder unmittelbar unter dem geforderten Niveau liegt.

43. Sind die Anerkennungs Voraussetzungen erfüllt, kann die kantonale Stelle unter den Voraussetzungen von Art. 14 Abs. 1 bis 5 der Richtlinie 2005/36/EG gegebenenfalls Ausgleichsmassnahmen ergreifen und verlangen, dass der Anbieter aus der EU einen Eignungstest oder

einen Anpassungslehrgang absolviert. Dieses „allgemeine System“ der Anerkennung von Berufsqualifikationen findet auch Anwendung auf den Notarsberuf.

44. Die Anerkennung von Berufsqualifikationen im Rahmen der Dienstleistungs- und der Niederlassungsfreiheit hat keine Geltung mit Bezug auf Tätigkeiten, die im Zielkanton ausschliesslich Staatsangestellten vorbehalten sind. Für das Notariatswesen bedeutet dies, dass Kantone mit einem Amtsnotariat kein Anerkennungsverfahren für auswärtige Notare vorsehen müssen. Das Gleiche gilt auch für Kantone mit einem gemischten Notariat mit Bezug auf diejenigen notariellen Tätigkeiten, die ausschliesslich dem Staat bzw. staatlich angestellten Urkundspersonen vorbehalten sind.

D.1.2 Unterstellung der Notare durch europakompaktible Auslegung des FZA

45. Nachdem der Gesetz- und Verordnungsgeber das Freizügigkeitsabkommen für die notarielle Tätigkeit mit dem Erlass des BGMD und der VMD als anwendbar erklärt hat, erübrigt sich grundsätzlich eine weitere Prüfung und Auslegung der Bereichsausnahmen gemäss Anhang I FZA, Art. 16 und 22 Abs. 1. Der Vollständigkeit halber wird an dieser Stelle ausgeführt, dass auch unabhängig vom gesetzgeberischen Akt die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens den Schluss zulässt, wonach die erwähnten Bereichsausnahmen für die notarielle Tätigkeiten nicht gelten.

46. Die Schweiz legt ihre Staatsverträge grundsätzlich autonom und in Anwendung der völkerrechtlichen Auslegungsmethoden gemäss Wiener Vertragsrechtskonvention (Art. 31 f. WVRK; SR 0.111) aus. Dieser Grundsatz der autonomen Vertragsauslegung ist mit Bezug auf das Freizügigkeitsabkommen jedoch insofern eingeschränkt, als gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA für Begriffe, die aus dem Unionsrecht übernommen worden sind, die einschlägige Rechtsprechung des EuGH vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung zu berücksichtigen ist. Die nach dem Zeitpunkt der Unterzeichnung ergangene Rechtsprechung des EuGH wird der Schweiz mitgeteilt.

47. Das Bundesgericht berücksichtigt bei der Anwendung des Freizügigkeitsabkommens konsequent die einschlägige Praxis des EuGH vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens.¹¹ Auch die nach Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens ergangene

¹⁰ Erläuternder Bericht zur Verordnung über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringenden und -erbringern in reglementierten Berufen, S. 6 f. (erhältlich auf www.sbf.admin.ch > Themen > Anerkennung ausländischer Diplome > Meldeverfahren für Dienstleistungserbringende).

¹¹ Siehe z.B. BGE 136 II 65 E. 3.1 [erweiterter Familiennachzug]; BGer Urteil 9C_782/2011 vom 26. April 2012 [amtl. Publ. Vorgesehen] E. 5.3.2 [Sozialversicherungsrecht]; siehe auch BVGer Urteil C-2731/2011 vom 18. November 2011 E. 4.4 [ordre-public Vorbehalt]; aus der Literatur z.B. THOMAS COTTIER/NICOLAS DIEBOLD, Warenverkehr und Freizügigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Bilateralen Abkommen, in: Astrid Epiney/Nina Gammenthaler (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch zum Europarecht 2008/2009, Zürich 2009, 237 ff., 258 f.; FLORENCE AUBRY GIRARDIN, L'interprétation et l'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes du point de vue de la jurisprudence, in: Astrid Epiney/Beate Metz/Robert Mosters (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU: Auslegung und Anwendung in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2011, 29 ff., 41 ff.; ASTRID EPINEY, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, 1 ff., 30.

Rechtsprechung des EuGH berücksichtigt das Bundesgericht, wenn sie bloss die bisherige Rechtsprechung weiterführt und bestätigt oder präzisiert.¹² Um die parallele Rechtslage zwischen dem FZA und dem einschlägigen EU-Recht nicht zu gefährden, weicht das Bundesgericht von der Praxis des EuGH nur dann ab, wenn dafür „triftige Gründe“ bestehen.¹³

48. Bei den Bereichsausnahmen gemäss Art. 10, 16 und 22 Abs. 1 Anhang I FZA handelt es sich um Bestimmungen, die dem Unionsrecht nachgebildet sind. Als Vorbild dienen Art. 45 Abs. 4 AEUV (Bereichsausnahme zur Arbeitnehmerfreizügigkeit) sowie Art. 51 AEUV (Bereichsausnahme zur Niederlassungsfreiheit und i.V.m. Art. 62 AEUV zur Dienstleistungsfreiheit). Entsprechend sind Art. 10 Anhang I FZA unter Berücksichtigung der Praxis des EuGH zu Art. 45 Abs. 4 AEUV und Art. 16 und 22 Abs. 1 Anhang I FZA unter Berücksichtigung der Praxis des EuGH zu Art. 51 AEUV auszulegen.

49. Der EuGH wendet die Bereichsausnahme der „mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbundenen Tätigkeiten“ im Sinne von Art. 51 AEUV eng an.¹⁴ Von Ausübung öffentlicher Gewalt ist grundsätzlich nur auszugehen, wenn die Tätigkeit „eine hinreichend qualifizierte Ausübung von Sonderrechten, Hoheitsprivilegien oder Zwangsbefugnissen“ beinhaltet.¹⁵ Zudem muss die Tätigkeit „unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden“ sein;¹⁶ entsprechend ist die Ausübung öffentlicher Gewalt zu verneinen, wenn eine Tätigkeit lediglich dazu dient, die Ausübung öffentlicher Gewalt eines anderen Organs vorzubereiten oder zu unterstützen.¹⁷ Für die Ausübung öffentlicher Gewalt ist schliesslich auch untypisch, wenn die Tätigkeit unter Wettbewerbsbedingungen ausgeübt wird oder wenn ein Fehlverhalten keine Staatshaftung begründet.¹⁸

50. Gestützt auf diese langjährige Praxis hat der EuGH mit einem vielbeachteten Urteil vom 24. Mai 2011 verkündet, dass es sich bei der öffentlichen Beurkundung nicht um eine Tätigkeit handle, die im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AEUV (ehem. Art. 45 Abs. 1 EGV) mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sei.¹⁹ Der EuGH begründete diesen Entscheid im Wesentlichen wie folgt:

- Die Parteien zum beurkundeten Vertrag entscheiden selber über Inhalt sowie Umfang der vertraglichen Rechte und Pflichten. Der Notar darf den von ihm zu beurkundenden Vertrag nicht ohne Einholung der Zustimmung der Parteien einseitig ändern (EuGH Urteil Rz 91-93).
- Es ist unbestritten, dass die öffentliche Beurkundung im Allgemeininteresse erfolgt, indem es die Rechtssicherheit und Rechtmässigkeit von Rechtsakten zwischen Privatpersonen gewährleistet. Die Verfolgung eines im Allgemeininteresse liegenden Ziels genügt indessen nicht, um eine Tätigkeit als mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden einzustufen. Mit anderen Worten hat das im Allgemeininteresse stehende Ziel der Rechtssicherheit und Rechtmässigkeit nicht die Nichtunterstellung der Beurkundungstätigkeit unter die Grundfreiheiten zur Folge, sondern kann höchstens eine Beschränkung der Grundfreiheiten rechtfertigen (EuGH Urteil Rz 94-98).

- Die Tatsache, dass öffentliche Urkunden eine erhöhte Beweiskraft entfalten und vollstreckbar sind, reicht nicht aus, um die Beurkundungstätigkeit als mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden einzustufen. Die durch Gesetz verliehene Beweiskraft der Urkunde hat keine Auswirkung auf die Frage, ob die Tätigkeit der öffentlichen Beurkundung mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist. Auch die Vollstreckbarkeit der öffentlichen Urkunde verschafft dem Notar keine Ausübung öffentlicher Gewalt, da sich der Schuldner freiwillig der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat (EuGH Urteil Rz 100-107).
- Weiter spricht gegen die Ausübung öffentlicher Gewalt, dass Notare trotz gesetzlichen Honorarvorschriften ihre Tätigkeit unter Wettbewerbsbedingungen ausüben, indem die Parteien den Notar frei wählen können und aufgrund der beruflichen Fähigkeiten der Notare zumindest ein Qualitätswettbewerb spielt (EuGH Urteil Rz 110).
- Schliesslich haften Notare allein für Handlungen im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit (EuGH Urteil Rz 111).

¹² BGE 133 V 329 E. 7; 133 V 265 E. 4.1.

¹³ BGE 136 II 5 E. 3.4; 136 II 65 E. 3.1; MATTHIAS OESCH, Niederlassungsfreiheit und Ausübung öffentlicher Gewalt im EU-Recht und im Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, SZIER/RSDIE 2011, 583 ff., 606 f.; CARL BAUDENBACHER, Wie sollen Konflikte im Verhältnis Schweiz-EU gelöst werden?, in: Rolf Sethe et al. (Hrsg.), Kommunikation. Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, 2011, 821 ff., 829; THOMAS COTTIER/ERIK EVTIMOV, Probleme des Rechtsschutzes bei der Anwendung der sektoriellen Abkommen mit der EG, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), Die sektoriellen Abkommen Schweiz-EG, Bern 2002, 179 ff., 200; EPINEY (Fn 11), 23–31; ASTRID EPINEY, Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Personenfreizügigkeitsabkommen, SJZ 105/2009, 25 ff., 26 f.

¹⁴ MARTIN SCHLAG, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2009, Art. 45 EGV Rz 5; OESCH (Fn 13), 594 ff. m.w.H.; WALTER FRENZ, Europarecht, Berlin/Heidelberg 2011, Rz 291; Stephan J. Waldheim, Dienstleistungsfreiheit und Herkunftslandprinzip, Göttingen 2008, 42 f.; SVEN SIMON, Liberalisierung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im WTO- und EU-Recht, Tübingen 2009, 189; CATHERINE BARNARD, The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms, Oxford/New York 2007, 484 f.; GABRIEL MOENS/JOHN TRONE, Commercial Law of the European Union, Dordrecht/Heidelberg/London/New York 2010, 92.

¹⁵ Urteil des EuGH vom 29.04.2010 C-160/08, *Kommission/Deutschland*, Slg. 2010 I-3713, Rz 79 ff. (keine Ausübung öffentlicher Gewalt durch Rettungsdienste mit Blaulicht und Einsatzhorn); Urteil des EuGH vom 29.10.1998 C-114/97, *Kommission/Spanien*, Slg. 1998 I-6717, Rz 37 (Zwangsbefugnisse verneint im Falle von privaten Sicherheitsunternehmen).

¹⁶ Urteil des EuGH vom 22.10.2009 C-438/08, *Kommission/Portugal*, Slg. 2009 Seite I-10219, Rz 36 (technische Überwachung von Fahrzeugen).

¹⁷ Urteil des EuGH vom 13.07.1993 C-42/92, *Thijssen/Versicherungsaufsichtsamt*, Slg. 1993 I-4047, Rz 22 (keine Ausübung öffentlicher Gewalt des Wirtschaftsprüfers in seiner helfenden bzw. vorbereitenden Rolle des hoheitlich handelnden Versicherungsaufsichtsamts); Urteil des EuGH vom 21.06.1974 2/74, *Reyners/Belgien*, Slg. 1974 631, Rz 51/53 (keine Ausübung öffentlicher Gewalt des Rechtsanwalts trotz regelmässigem Verkehr mit den Gerichten und organischer Einbettung in das Gerichtsverfahren).

¹⁸ Urteil des EuGH vom 24.05.2011 C-54/08, *Kommission/Deutschland*, Slg. 2011 I-4355, Rz 110 f. (keine Ausübung öffentlicher Gewalt durch Notare, dazu auch Rs. C-61/08, C-53/08, C-51/08, C-50/08, C-47/08).

¹⁹ Urteil des EuGH vom 24.05.2011 C-54/08, *Kommission/Deutschland*, Slg. 2011 I-4355, Rz 110 f.

51. Gestützt auf diese Erwägungen kommt der EuGH zum Schluss, dass die notarielle Tätigkeit nach ihrer Definition in den Rechtsordnungen von Deutschland, Österreich, Frankreich, Luxemburg, Belgien, Griechenland und Portugal nicht mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist.²⁰

52. Obschon diese Urteile nach Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens ergangen sind, sind sie gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 16 Abs. 2 FZA für die Auslegung der Bereichsausnahmen des Freizügigkeitsabkommens relevant. Das Bundesgericht berücksichtigt auch die nach Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens ergangene Rechtsprechung des EuGH, wenn diese die vor Unterzeichnung des Abkommens ergangene Rechtsprechung lediglich weiterführt, bestätigt oder präzisiert (vorn, Rz 47 und Verweise in Fn 12 f.). Diese Voraussetzung scheint vorliegend erfüllt zu sein. Die Qualifizierung der öffentlichen Beurkundung als nicht mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbundene Tätigkeit bestätigt die langjährige Praxis des EuGH zur Auslegung von Art. 51 Abs. 1 AEUV (vgl. Urteil C-54/08, Rz 84-87). Es sind auch keine triftigen Gründe ersichtlich, die für eine Abweichung von den EuGH Urteilen vom 24. Mai 2011 und eine Aufgabe der parallelen Rechtslage sprechen würden.

53. Unter Berücksichtigung der vom Bundesgericht entwickelten Grundsätze zu Art. 16 Abs. 2 FZA bezüglich die Übernahme von Urteilen des EuGH, die nach Unterzeichnung des Abkommens ergangen sind, gelangt die WEKO zum Schluss, dass die Praxis des EuGH gemäss den Urteilen vom 24. Mai 2011 auch für die Auslegung der Bereichsausnahmen im Freizügigkeitsabkommen heranzuziehen ist. Gestützt auf diese Erwägungen ist die WEKO der Auffassung, dass die Tätigkeit der öffentlichen Beurkundung – auch unabhängig vom BGMD und der VMD – nicht unter die Bereichsausnahmen gemäss Art. 10, 16 und 22 Abs. 1 Anhang I FZA fällt und das Freizügigkeitsabkommen Anwendung findet. Zu diesem Schluss gelangt auch die Lehre²¹ und das Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation SBFI (vormals BBT).²²

D.2 Interkantonale Anerkennung von Berufsqualifikationen der Notare

D.2.1 Anerkennung gemäss Freizügigkeitsabkommen (Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM)

54. Gemäss Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM erfolgt die interkantonale Anerkennung von Berufsqualifikationen, die unter das Freizügigkeitsabkommen fallen, nach den Regeln dieses Abkommens. Diese Bestimmung konkretisiert den allgemeinen Grundsatz von Art. 6 Abs. 1 BGBM, wonach jede Person mit Sitz in der Schweiz über die gleichen Marktzugangsrechte verfügt, die der Bund in völkerrechtlichen Vereinbarungen ausländischen Personen gewährt.

55. Damit diese Bestimmung überhaupt ihre Wirkung entfalten kann, ist vorausgesetzt, dass alle dem Freizügigkeitsabkommen und anderen völkerrechtlichen Vereinbarungen unterstellten Berufe auch vom Binnenmarktgesetz erfasst werden. Eine historische Betrachtung über die Entwicklung der Bestimmung über den sachlichen Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes

(Art. 1 Abs. 3 BGBM) zeigt denn auch, dass es dem Gesetzgeber anlässlich der letzten Revision dieser Bestimmung ein Anliegen war, den Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes auf den Geltungsbereich des Freizügigkeitsabkommens abzustimmen:

56. In seiner ursprünglichen Fassung von 1995 galt das Binnenmarktgesetz für „jede auf Erwerb gerichtete Tätigkeit, die den Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit genießt.“²³ Der Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes war folglich dem Schutzbereich der damaligen Handels- und Gewerbefreiheit gleichgestellt. Der Grund für diese Gleichschaltung der jeweiligen Geltungsbereiche liegt darin, dass mit dem Binnenmarktgesetz die unzureichende Binnenwirkung der Handels- und Gewerbefreiheit auf Gesetzesstufe kompensiert werden sollte.²⁴ Dies war notwendig, weil die Handels- und Gewerbefreiheit aufgrund der föderalismusfreundlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts nur eine ungenügende Binnenmarktfunktion zu entfalten vermochte. Entsprechend ist auch naheliegend, dass der Gesetzgeber von 1995 den Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes und den Schutzbereich der Handels- und Gewerbefreiheit aufeinander abstimmte.

57. Im Jahr 2005 wurde das Binnenmarktgesetz einer weitgehend Teilrevision unterzogen. Auslöser für die Revision war ein Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats (GPK-N) vom 27. Juni 2000. Die GPK-N kam in ihrem Bericht zum Schluss, dass das Binnenmarktgesetz die erhoffte Liberalisierung des freien Personen- und Dienstleistungsverkehrs nur beschränkt erreichte. Grund dafür war mitunter die restriktive Anwendung des Binnenmarktgesetzes durch das Bundesgericht.²⁵ Mit der Teilrevision von 2005 sollte somit primär die Wirksamkeit des Binnenmarktgesetzes erhöht werden.

²⁰ Die Europäische Kommission fordert inzwischen auch die Durchsetzung der Niederlassungsfreiheit für Notare in Ungarn, obschon die ungarischen Notare in einigen Fällen Entscheidungen treffen, die Gerichtsbeschlüssen gleichgestellt sind, vgl. Europäische Kommission, Vertragsverletzungsverfahren im September: wichtigste Beschlüsse, MEMO/12/708 vom 27.09.2012, S. 10.

²¹ OESCH (Fn 13), 621; VÉRONIQUE BOILLET, Le notariat suisse en passe de s'européaniser?, in: Epiney/Fasnacht (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht/Annuaire suisse de droit européen 2011/2012, Zürich 2012, 277 ff., 291; ASTRID EPINEY/ROBERT MOSTERS, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, in: Epiney/Fasnacht (Hrsg.), *ibid.*, 51 ff., 92; a.M. UNIL Centre de droit notarial, *Prise de position sur le document appuyant la consultation des cantons touchant à une libre circulation des notaires* (www.notalex-online.ch), Rz 14.

²² Notiz BBT zuhanden der Kantone vom Juli 2011, Diplomanerkennung zwischen der Schweiz und der EU, Zugang von Staatsangehörigen der EU zum Notarberuf.

²³ Vgl. Art. 1 Abs. 3 BGBM 1995; Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 23. November 1994, BBl 1995 I 1213 ff., 1289.

²⁴ Botschaft BGBM (Fn 23), 1219 f.; KILIAN WUNDER, Die Binnenmarktfunktion der schweizerischen Handels- und Gewerbefreiheit im Vergleich zu den Grundfreiheiten in der Europäischen Gemeinschaft, Diss., Basel/Genf/München 1998, 173 ff.; THOMAS ZWALD, Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), *Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht*, 2. Aufl., Basel 2007, 411 ff., Rz 3.

²⁵ Bericht GPK-N vom 27.06.2000 über die Auswirkungen des Binnenmarktgesetzes auf den freien Personen- und Dienstleistungsverkehr in der Schweiz, BBl 2000 6027 ff.

58. Im Rahmen der Teilrevision von 2005 wurde neben materiellen und institutionellen Bestimmungen auch die Bestimmung über den sachlichen Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes revidiert. Die bundesrätliche Botschaft enthielt in Anlehnung an den Wortlaut von Art. 1 Abs. 3 BGBM von 1995 wiederum eine auf die Wirtschaftsfreiheit bezogene Formulierung. Diese lautete wie folgt: „Als Erwerbstätigkeit [...] gilt jede auf Erwerb gerichtete Tätigkeit, die den Schutz der Wirtschaftsfreiheit genießt, einschliesslich gewerblicher Verrichtungen im Rahmen des öffentlichen Dienstes.“²⁶

59. Das Parlament entschied sich jedoch für eine andere Formulierung ohne Bezugnahme auf die Wirtschaftsfreiheit und stützte stattdessen auf den Begriff der „hoheitlichen Tätigkeit“ ab. Entsprechend gilt das Binnenmarktgesetz heute gemäss Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 BGBM für „jede nicht hoheitliche, auf Erwerb gerichtete Tätigkeit.“²⁷ Diese Fassung von Art. 1 Abs. 3 BGBM geht auf einen Vorschlag des Ständerats zurück, der sich gegenüber dem bundesrätlichen Vorschlag durchsetzte.²⁸ Der Gesetzgeber verzichtete somit in Abweichung zum bundesrätlichen Vorschlag auf die Anknüpfung an den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit und führte gleichzeitig den Begriff der hoheitlichen Tätigkeit ein, ohne diesen aber näher zu definieren.

60. Mit der Revision des sachlichen Geltungsbereichs des Binnenmarktgesetzes verfolgte der Gesetzgeber grundsätzlich zwei Ziele. Zum einen sollte klargestellt werden, dass auch gewerbliche Verrichtungen, die von einem öffentlichen Dienst vorgenommen werden, in den Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes fallen.²⁹ Entsprechend profitieren beispielsweise auch Lehrpersonen an öffentlichen Schulen von den Binnenfreiheiten.³⁰

61. Andererseits sollte mit der Einführung des Begriffs der hoheitlichen Tätigkeit eine Angleichung an den Geltungsbereich des Freizügigkeitsabkommens erfolgen.³¹ Diese Anknüpfung an den Geltungsbereich des Freizügigkeitsabkommens dient der Verhinderung der Inländerdiskriminierung. Damit die materiellen Bestimmungen des Binnenmarktgesetzes zur Verhinderung der Inländerdiskriminierung gemäss Art. 6 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM (vgl. vorn, Rz 55) ihre Wirkung entfalten können, muss gewährleistet sein, dass das Binnenmarktgesetz überhaupt zur Anwendung gelangt. Entsprechend hat der Gesetzgeber den Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes auf den Geltungsbereich des Freizügigkeitsabkommens angepasst.

62. Nachdem also zur Verhinderung der Inländerdiskriminierung die Geltungsbereiche des Binnenmarktgesetzes und des Freizügigkeitsabkommens nach Auffassung des Gesetzgebers deckungsgleich sein müssen, ist Art. 1 Abs. 3 BGBM in Übereinstimmung mit den Bereichsausnahmen gemäss Art. 10, 16 und 22 Abs. 1 Anhang I FZA auszulegen. Diese Bereichsausnahmen entfalten eine direkte Reflexwirkung auf den Begriff der hoheitlichen Tätigkeit nach Art. 1 Abs. 3 BGBM.³²

63. Wie vorstehend ausgeführt, fallen Notare und deren Berufsqualifikationen in den Geltungsbereich des Freizügigkeitsabkommens. Folglich verfügen Notare mit Sitz in der Schweiz im interkantonalen Verhältnis mindestens über die gleichen Marktzugangsrechte wie die Notare im Verhältnis zwischen der EU und der Schweiz.

64. Das Freizügigkeitsabkommen sieht im Verhältnis Schweiz-EU grundsätzlich zwei Anerkennungsregime vor. Im Vordergrund stehen die Anerkennungsregeln gemäss Art. 9 und Anhang III FZA, wonach die sekundärrechtlichen Anerkennungsregeln der EU gemäss Richtlinie 2005/36/EG im Verhältnis Schweiz-EU als direkt anwendbar erklärt werden. Ist eine Berufsqualifikation hingegen nicht vom Geltungsbereich der Richtlinie 2005/36/EG erfasst, ist zusätzlich zu prüfen, ob eine Anerkennung auf der Grundlage des allgemeinen Diskriminierungsverbots gemäss Art. 2 FZA sowie dessen speziellen Ausprägungen in Anhang I FZA möglich ist. Für diese Prüfung ist gestützt auf Art. 16 Abs. 2 FZA die Praxis des EuGH zur primärrechtlichen Anerkennung von Berufsqualifikationen heranzuziehen.³³

D.2.1.1 Sekundärrechtliche Anerkennung gemäss Art. 9 und Anhang III FZA i.V.m. Richtlinie 2005/36/EG

65. Wie vorstehend ausgeführt, hat die Schweiz mit dem Erlass des BGMD und der VMD Anhang III FZA innerstaatlich umgesetzt und so festgehalten, dass Notare Anspruch auf Anerkennung ihrer Berufsqualifikationen zum Zwecke des freien Dienstleistungsverkehrs und der Niederlassungsfreiheit nach Massgabe von Titel II und III der Berufsqualifikationsrichtlinie 2005/36/EG haben (vorn, Rz 39-41).

66. Mit Bezug auf das Binnenverhältnis und Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM bedeutet dies konkret, dass ein Notar mit Sitz in einem Kanton seine Tätigkeit im Rahmen des freien Dienstleistungsverkehrs auch in einem anderen Kanton ausüben darf (maximal 90 Tage pro Jahr) und dabei mindestens über die Anerkennungs- und Marktzugangsrechte gemäss Titel II der Berufsqualifikationsrichtlinie 2005/36/EG sowie den Umsetzungserlassen BGMD und VMD verfügt.

67. Im Rahmen der Niederlassungsfreiheit kann sich ein Notar mit Sitz in einem Kanton in einem anderen Kanton niederlassen und zu diesem Zweck die Marktzugangs- und Anerkennungsrechte gemäss dem „allgemeinen System“ im Sinne von Titel III der Berufsqualifikationsrichtlinie 2005/36/EG geltend machen.

²⁶ Botschaft revBGBM (Fn 8), 505.

²⁷ Zur Auslegung und Bedeutung von Art. 1 Abs. 3 BGBM, MATTHIAS OESCH, Das Binnenmarktgesetz und hoheitliche Tätigkeiten, ZBJV 2012, 377 ff.; NICOLAS DIEBOLD, Gerichtliche Sachverständiger als hoheitlich tätige Organe?, AJP 8/2012, 1162 ff.

²⁸ Zur Entstehung von Art. 1 Abs. 3 auch Zwald (Fn 24), Rz 27-30 und Fn 30; DANIEL KETTIGER, Die amtliche Vermessung im Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes, recht 2010, 30 ff.

²⁹ Botschaft revBGBM (Fn 8), 484.

³⁰ BGE 136 II 470, 476 E. 3.2.

³¹ Botschaft revBGBM (Fn 8), 484: „Andererseits wird mit dieser Präzisierung, wie von einzelnen Vernehmlassungsteilnehmern gewünscht, die inhaltliche Übereinstimmung mit dem bilateralen Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweiz vom 21. Juni 1999 über die Freizügigkeit sichergestellt.“; dazu ausführlich OESCH (Fn 27), 382 f.; DIEBOLD (Fn 27), 1166; ZWALD (Fn 24), Rz 27.

³² DIEBOLD (Fn 27), 1166 f.

³³ Das BGer spricht sich in BGE 136 II 470 E. 4.1 für die Übernahme der EuGH Rechtsprechung zur primärrechtlichen Anerkennung gestützt auf Art. 16 Abs. 2 FZA aus; so auch BGE 133 V 33 E. 9.4; WEKO-Gutachten vom 16. Juli 2012 betreffend Interkantonaler Marktzugang einer Assistenz Zahnärztin aus dem Kanton Appenzell A. Rh., RPW 2012/3 708 ff., Rz 46; NINA GAMMENTHALER, Diplomanerkennung und Freizügigkeit, Diss., Zürich 2010, 338, 364.

68. Die Kantone mit Amtsnotariat bleiben von der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit freiberuflicher Notare insofern unberührt, als Letztere gestützt auf diese Freiheiten nicht das Recht erhalten, in Kantonen mit ausschliesslichem Amtsnotariat eine freiberufliche Notariatspraxis zu eröffnen. Das Gleiche gilt auch für Kantone mit einem gemischten Notariat mit Bezug auf diejenigen notariellen Tätigkeiten, die ausschliesslich dem Staat vorbehalten sind. Umgekehrt ist auch nicht zu erwarten, dass Amtsnotariate in Kantonen mit freiberuflichem Notariat tätig werden und etwa eine Niederlassung begründen würden.

D.2.1.2 Primärrechtliche Anerkennung gemäss Art. 2 und Anhang I FZA

69. Ferner ist zu erwähnen, dass die Anerkennung von Berufsqualifikationen gemäss konstanter Rechtsprechung des EuGH auch aufgrund der primärrechtlichen Grundfreiheiten gemäss dem Vertrag über die Arbeitsweise der EU (AEUV)³⁴ gewährleistet ist. Ein Unionsbürger hat primärrechtlich Anspruch darauf, dass die Behörde des Aufnahmestaates auf sein Gesuch um Anerkennung hin sämtliche Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise sowie die Berufserfahrung berücksichtigt und die dadurch belegten Fachkenntnisse mit den nach nationalem Recht vorgeschriebenen Kenntnissen und Fähigkeiten vergleichen.³⁵ Diese Praxis des EuGH gilt für alle Konstellationen, die nicht in den Geltungsbereich der sekundärrechtlichen Anerkennungsregeln wie die Richtlinie 2005/36/EG fallen.³⁶ Dabei ist zu beachten, dass diese Rechtsprechung nur einen den Grundfreiheiten des AEUV innewohnenden Grundsatz zum Ausdruck bringt und dass diesem Grundsatz nicht dadurch ein Teil seiner rechtlichen Bedeutung genommen wird, dass Richtlinien für die gegenseitige Anerkennung von Diplomen erlassen werden.³⁷

70. Sollte folglich entgegen der aktuell geltenden Regelung gemäss BGMD und VMD die derzeit in der EU laufende Revision der Richtlinie 2005/36/EG zum Resultat führen, dass Notare explizit vom Geltungsbereich dieser Richtlinie ausgenommen werden sollten, so unterstützen Notare innerhalb der EU immerhin noch den primärrechtlichen Grundfreiheiten gemäss AEUV und damit auch den primärrechtlichen Anerkennungsregeln. Die Anerkennung von Berufsqualifikationen würde sich für Notare diesfalls nicht nach der Richtlinie 2005/36/EG, sondern nach den geschilderten Anerkennungsregeln des Primärrechts richten. Diese primärrechtlichen Anerkennungsregeln der EU kommen gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen auch im Verhältnis Schweiz-EU zum tragen (vorn, Rz 64) und gelten aufgrund von Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM auch im Innenverhältnis zwischen den Kantonen.

D.2.2 Anerkennung gemäss Binnenmarktrecht (Art. 4 Abs. 1 und 3 BGBM)

71. Nachdem sich Notare mit Sitz in der Schweiz zur Verhinderung der Inländerdiskriminierung wie dargestellt auf Art. 4 Abs. 3^{bis} und Art. 6 Abs. 1 BGBM berufen können, und mithin das Binnenmarktgesetz auf die notarielle Tätigkeit generell Anwendung finden muss (Art. 1 Abs. 3 BGBM), steht den Notaren mit Sitz in der Schweiz im interkantonalen Verhältnis grundsätzlich auch das bin-

nenmarktrechtliche Anerkennungsregime gemäss Art. 4 Abs. 1 und 3 BGBM offen.

72. Gemäss Art. 4 Abs. 1 BGBM gelten kantonale Fähigkeitsausweise zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz, sofern sie nicht Beschränkungen nach Art. 3 BGBM unterliegen. Als Fähigkeitsausweis gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung „ein Ausweis [...] welcher dem Inhaber definitiv attestiert, über die Fähigkeit zur Ausübung einer bestimmten (Erwerbs-)tätigkeit zu verfügen.“³⁸ Darunter fallen insbesondere auch Berufsausübungsbewilligungen.³⁹ Als Fähigkeitsausweise gelten nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu Art. 4 BGBM – soweit diese vor Inkrafttreten des Anwaltsgesetzes (BGFA; SR 935.61) ergangen ist – kantonale Bewilligungen zur Berufsausübung als Rechtsanwalt.⁴⁰ Entsprechend gelten auch kantonale Bewilligungen zur Berufsausübung als Notar bzw. zur öffentlichen Beurkundung als Fähigkeitsausweis im Sinne von Art. 4 Abs. 1 BGBM.

73. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts umfasst die gegenseitige Anerkennung von Fähigkeitsausweisen die Nachweise über die fachliche und die persönliche Befähigung eines Anbieters.⁴¹ Mit anderen Worten muss die Behörde des Bestimmungsorts gestützt auf den ausserkantonalen Fähigkeitsausweis die fachlichen und persönlichen Bewilligungsvoraussetzungen als erfüllt betrachten und grundsätzlich eine entsprechende Bewilligung ausstellen. Eine Bewilligung kann nur verweigert werden, wenn der ortsfremde Anbieter allfällige weitere Bewilligungsvoraussetzungen nicht erfüllt, oder wenn die Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 und 2 BGBM gegeben sind.

74. Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass kantonale Notariatspatente und andere Nachweise über das erfolgreiche Absolvieren der kantonalen Notariatsprüfung wie auch die gestützt darauf erteilten Berufsausübungsbewilligungen als Fähigkeitsausweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 BGBM gelten.

³⁴ Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 13. Dezember 2007 (Vertrag von Lissabon), ABl. C 83 vom 30.3.2010 S. 47.

³⁵ Urteil des EuGH vom 14.9.2008, C-238/98, *Hocsman*, Slg. 2000 I-6623 Rz 23 f., 34, 37-40.

³⁶ Urteil des EuGH vom 7.5.1991, C-340/89, *Vlassopoulou*, Slg. 1991 I-2357, Rz 16; Urteil des EuGH vom 10.12.2009, C-345/08 *Pešla*, Slg. 2009 I-11677, Rz 23-24, 34-41.

³⁷ Urteil des EuGH vom 22.01.2002 C-31/00, *Dreessen*, Slg. 2002 I-663, Rz 24 f.

³⁸ BGE 125 II 315 E. 2b/bb; 136 II 470 E. 3.2.

³⁹ WEKO-Gutachten vom 17. Dezember 2001 zuhanden des Gesundheitsdepartements des Kantons St. Gallen betreffend Auslegung des Begriffs „Fähigkeitsausweis“ im Sinne von Art. 4 BGBM, RPW 2002, 207 ff., Rz 14 ff.; WEKO-Gutachten vom 16. Juli 2012 zuhanden der Gesundheitsdirektion Zürich betreffend Marktzugang einer Assistenz-zahnärztin aus dem Kanton Appenzell A. Rh., RPW 2012, 708 ff., Rz 37; BGE 136 II 470 E. 5.3; MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, OFK-Wettbewerbsrecht II, BGBM 4 N 1.

⁴⁰ BGE 125 II 406 E. 2b; 125 I 276 E. 5b; Urteil BGer 2P.180/2000 vom 22. Februar 2001 E. 3b.

⁴¹ Das Bundesgericht hat wiederholt bestätigt, dass die Behörde des Bestimmungsortes nur in Ausnahmesituationen befugt ist, die positive Beurteilung des Herkunftsorts mit Bezug auf das Vorhandensein der persönlichen Befähigung einer Rücküberprüfung zu unterziehen, siehe BGE 125 I 276 E. 5b; 125 I 322 E. 4b; 125 II 56 E. 4b; 135 II 12 E. 2.4.

75. Gestützt auf diese Erwägungen gelangt die WEKO zum Schluss, dass die kantonalen Berufsausübungsbevollmächtigungen für Notare grundsätzlich schweizweit anzuerkennen sind. Allfällige Einschränkungen des Marktzugangs für ausserkantonale Notare sind in Form von Auflagen oder Bedingungen zulässig, sofern die Gleichwertigkeitsvermutung gemäss Art. 2 Abs. 5 BGBM widerlegt werden kann und die Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 und 2 BGBM erfüllt sind. Dafür muss die zuständige Behörde in einem ersten Schritt prüfen, ob die generell-abstrakten Zulassungsregeln für Notare und die darauf beruhende Praxis des Herkunftsorts einen gleichwertigen Schutz der in Frage stehenden öffentlichen Interessen erreichen, wie die Vorschriften des Bestimmungsorts. Diesbezüglich gilt die Gleichwertigkeitsvermutung gemäss Art. 2 Abs. 5 BGBM. Ist die Gleichwertigkeitsvermutung in einem konkreten Fall nicht widerlegt, ist dem ausserkantonalen Notar ohne weiteres Marktzugang zu gewähren.⁴²

76. Eine Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung ist dann zu bejahen, wenn die Ausbildungserfordernisse im Herkunftskanton bedeutend tiefer sind als im eigenen Kanton. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ein Hochschulstudium nur im Bestimmungs- und nicht im Herkunftskanton vorausgesetzt wird. Wird die Gleichwertigkeitsvermutung in einem konkreten Fall widerlegt, ist der ortsfremden Person der Nachweis zu ermöglichen, dass sie die erforderlichen Kenntnisse im Rahmen ihrer praktischen Tätigkeit erworben hat (Art. 4 Abs. 3 BGBM). Gelingt dieser Nachweis nicht, kann die Behörde des Bestimmungsorts Marktzugangsbeschränkungen in Form von Auflagen oder Bedingungen erlassen, sofern die Beschränkungen a) gleichermaßen für ortsansässige Personen gelten sowie b) zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und c) verhältnismässig sind (Art. 3 Abs. 1 und 2 BGBM). Grundsätzlich immer unzulässig sind verdeckte Marktzutrittschranken zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen (Art. 3 Abs. 3 BGBM) und Marktzugangsverweigerungen (Art. 3 Abs. 1 BGBM).

77. Die zuständige Behörde des Bestimmungskantons muss folglich unter Berücksichtigung dieser Regeln prüfen, ob die ausserkantonale Bewilligung zur Ausübung des Berufs als Notar frei von Auflagen oder allenfalls mit Auflagen anzuerkennen ist.⁴³

78. In der Praxis und Umsetzung unterscheidet sich das binnenmarktrechtliche Anerkennungssystem kaum vom Anerkennungssystem gemäss Berufsqualifikationsrichtlinie 2005/36/EG. Wie nach dem europarechtlichen Anerkennungsverfahren muss die zuständige Stelle auch im binnenmarktrechtlichen Verfahren in einem ersten Schritt prüfen, ob die Qualifikationen des Gesuchstellers den eigenen kantonalen Anforderungen entsprechen (Art. 4 Abs. 3 und Art. 2 Abs. 5 BGBM). Besteht keine Gleichwertigkeit und kann der Gesuchsteller nicht nachweisen, dass er die erforderlichen Kenntnisse durch eine Ausbildung oder eine praktische Tätigkeit erworben hat (Art. 4 Abs. 3 BGBM), darf die zuständige Stelle gemäss Art. 3 Abs. 1 und 2 BGBM Auflagen verfügen. Eine Auflage könnte etwa darin bestehen, dass der ausserkantonale Notar eine angepasste Eignungsprüfung über das kantonale Recht absolvieren muss.

D.2.3 Zusammenfassung zur Anerkennung von Berufsqualifikationen der Notare

79. Bereits heute bestehen in gewissen Kantonen Regeln über die Anerkennung von ausserkantonalen Notariatspatenten, sei es in Form einer verkürzten Praktikumsdauer, sei es in Form der vollumfänglichen Anerkennung bei gleichwertiger Ausbildung und Bestehen einer angepassten Eignungsprüfung. Anerkennungsregeln gelten auch zwischen Kantonen, in denen bestimmte notarielle Tätigkeiten durch kantonal registrierte Anwälte (mit ausserkantonaalem Anwaltspatent) ausgeübt werden dürfen. Diese vereinzelt bestehenden Anerkennungsregeln werden jedoch wiederum eingeschränkt durch Gegenrechtsbestimmungen und Wohnsitzerfordernisse (dazu ausführlich vorn, C.1).

80. Die gegenwärtige Situation ist wenig befriedigend. Einerseits führt es zu Ungleichbehandlungen, wenn gewisse Kantone Anerkennungsmöglichkeiten vorsehen, gewisse Kantone ein Gegenrecht des Herkunftskantons fordern und gewisse Kantone gar keine Anerkennung gewähren (Art. 8 Abs. 2 BV, Art. 6 Abs. 3 BGBM).⁴⁴ Andererseits lässt sich auch aus Sicht des Verhältnismässigkeitsgebots gemäss Art. 5 Abs. 2 BV kaum begründen, weshalb beispielsweise ein Notar, der über ein Hochschulstudium verfügt, ein mehrjähriges Praktikum und eine Prüfung absolviert hat und mehrere Jahre als selbständiger Notar tätig war, nicht in einem anderen Kanton zugelassen werden kann, ohne wiederum ein mehrjähriges Praktikum und die komplette Prüfung absolvieren zu müssen. Ganz unabhängig von den Entwicklungen im Unionsrecht und im bilateralen Freizügigkeitsrecht ist die WEKO daher der Auffassung, dass die kantonalen Regelungen betreffend die gegenseitige Anerkennung von Notariatspatenten im Binnenverhältnis Schweiz nach einheitlichen und diskriminierungsfreien Kriterien ausgestaltet sein sollten.

81. In binnenmarktrechtlicher Hinsicht lässt sich zusammenfassen, dass die Kantone gestützt auf Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM und Art. 6 Abs. 1 BGBM verpflichtet sind, im interkantonalen Verhältnis zumindest Titel II der Richtlinie 2005/36/EG i.V.m. dem Bundesgesetz über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern in reglementierten Berufen (BGMD) und der Verordnung über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern in reglementierten Berufen (VMD) auf die Anerkennung von notariellen Berufsqualifikationen im interkantonalen Dienstleistungsverkehr anzuwenden. Ob das SBFJ und die Kantone zu diesem Zweck direkt das im BGMD vorgesehene Melde- und Anerkennungsverfahren auch im interkantonalen Verhältnis anwenden oder ob die Kantone eigene Zulassungsverfahren vorsehen, spielt keine Rolle. Eigene kantonale Zulassungsverfahren müssten aber zumindest die gleichen Rechte gewähren wie Titel II der Richtlinie 2005/36/EG.

⁴² BGE 135 II 12 E. 2.4.

⁴³ Vgl. BGE 136 II 470 E. 5.3.

⁴⁴ Vgl. MICHAEL PFEIFER, Die Zukunft des Notariats in Basel, BJM 1999, 20 ff., 24 f., der einen Anspruch auf die Gleichbehandlung von Gewerbetreibenden für freie Notare (wenigstens innerhalb eines Kantons) fordert, wenn der Staat z.B. durch die Zulassungsvoraussetzungen die Wettbewerbsneutralität verletzt.

82. Indem die Notare im bilateralen Verhältnis den Anerkennungsregeln gemäss Titel II der Richtlinie 2005/36/EG (Anerkennung im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit) unterstellt sind, lässt sich schliessen, dass Notare keine hoheitlichen Befugnisse im Sinne von Art. 22 Abs. 1 Anhang I FZA (Bereichsausnahme zur Dienstleistungsfreiheit) ausüben. Entsprechend üben Notare auch keine hoheitliche Befugnisse im Sinne von Art. 16 Anhang I FZA aus (Bereichsausnahme zur Niederlassungsfreiheit), woraus zu schliessen ist, dass Notare im bilateralen Verhältnis Schweiz-EU auch von den Anerkennungsregeln gemäss Titel III der Richtlinie 2005/36/EG (Anerkennung im Rahmen der Niederlassung) profitieren. Entsprechend sind die Kantone gestützt auf Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM verpflichtet, die Anerkennung von Berufsqualifikationen ausserkantonaler Notare, die sich im Bestimmungskanton niederlassen, nach der allgemeinen Regelung für die Anerkennung von Ausbildungsnachweisen gemäss Art. 10-15 der Richtlinie 2005/36/EG zu beurteilen.

83. Als Alternative zu den beiden Anerkennungsverfahren gemäss Art. 4 Abs. 3^{bis} i.V.m. der Richtlinie 2005/36/EG steht es den Kantonen frei, die binnenmarktrechtlichen Anerkennungsregeln gemäss Art. 4 Abs. 1 und 3 i.V.m. Art. 3 BGBM anzuwenden. Die Anwendung der binnenmarktrechtlichen Anerkennungsregeln darf einzig nicht dazu führen, dass die Anerkennung nach strengeren Kriterien beurteilt wird als unter der Richtlinie 2005/36/EG.

D.3 Interkantonale Anerkennung von öffentlichen Urkunden gemäss Binnenmarktrecht

84. Das Binnenmarktgesetz garantiert den freien Dienstleistungsverkehr nach dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung. Der freie Dienstleistungsverkehr umfasst sowohl die aktive und passive Dienstleistungsfreiheit als auch die Korrespondenzdienstleistungsfreiheit. Bei der aktiven Dienstleistungsfreiheit überschreitet der Leistungserbringer vorübergehend die Binnengrenze und erbringt die Leistung am Ort des Leistungsempfängers. Die passive Dienstleistungsfreiheit regelt die umgekehrte Situation, in der der Leistungsempfänger die Binnengrenzen überquert und die Dienstleistung am Ort des Leistungserbringers bezieht. Bei der Korrespondenzdienstleistung verbleiben Erbringer und Empfänger an ihrem jeweiligen Ort und nur die Dienstleistung selber überquert die Binnengrenzen.

85. Die binnenmarktrechtliche Bestimmung zum freien Dienstleistungsverkehr gemäss Art. 2 Abs. 3 BGBM umfasst alle drei Dienstleistungsfreiheiten und sieht vor, dass eine Leistung schweizweit nach den Vorschriften des Herkunftsorts angeboten werden darf. Zudem gewährleistet das Binnenmarktgesetz einen gleichberechtigten Zugang zum Markt (Art. 1 Abs. 1 BGBM). Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung kommt auch in Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM zum Ausdruck, wonach allfällige Beschränkungen des Marktzugangs nur zulässig sind, wenn diese gleichermassen auch für ortsansässige Personen gelten. Aus der Botschaft zum Binnenmarktgesetz geht hervor, dass die beiden für einen Binnenmarkt elementaren Grundsätze der Nichtdiskriminierung und des Herkunftsprinzips im Binnenmarktgesetz verankert wur-

den und alle Hauptverpflichtungen Ausfluss dieser beiden Grundsätze sind.⁴⁵

86. Die Frage der Anerkennung ausserkantonaler öffentlicher Urkunden beschlägt die passive Dienstleistungsfreiheit und die Korrespondenzdienstleistungsfreiheit von Urkundspersonen. Der Leistungsempfänger sendet das zu beurkundende Dokument an den Leistungserbringer oder trifft diesen an seinem Herkunftsort. Die Urkundsperson erstellt die öffentliche Urkunde am Ort ihrer Niederlassung gemäss den dort geltenden Vorschriften. Diese Form der passiven Dienstleistungsfreiheit und der Korrespondenzdienstleistungsfreiheit ist nur gewährleistet, wenn die nach den Vorschriften am Ort der Niederlassung der Urkundsperson erstellten öffentlichen Urkunden auch in anderen Kantonen anerkannt werden.

87. Gemäss dem in Art. 2 Abs. 3 BGBM verankerten Herkunftsprinzip verfügen Urkundspersonen über ein Recht, ihre Leistung grundsätzlich schweizweit anzubieten. Folglich stellt die Verweigerung der Anerkennung ausserkantonaler öffentlicher Urkunden eine vom Herkunftsprinzip abweichende Marktzugangsbeschränkung dar. Das gleiche Resultat ergibt sich unter Anwendung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung. Die Nichtanerkennung ausserkantonaler öffentlicher Urkunden stellt eine Marktzugangsbeschränkung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 BGBM dar, die ausserkantonale Urkundspersonen direkt diskriminiert und damit gegen den Grundsatz der Nichtdiskriminierung verstösst.

88. Gestützt auf diese Erwägungen kommt die WEKO zum Schluss, dass die Kantone ausserkantonale öffentliche Urkunden unter Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 BGBM gleich behandeln müssen wie öffentliche Urkunden, die von ortsansässigen Urkundspersonen erstellt worden sind. Entsprechend sind die Handelsregister- und Grundbuchämter wie auch die kantonalen Gerichte und Vollstreckungsbehörden gehalten, öffentliche Urkunden, die von ausserkantonalen Urkundspersonen erstellt worden sind, vollumfänglich anzuerkennen. Die Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde ist heute bereits weitgehend gewährleistet, mit Ausnahme der öffentlichen Urkunden betreffend Grundstücksgeschäfte. Nach Auffassung der WEKO vermag diese Ausnahme den binnenmarktrechtlichen Anforderungen nicht mehr standzuhalten. Darüber hinaus ist zu beachten, dass die Freizügigkeit öffentlicher Urkunden betreffend Grundstücksgeschäfte auch in der Lehre bereits seit geraumer Zeit starke Zustimmung findet.⁴⁶

⁴⁵ Botschaft BGBM (Fn 23), 1257.

⁴⁶ MOOSER (Fn 3), 235 f.; ROLAND VON BÜREN, Notare und Wettbewerb, in: Peter Ruf/Roland Pfäffli (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre Verband bernische Notare, Langenthal 2003, 79 ff., 88; CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, 224; CHRISTOPH LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückkaufvertrags, in: Alfred Koller (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 2. Aufl., Bern 2001, 43; JÖRG SCHMID, Thesen zur öffentlichen Beurkundung, ZBGR 74/1993, 1 ff., 11; DERS., Les règles intercantionales relatives aux actes authentiques pour les contrats portant sur des droits réels relatifs à des biens-fonds (note de jurisprudence), BR 1989, 12 ff., 14; vgl. auch Entscheid des Obergerichts des Kantons Basel-Landschaft vom 9. Mai 2000, ZBGR 83/2002, S. 278 ff. = BJM 2001, S. 301 ff.

89. In diesem Zusammenhang ist auch auf den Vorentwurf betreffend die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Öffentliche Beurkundung) und den diesbezüglichen erläuternden Bericht vom Dezember 2012 hinzuweisen.⁴⁷ Der Vorentwurf sieht eine Revision des SchIT ZGB vor, wonach öffentliche Urkunden neu auch in elektronischer Form errichtet werden dürfen. Darüber hinaus sieht der Vorentwurf vor, dass gewisse Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung und damit verbunden auch die interkantonale Anerkennung öffentlicher Urkunden eingeführt werden soll (Art. 55m VE-SchIT ZGB). Der erläuternde Bericht hält diesbezüglich fest, dass grundsätzlich keine öffentlichen Interessen gegen die Freizügigkeit öffentlicher Urkunden im Bereich der Grundstückverträge sprechen (S. 28 ff.).

90. Die WEKO befürwortet die spezialgesetzliche Einführung der Anerkennung öffentlicher Urkunden und die damit verbundene Belegung des interkantonalen Wettbewerbs im Bereich des Grundbuchnotariats. Die spezialgesetzliche Lösung bringt gegenüber der binnenmarktrechtlichen Lösung den Vorteil, dass die Freizügigkeit der Urkunde durch eine konkrete Norm präzise geregelt werden kann und nicht von den abstrakten Marktzugangsgrundsätzen des Binnenmarktgesetzes abgeleitet werden muss. In diesem Sinne spricht sich die WEKO auch unabhängig von den binnenmarktrechtlichen Erwägungen und gestützt auf ihr wettbewerbspolitisches Empfehlungsrecht gemäss Art. 45 Abs. 2 KG für die Einführung der interkantonalen Anerkennung von öffentlichen Urkunden im Bereich der Grundstücksgeschäfte aus.

91. Die volle Anerkennung öffentlicher Urkunden im Bereich der Grundstückverträge führt zu einer gewissen Abschwächung des Rechts der Kantone, die Anerkennung ausserkantonaler Notariatspatente zu verweigern, wenn im Herkunftskanton deutlich tiefere Ausbildungserfordernisse gelten. Auch öffentliche Urkunden, die von ausserkantonalen Notaren mit einer tieferen Ausbildung erstellt wurden, müssen anerkannt werden. Aus Sicht der Konsumenten ist dieses Resultat insofern gerechtfertigt, als sich Konsumenten, die eine Urkunde in ihrem Wohnsitzkanton erstellen lassen, gewährleisten, dass alle im Kanton tätigen Notare über die gleiche, in diesem Kanton geforderten Qualifikationen verfügen. Gleichzeitig haben die Konsumenten aber die Möglichkeit, die Urkunde unter Berücksichtigung von Qualifikation, Leistung und Preis von ausserkantonalen Notaren erstellen zu lassen.

E Schlussfolgerungen

92. Der EuGH hat mit seinen Urteilen vom Mai 2011 einen Paradigmenwechsel eingeleitet, indem er die Geltung der europarechtlichen Grundfreiheiten auf die notarielle Tätigkeit ausgedehnt und Staatsbürgerschaftserfordernisse für unzulässig erklärt hat. Damit gelten innerhalb der EU für Notare auch die primärrechtlichen Regeln zur Anerkennung von Berufsqualifikationen. Die Frage der Geltung der sekundärrechtlichen Anerkennungsregeln für Notare ist Gegenstand der laufenden Revision der Richtlinie 2005/36/EG. Diese Entwicklungen bilden den Anstoss für die binnenmarktrechtliche Untersuchung der WEKO betreffend die interkantonale Freizügigkeit für Notare sowie die interkantonale Aner-

kennung von öffentlichen Urkunden im Binnenmarkt Schweiz. Unter dem Titel „Freizügigkeit für Notare“ prüfte die WEKO die kantonalen Regelungen betreffend die interkantonale Anerkennung der Berufsqualifikationen von freiberuflichen Notaren und von Amtsnotaren sowie die kantonalen Wohnsitzerfordernisse. Die Prüfung der interkantonalen Anerkennung von öffentlichen Urkunden betrifft vorwiegend die Anerkennung ausserkantonal errichteter Urkunden im Bereich der Grundstücksgeschäfte.

93. Aufgrund der Urteile des EuGH vom Mai 2011 gelangt die WEKO unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und Lehre zu Art. 16 Abs. 2 FZA sowie der per 1. September 2013 in Kraft getretenen Erlasse im Bereich der innerstaatlichen Umsetzung des Freizügigkeitsabkommens (BGMD, VMD) zur Auffassung, dass für die interkantonale Anerkennung von Berufsqualifikationen ein Handlungsbedarf besteht. So wie sich die rechtliche Situation momentan präsentiert, können Notare aus der EU gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen in den Kantonen die Anerkennung ihrer Berufsqualifikationen beantragen und im Rahmen des Anerkennungsverfahrens gegebenenfalls eine Eignungsprüfung durchführen. Damit sind Notare aus der EU mit Bezug auf den Marktzugang in der Schweiz besser gestellt als Schweizer Notare im Binnenverhältnis. Ob sich diese potentiell bestehende Gefahr der Inländerdiskriminierung verwirklicht, wird sich im Verlaufe der nächsten Zeit zeigen.

94. Nach Auffassung der WEKO besteht im Binnenmarkt Schweiz aber selbst dann ein Handlungsbedarf, wenn eine Inländerdiskriminierung vorderhand ausbleiben sollte. Ganz unabhängig von den europarechtlichen Entwicklungen zeigt auch die von der WEKO durchgeführte Untersuchung und Vernehmlassung, dass zwar bereits heute vereinzelt kantonale Anerkennungsregeln bestehen, diese sich aber aufgrund von Gegenrechtsbestimmungen in sachlich unbegründeter Weise diskriminierend auswirken. Dort, wo jegliche Anerkennungsregeln fehlen, erscheint es unverhältnismässig, dass einem Notar mit Hochschulabschluss, mehrjährigem Praktikum, bestandener Notariatsprüfung und möglicherweise mehrjähriger Berufserfahrung im Rahmen der Zulassung in einem anderen Kanton nichts davon angerechnet und dieser einem Studienabgänger gleichgestellt wird. Schliesslich profitieren insbesondere Anwälte von einem erleichterten interkantonalen Zugang zur notariellen Tätigkeit, soweit die Kantone Anwälte für diese Tätigkeit zulassen.

95. Neben den beschränkten Möglichkeiten der interkantonalen Anerkennung von Berufsqualifikationen für Notare wirkt sich insbesondere auch die in vielen Kantonen vorgesehene Wohnsitzpflicht als Handelshemmend aus. Diese Wohnsitzerfordernisse für Notare sind aus Sicht der WEKO nicht mehr zeitgemäss. Sowohl vor dem Hintergrund der Niederlassungsfreiheit, der Verhältnismässigkeit als auch des Binnenmarktrechts ist die Wohnsitzpflicht sachlich nicht begründbar. Sie zielt einzig darauf

⁴⁷ Erhältlich auf www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2012/2012-12-14/vn-ber-d.pdf und www.admin.ch.

ab zu verhindern, dass Notare in mehr als einem Kanton gleichzeitig tätig sein können. Aus wettbewerblicher Sicht wäre aber zu begrüssen, dass ein Notar bei entsprechender Eignung in mehr als einem Kanton gleichzeitig als Urkundsperson tätig sein kann, zumindest im Umfang die jeweiligen Kantone freiberufliche Notare zulassen.

96. Ferner befürwortet die WEKO die Einführung der interkantonalen Anerkennung von öffentlichen Urkunden im Bereich der Grundstücksgeschäfte. Wird von der Anwendbarkeit des Binnenmarktgesetzes ausgegangen, ergibt sich die Anerkennungspflicht aus der passiven Dienstleistungsfreiheit und dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung, selbst wenn in diesem Bereich keine Gefahr der Inländerdiskriminierung droht. Im Rahmen der derzeit laufenden Revision des SchIT ZGB sieht das BJ die Einführung einer Bestimmung betreffend die interkantonale Anerkennung aller öffentlichen Urkunden vor. Die WEKO unterstützt diese Bestrebungen und empfiehlt dem Bundesrat, den Vorschlag des BJ in den Entwurf des revidierten SchIT ZGB aufzunehmen. Den Kantonen wird empfohlen das kantonale Recht dahingehend anzupassen, dass die kantonalen Grundbuchämter ausserkantonal erstellte öffentliche Urkunden uneingeschränkt anerkennen und eintragen müssen.

97. In diesem Sinne empfiehlt die WEKO sowohl vor dem Hintergrund der unionsrechtlichen Entwicklungen als auch zur Belebung eines Leistungs- und Preiswettbewerbs im Bereich der notariellen Tätigkeiten und zur Gewährleistung der beruflichen Mobilität von Notaren die Einführung von binnenmarktrechtlichen Kriterien zur Anerkennung von Berufsqualifikationen von Notaren, die Abschaffung der Wohnsitzpflichten sowie die interkantonale Anerkennung von öffentlichen Urkunden im Bereich der Grundstücksgeschäfte.

F Empfehlungen

98. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen erlässt die WEKO gestützt auf Art. 8 Abs. 3 und 4 BGBM sowie subsidiär auf Art. 45 Abs. 2 KG folgende Empfehlungen:

1. Die Kantone werden *ersucht*, ausserkantonale Notare unter Anerkennung deren Fähigkeitsausweise für diejenigen Tätigkeiten zuzulassen, die

im eigenen Kanton ebenfalls durch freierwerbende Notare ausgeübt werden dürfen. Die Anerkennung ausserkantonalen Fähigkeitsausweise richtet sich nach folgenden Hauptgrundsätzen:

- Die Anerkennung eines ausserkantonalen Fähigkeitsausweises kann – muss aber nicht – verweigert werden, wenn die Ausbildungserfordernisse im Herkunftskanton bedeutend tiefer sind als im eigenen Kanton. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ein Hochschulstudium mit Masterabschluss nur im Bestimmungs- und nicht im Herkunftskanton vorausgesetzt wird.
 - Bei gleichwertigen Ausbildungserfordernissen kann – muss aber nicht – ein Eignungstest über kantonales Recht und lokale Gegebenheiten durchgeführt werden, sofern sich diese von Recht und Gegebenheiten des Herkunftskantons bedeutend unterscheiden.
2. Die Kantone werden *ersucht*, im Bereich des freien Notariats auf Marktzugangsbeschränkungen wie Gegenrechtbestimmungen, Wohnsitzpflichten und Staatsbürgerschaftserfordernisse zu verzichten.
 3. Die Kantone werden *ersucht*, im Rahmen der Stellenbesetzung von staatlichen Urkundspersonen auch Personen zu berücksichtigen, die ihre Berufsqualifikation in einem anderen Kanton erlangt haben.
 4. Dem Bundesrat wird *empfohlen*, im Entwurf zur Revision des SchIT ZGB (Öffentliche Beurkundung) die Anerkennung aller öffentlichen Urkunden zwischen den Kantonen zu normieren.
 5. Den Kantonen wird vor dem Hintergrund der anstehenden Revision des SchIT ZGB wie auch von Art. 2 Abs. 1-3 BGBM und Art. 45 Abs. 2 KG *empfohlen*, im kantonalen oder interkantonalen Recht die Grundlagen zu schaffen, nach denen die Anerkennung von ausserkantonalen Urkunden betreffend Grundstücksgeschäfte möglich wird.

B 2.8

2. Recommandation du 23 septembre 2013 – Libre circulation des notaires et des actes authentiques

Recommandation du 23 septembre 2013 à l'intention des cantons et du Conseil fédéral concernant la libre circulation des notaires et des actes authentiques.

A Contexte

1. La réglementation des modalités de la forme authentique relève de la compétence des cantons (art. 55 du titre final du Code civil¹ ; Tit. fin. CC ; RS 210) . Les cantons déterminent en particulier quelles personnes peuvent procéder à l'établissement d'actes authentiques. En Suisse, le notariat apparaît sous trois différentes formes :²

- Le notariat d'État ou notariat officiel (SH, ZH) : ce notariat inspiré du droit allemand prévoit que les actes authentiques ne peuvent être dressés que par des notaires de fonction engagés par l'État.
- Le notariat libre ou latin (AG, BE, BL, BS, FR, GE, NE, JU, TI, UR, VD, VS) : ce notariat libéral prévoit l'instrumentation des actes authentiques par des notaires indépendants («selbstständig erwerb-stätig»). Les notaires se trouvent en situation de concurrence, et l'État intervient en principe au niveau réglementaire pour fixer des tarifs ou le nombre des notaires autorisés. Dans certains cantons, les notaires ne peuvent exercer aucune autre activité, alors que, dans d'autres, ils peuvent également être avocats.
- Le notariat mixte (AI, AR, GL, LU, NW, OW, SG, SO, SZ, TG, ZG) : les cantons connaissant un notariat mixte réservent certains domaines aux notaires d'État (p. ex. les affaires relevant du registre foncier), laissant, de manière exclusive ou en concurrence avec le notariat officiel, les autres domaines aux notaires exerçant à titre indépendant.

2. Selon la conception traditionnelle, l'activité notariale est exercée conformément au principe de la territorialité.³ Cela signifie, d'une part, que les notaires ne sont compétents pour instrumenter des actes que dans le canton qui leur a délivré leur autorisation de pratiquer. D'autre part, sur la base de ce principe, se pose la question de la libre circulation des actes authentiques entre cantons.

3. Dans un arrêt de 2002 (ATF 128 I 280), confirmant sa pratique en la matière, le Tribunal fédéral a jugé que la liberté économique (art. 27 de la Constitution fédérale; Cst. ; RS 101), l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP ; RS 0.142.112.681) et la Loi fédérale sur le marché intérieur (LMI ; RS 943.02) ne s'appliquaient pas à l'activité des notaires, et que ceux-ci ne pouvaient donc pas bénéficier des libertés qui y sont inscrites.⁴ Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les cantons ne sont pas tenus de reconnaître les certificats de capacité des notaires d'un autre canton.⁵ Ils peuvent prévoir que les actes ayant pour objet des immeubles doivent

avoir été passés au lieu de situation de ceux-ci (*lex rei sitae*).⁶

4. L'exclusion du notariat du champ d'application de la LMI et de l'ALCP est depuis entrée en contradiction avec la nouvelle jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)⁷ selon laquelle les activités liées à l'instrumentation d'actes authentiques exercées par les notaires n'impliquent pas l'exercice de l'autorité publique ni aucune prérogative régaliennne. Les notaires de l'Union européenne (UE) bénéficient donc aujourd'hui des libertés fondamentales du droit primaire, en particulier la liberté d'établissement. Ces évolutions du droit communautaire peuvent également avoir des effets sur le droit bilatéral qui régit la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE. Dans ce contexte, la question se pose de savoir si et, le cas échéant, dans quelle mesure il est nécessaire d'intervenir du point de vue du droit du marché intérieur dans le domaine de l'activité notariale.

B Compétence de la COMCO

5. Aux termes de l'art. 8 al. 1 LMI, la Commission de la concurrence (COMCO) veille à ce que la Confédération, les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches publiques respectent cette loi. Elle peut effectuer des enquêtes et adresser des recommandations aux autorités concernées (art. 8 al. 3 LMI). Elle garantit, en collaboration avec les cantons et les services fédéraux concernés, la bonne exécution de l'art. 4 al. 3^{bis} LMI, et peut formuler des recommandations à cet effet (art. 8 al. 4 LMI). L'art. 4 al. 3^{bis} LMI prévoit que la reconnaissance intercantonale des certificats de capacité couverts par l'ALCP est régie par cet accord. S'agissant de la mise en œuvre de l'art. 4 al. 3^{bis} LMI, la

¹ Titre final du code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210).

² Pour un aperçu, cf. p. ex. RENÉ BIBER, *Die Zukunft des Amtsnotariats in der Schweiz*, in : Aktuelle Themen zur Notariatspraxis : 1^{er} Congrès des notaires suisses, Fédération suisse des notaires SNV/FSN, Muri bei Bern, 2010, p. 139 ss., p. 141 ss. ; JULIEN SCHLAEPPI, *La rémunération du notaire de tradition latine*, Genève/Bâle/Zurich, 2009, p. 1 ss.

³ MICHEL MOOSER, *Le droit notarial en Suisse*, Berne, 2005, p. 228 ss.

⁴ Cf. aussi ATF 73 I 366, p. 371 s. ; arrêt du Tribunal fédéral (TF) du 30 juin 1998 ; arrêts du TF 2P.110/2002 et 2P.264/2002 du 6 août 2003, consid. 4.2.4 ; arrêt du TF 2P.237/2003 du 29 janvier 2004, consid. 4, et les références citées.

⁵ Arrêts du TF 2P.110/2002 et 2P.264/2002 du 6 août 2003, consid. 4.2.4.

⁶ ATF 113 II 501 consid. 3.

⁷ Arrêt de la CJUE du 24 mai 2011 C-54/08, *Commission/Allemagne*, Rec. 2011 I-4355, pt 110 s. (pas d'exercice de l'autorité publique par les notaires ; v. également les affaires C-61/08, C-53/08, C-51/08, C-50/08, C-47/08).

COMCO assume une véritable tâche d'exécution, conformément à l'art. 8 al. 4 LMI.⁸

6. Le 26 mars 2013, en vertu du mandat d'exécution que lui confie la loi, la COMCO a ouvert une enquête relevant du droit sur le marché intérieur concernant la libre circulation des notaires et mené une consultation auprès des cantons ainsi que les services fédéraux concernés (Secrétariat d'État à la formation, à la recherche et à l'innovation [SEFRI], Office fédéral de la justice [OFJ] et Surveillance des prix [SPR]). Se sont également exprimés la Fédération suisse des notaires (FSN), avec un avis du Centre de droit notarial de l'Université de Lausanne, l'Ordre des avocats saint-gallois et la Chambre des notaires de Neuchâtel. Le 4 septembre 2013, des représentants de la COMCO et de son Secrétariat ont reçu une délégation de la FSN afin de discuter des effets du jugement de la CJUE de mai 2011 en Suisse de même que de la libre circulation des notaires et des actes authentiques. Le canton de Berne a joint une expertise du Prof. Stephan Wolf et de M. Riccardo Brazzerol de l'Université de Berne à sa prise de position.

7. Outre les bases juridiques régissant le marché intérieur, l'art. 45 de la Loi sur les cartels (LCart ; RS 251) confie à la COMCO le soin d'observer la situation de la concurrence et d'adresser aux autorités des recommandations visant à promouvoir une concurrence efficace, notamment en ce qui concerne l'élaboration et l'application des prescriptions de droit économique. Si, au gré des évolutions futures de la législation ou de la jurisprudence, l'activité notariale devait ne plus relever du champ d'application de l'ALCP et de la LMI, contrairement à la situation juridique actuelle, les présentes recommandations de la COMCO resteraient valables à titre subsidiaire conformément à l'art. 45 al. 2 LCart.

C Rapport de consultation

8. La prise de position du Centre de droit notarial de l'Université de Lausanne, l'expertise du Prof. Stephan Wolf et de M. Riccardo Brazzerol de l'Université de Berne, les avis de l'OFJ et de l'Ordre des avocats saint-gallois et plusieurs avis émanant des cantons, notamment, arrivent à la conclusion que l'établissement d'actes authentiques par les notaires n'est pas soumis au droit bilatéral de la libre circulation des personnes, et qu'une subordination serait pour le moins discutable, si bien que la question de la discrimination à rebours des notaires suisses et de l'applicabilité de la LMI ne se poserait pas du point de vue suisse. Ce point fait l'objet de l'analyse juridique figurant sous le titre D. Les avis des cantons concernant la libre circulation des notaires et la libre circulation des actes authentiques sont résumés dans les lignes qui suivent.

C.1 Libre circulation des notaires

9. Les cantons de Bâle-Campagne et d'Obwald ainsi que la Surveillance des prix se prononcent expressément en faveur de l'introduction de la libre circulation des notaires et de la reconnaissance des certificats de capacité délivrés par un autre canton. Les cantons d'Argovie, d'Appenzell Rhodes-Intérieures, de Bâle-Ville, de Berne, de Glaris, de Nidwald, de Schwyz, de Thurgovie, de Saint-Gall, de Schaffhouse et du Valais ne sont pas foncièrement opposés à la reconnaissance des cer-

tificats de capacité établis dans un autre canton, pour autant que le notaire concerné dispose de qualifications équivalentes (p. ex. études universitaires de niveau master, stages similaires) et, le cas échéant, qu'il soit possible de mener une épreuve d'aptitude en droit cantonal (en particulier droit fiscal et droit notarial).

10. S'agissant des notaires indépendants, certains cantons accordent aujourd'hui déjà aux notaires provenant d'un autre canton un accès facilité à l'activité notariale sur leur territoire. Les modalités sont toutefois très différentes d'un canton à l'autre. Dans le canton de Neuchâtel, par exemple, la durée de stage est simplement réduite d'un an pour les notaires extérieurs au canton, mais la procédure cantonale normale d'admission et d'examen est appliquée. Les cantons de Schwyz et de Thurgovie prévoient, à formation égale, une épreuve d'aptitude orale pour la reconnaissance des brevets délivrés par un autre canton. Les cantons d'Argovie, de Berne, de Glaris et d'Obwald limitent la reconnaissance aux notaires des cantons de provenance qui accordent la réciprocité.

11. Il y a une forme de libre circulation des notaires dans les cantons dans lesquels certaines activités notariales peuvent être exercées par les avocats. Les avocats peuvent en principe s'inscrire au registre des avocats de n'importe quel canton, indépendamment du canton dans lequel ils ont obtenu leur brevet d'avocat. Certains cantons prévoient la possibilité d'admettre dans le registre des notaires les avocats inscrits au registre cantonal des avocats qui sont titulaires d'un brevet délivré par un autre canton (par ex. AI, AR, GL), ou pour le moins leur admission à l'examen, éventuellement facilitée, de notaire (par ex. LU, SG, SZ, ZG). La réciprocité peut là aussi être exigée, comme dans le canton de Glaris.

12. En dépit de ces éléments de libre circulation, les systèmes cantonaux sont organisés de manière à ce que les notaires ne puissent pas exercer parallèlement leur activité dans plusieurs cantons. L'exigence quant au domicile ou au siège social prévue par bon nombre de cantons (par ex. AI, FR, GE, GR, LU, NE, NW, OW, SG, SZ, TI, UR, VD, VS, ZG) en est une illustration. Dans le canton d'Argovie, il n'y a pas d'obligation de domicile, mais un notaire issu d'un autre canton n'est admis, après avoir réussi l'épreuve d'aptitude, que s'il renonce à pratiquer dans son canton de provenance.

13. S'agissant des notaires de fonction, quelques cantons (GR, SG, SH, notamment) n'ont pas d'objection à ce que des personnes justifiant des compétences nécessaires mais issues d'un autre canton puissent être engagées.

⁸ Message du 24 novembre 2004 relatif à la révision de la Loi sur le marché intérieur, FF 2005 p. 421 ss., p. 444 : « Le nouvel alinéa 4 entend garantir la bonne exécution de l'art. 4, al. 5 [sic ; recte : 3^{bis}], LMI. Compte tenu de la nécessaire coordination entre la Confédération et les cantons pour la reconnaissance des certificats de capacité et des diplômes et afin d'en garantir l'« exécutabilité », il est judicieux que la Comco collabore avec les cantons et les services fédéraux chargés des questions de reconnaissance (Office fédéral de la formation professionnelle et de la technologie, OFFT, et Bureau de l'intégration, IB) lors de l'élaboration de recommandations d'exécution ad hoc adressées aux services cantonaux concernés. Cette solution est simple et efficace. »

14. Tous les autres cantons sont opposés à la libre circulation des notaires et ne connaissent pas de procédure d'accès simplifiée pour les notaires provenant d'un autre canton. Les principales raisons invoquées à l'appui de leur opposition sont les suivantes.

C.1.1 Pluralité de systèmes de notariat

15. Plusieurs cantons pensent que la pluralité des formes d'organisation cantonale du notariat s'oppose à la libre circulation des notaires. Dans le même esprit, si la libre circulation est introduite, ils craignent que les formes de notariat d'État soient considérées comme des obstacles à l'accès au marché et, partant, qu'une pression puisse être exercée.

16. Cette préoccupation doit être prise en considération en cas d'introduction de la libre circulation. La COMCO estime toutefois que la libre circulation des notaires n'entraînerait pas une limitation des compétences cantonales quant au choix de la forme d'organisation. Dans la mesure où un canton réserve les activités notariales en tout ou partie à l'État, il n'y a pas place pour introduire la libre circulation des notaires indépendants. En d'autres termes, on ne peut pas demander à un canton d'autoriser des notaires extérieurs au canton à exercer sur le territoire cantonal des activités qui, sans liberté de circulation, sont pratiquées uniquement par des personnes au service de l'État. Mais dans la mesure où un canton autorise des notaires indépendants à exercer toutes ou certaines activités notariales, aussi en concurrence avec des notaires de fonction, il n'y a aucune raison inhérente au système de refuser la reconnaissance des notaires extérieurs au canton.

17. Il serait tout à fait envisageable d'introduire deux régimes de libre circulation différents. Les notaires indépendants pourraient être actifs dans plusieurs cantons pour autant que chaque canton accorde une autorisation d'exercer à des notaires indépendants. Les agents de l'État (p. ex. les conservateurs du registre foncier) auraient également la possibilité de briguer des postes hors du canton si leurs qualifications et leur expérience sont reconnues. En conséquence, aux yeux de la COMCO, la pluralité des formes d'organisation cantonales de notariat ne s'oppose pas foncièrement à l'introduction de la libre circulation.

C.1.2 Diversité des exigences en matière de formation

18. La grande diversité des exigences en matière de formation au niveau cantonal est un autre argument avancé pour s'opposer à l'introduction de la libre circulation des notaires. Les notaires indépendants doivent en principe avoir suivi des études universitaires, accompli un stage d'une certaine durée et subi avec succès un examen (par ex. AG, BE, GE, NE), alors que posséder un titre universitaire n'est généralement pas une condition impérative pour les notaires de fonction (par ex. SH, ZH).

19. Ces disparités cantonales concernant les conditions d'admission des notaires s'opposent à la reconnaissance automatique des brevets de notaire. Cette reconnaissance automatique exigerait une harmonisation des exigences cantonales en matière de formation, comme c'est le cas pour les avocats depuis l'entrée en vigueur

de la Loi sur les avocats (LLCA, RS 935.61). Tant qu'il n'y a pas de standards de formation minimaux pour les notaires, un canton doit pouvoir vérifier, dans le cadre d'une procédure de reconnaissance, les qualifications des candidats porteurs d'un brevet délivré par un autre canton pour refuser cette reconnaissance s'il constate des différences importantes avec ses propres conditions d'admission.

C.1.3 Connaissances du droit cantonal et des particularités locales

20. Dernier argument mis en avant, les notaires extérieurs au canton manqueraient de connaissances du droit cantonal (législation cantonale sur le registre foncier, droit fiscal, droit de la construction, procédure de la forme authentique) et des particularités locales (prix des immeubles sur le marché, spécificités de l'immeuble liées à la création de servitudes, zones d'avalanche et de glissement de terrain, sites pollués, risques d'inondations, particularités géologiques). Il s'ensuivrait que le notaire ne pourrait pas assumer son obligation de renseigner ni garantir la protection souhaitée des parties. Compte tenu l'obligation d'instrumenter, il en résulterait un risque élevé en matière de responsabilité pour les notaires et les cantons (responsabilité de l'État).

21. Cette préoccupation peut être prise en considération en accordant la possibilité aux cantons, dans le cadre de la procédure de reconnaissance, d'exiger la preuve que le notaire extérieur au canton possède des connaissances suffisantes du droit cantonal. Une épreuve d'aptitude, par exemple, pourrait constituer cette preuve. Néanmoins, il est indiqué, dans ce contexte, d'examiner la profession d'avocat à des fins de comparaison. L'entrée en vigueur de la LLCA, le 1^{er} juin 2002, a consacré la libre circulation complète des membres de cette profession. Bien que, par exemple, le droit cantonal régissant la procédure civile, la procédure pénale et la procédure administrative présentât naguère de grandes disparités, les avocats pouvaient travailler partout sans devoir subir préalablement une épreuve d'aptitude sur le droit de procédure du canton concerné. Par conséquent, on peut aussi attendre des notaires qu'ils assument leur responsabilité et se familiarisent avec le droit cantonal et les particularités locales avant d'entamer leur activité.

C.2 Libre circulation des actes authentiques

22. La libre circulation des actes authentiques est aujourd'hui déjà largement garantie, mis à part ceux qui concernent les opérations immobilières. Les cantons d'Argovie, de Bâle-Campagne et d'Obwald ainsi que la Surveillance des prix sont favorables à l'extension de la libre circulation aux actes authentiques relatifs aux opérations immobilières. Tous les autres cantons rejettent la reconnaissance des actes du registre foncier établis à l'extérieur du canton.

23. Le principal argument invoqué contre la libre circulation des actes authentiques pour les opérations immobilières est, là aussi, le fait que les notaires extérieurs au canton méconnaissent le droit cantonal et les particularités locales (ch. 20 s. *supra*), situation qui entraînerait une baisse de la qualité des actes et un surcroît de travail pour les registres fonciers, et qui compromettrait la sécurité juridique dans les mutations des biens-fonds. Le

problème se poserait en particulier sur le plan des obligations du notaire d'instrumenter et de conseiller les parties sur les conséquences et la portée du contrat. En cas de connaissances juridiques et de compétences insuffisantes, le notaire extérieur ne serait pas en mesure de remplir ses obligations de renseigner, ce qui entraînerait un risque élevé en matière de responsabilité.

24. Dans les faits, les cantons n'auraient plus aucune possibilité d'influer directement sur la formation et les qualifications des notaires en cas de libre circulation des actes authentiques pour les opérations immobilières, à la différence de la libre circulation des notaires. L'introduction de la libre circulation des actes authentiques exige que les notaires décident sous leur responsabilité s'ils peuvent ou non instrumenter une opération immobilière extérieure au canton. Les notaires pourraient par conséquent n'être soumis à aucune obligation d'instrumenter en ce qui concerne les opérations immobilières menées hors de leur canton de siège. La situation est comparable sur le fond à celle des avocats, qui, déjà avant l'entrée en vigueur des codes de procédure civile et pénale, pouvaient décider eux-mêmes s'ils pouvaient mener ou non une procédure devant un tribunal d'un autre canton. La même confiance peut être accordée aux notaires, que ceux-ci n'instrumenteront que des actes authentiques en matière immobilière dans des cantons pour lesquels ils disposent de connaissances techniques nécessaires. La libre circulation des actes authentiques ne devrait pas mener à une mise en danger de la sécurité du droit dans les transactions immobilières, car en tous les cas les registres fonciers cantonaux en contrôleront l'exactitude. D'ailleurs, les notaires locaux font eux aussi confirmer par l'administration des contributions les conséquences fiscales de transactions compliquées en obtenant un agrément (*ruling* fiscal) ; les notaires extérieurs au canton en ont également la possibilité.

25. Avec l'introduction de la libre circulation des actes authentiques, les parties d'une transaction immobilière auraient une liberté bien plus grande quant au choix du notaire. Cette liberté de choix implique également une responsabilité plus grande : il appartiendrait aux parties de décider, en tenant compte de certains aspects tels que la qualité, l'étendue ou le prix de la prestation, si elles veulent faire appel à un notaire local, cantonal ou extérieur au canton. Les parties pourraient également réunir les informations éventuellement nécessaires concernant les données juridiques et matérielles liées à une opération immobilière en s'adressant à d'autres spécialistes (avocats, agents immobiliers, banques, architectes, ingénieurs, associations ou administrations communales).

26. Par ailleurs, il faut noter que sur la totalité des transactions immobilières, seule une infime partie d'entre elles sont problématiques sur le plan des réalités locales (particularités de l'immeuble quant à la création de servitudes, zones d'avalanche et de glissement de terrain, sites pollués, risques d'inondations, particularités géologiques), et même dans ces cas-là, l'obligation de renseigner du notaire local n'offre aucune garantie de transparence optimale. Privilégier le notariat local n'est pas non plus dépourvu de risques. On ne peut exclure le risque

de voir un notaire bien enraciné dans un terroir faire preuve de partialité en faveur de la partie venderesse qui a ses attaches dans la région.⁹ D'ailleurs, l'argument concernant la nécessité de connaître les particularités locales est contestable : un notaire dont le siège est à Interlaken, par exemple, peut instrumenter la vente d'un immeuble à Langenthal, même s'il connaît peut-être moins bien les spécificités de cette région qu'un notaire argovien ou soleurois exerçant non loin de cette commune bernoise.

27. La libre circulation des actes authentiques n'affecte pas non plus les conditions liées au droit de la surveillance. Les notaires demeurent soumis à la surveillance du canton qui leur a accordé la patente. Si un notaire commet un manquement relevant du droit de la surveillance lors de l'établissement d'un acte authentique lié à un immeuble sis dans un autre canton, les parties ou le registre foncier du canton concerné ont la possibilité d'en informer l'autorité de surveillance du canton d'admission du notaire.

28. Enfin, les cantons ont argué que la libre circulation des actes authentiques conduirait à une concurrence non souhaitée entre les diverses formes de notariat cantonales, ce qui ne serait pas non plus justifié, notamment par le fait que le notariat indépendant comprend une activité de conseil, que le notariat officiel ne fournit pas. Une concurrence conditionnée par la libre circulation des actes authentiques entre les formes de notariat cantonales s'exerce déjà aujourd'hui dans tous les domaines, hormis celui du registre foncier. Il ne ressort pas des avis des participants à la consultation que la libre circulation des actes authentiques dans le droit de la famille ou des sociétés, par exemple, et la concurrence qui s'est instaurée dans ce contexte entre les formes de notariat aient donné lieu à des problèmes. La concurrence conditionnée par la libre circulation des actes du registre foncier ne remettrait donc pas en question les diverses formes d'organisation cantonales du notariat, mais introduirait une concurrence en termes de qualité et de prix.

D Analyse juridique

29. La LMI s'applique à toute activité non régaliennne ayant pour but un gain (art. 1 al. 3). Elle garantit également que toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse a, dans les rapports intercantonaux, des droits d'accès au marché identiques à ceux que la Confédération accorde à des personnes étrangères dans des accords internationaux (art. 6 al. 1 et art. 4 al. 3^{bis}). Dans la situation qui nous occupe, il s'agit donc d'examiner dans un premier temps quels sont les droits d'accès au marché que la Confédération accorde, en vertu de l'ALCP, aux notaires provenant de l'UE (D.1). Dans un second temps, sur la base des résultats de cet examen, il y a lieu d'analyser les droits d'accès au marché dont disposent dans les rapports intercantonaux les notaires ayant leur siège en Suisse (D.2).

⁹ CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zurich, 1993, p. 226.

D.1 Reconnaissance bilatérale des qualifications professionnelles des notaires en vertu de l'ALCP

30. L'ALCP conclu dans le cadre des accords bilatéraux règle, dans les relations Suisse-UE, le droit d'entrée et de séjour des personnes salariées et indépendantes et des personnes sans activité économique. Il contient des dispositions relatives à la libéralisation des prestations de services de courte durée et à la reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles.

31. Ces droits de libre circulation ne s'appliquent pas à l'accès aux activités participant à l'exercice de la puissance publique. Ainsi, l'ALCP prévoit des exceptions :

- *Emploi dans l'administration publique* (exception concernant la libre circulation des travailleurs salariés, art. 10 de l'annexe I ALCP) : « Le ressortissant d'une partie contractante exerçant une activité salariée peut se voir refuser le droit d'occuper un emploi dans l'administration publique lié à l'exercice de la puissance publique et destiné à sauvegarder les intérêts généraux de l'État ou d'autres collectivités publiques. »
- *Exercice de la puissance publique* (exception concernant la libre circulation des indépendants, art. 16 de l'annexe I ALCP) : « L'indépendant peut se voir refuser le droit de pratiquer une activité participant, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique. »
- *[Sans titre]* (exception concernant la libre prestation de services, art. 22 par. 1 de l'annexe I ALCP) : « Sont exceptées de l'application des dispositions des art. 17 et 19 de la présente annexe les activités participant, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique dans la partie contractante concernée. »

32. Cet aperçu montre clairement que les notions de *puissance publique* et d'*exercice de l'autorité publique* sont identiques dans la terminologie de l'ALCP. En effet, l'art. 16 de l'annexe I ALCP est intitulé « Exercice de la puissance publique », et le libellé de la disposition explique que celui qui exerce la puissance publique exerce l'autorité publique.

33. Dans ce contexte, il convient préalablement d'examiner si les notaires peuvent également se prévaloir des droits d'accès au marché prévus par l'ALCP ou si le notariat est une activité régalienne qui, partant, fait exception à la liberté d'établissement et de libre prestation de services de l'accord bilatéral (art. 16 et 22 par. 1 de l'annexe I ALCP).

D.1.1 Assujettissement des notaires à la mise en œuvre interne de l'annexe III ALCP

34. Le fait que le législateur suisse a déclaré l'ALCP applicable aux notaires à travers la mise en œuvre interne des règles relatives à la reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles (annexe III ALCP) revêt une importance capitale dans ce contexte.

35. L'annexe III ALCP prévoit que la reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles dans les rapports entre la Suisse et l'UE est régie par la directive

2005/36/CE relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles (directive sur les qualifications professionnelles). En septembre 2011, le comité mixte institué par l'ALCP a décidé de mettre en application cette directive à compter du 1^{er} novembre 2011, à l'exception du titre II.

36. Le titre II de la directive, pas encore applicable à ce jour, règle la reconnaissance des qualifications professionnelles dans le domaine de la libre prestation de services entre la Suisse et l'UE pendant 90 jours par an au maximum. Dans le cadre du titre II de la directive, la Suisse a la possibilité d'introduire une procédure de déclaration et de vérification des qualifications professionnelles. Ainsi, les prestataires de services provenant de l'UE peuvent, dans les professions réglementées, être tenus de se déclarer avant le début de leur activité en Suisse. Si les qualifications du demandeur issu de l'UE ne sont pas conformes aux exigences suisses et si l'activité touche à la santé ou à la sécurité publiques, la Suisse peut exiger du demandeur européen qu'il passe une épreuve d'aptitude (art. 7 par. 4 de la directive 2005/36/CE).

37. La Suisse a mis en œuvre sur le plan national le titre II de la directive sur les qualifications professionnelles. Le 14 décembre 2012, le Parlement a, à cet effet, nouvellement adopté la Loi fédérale portant sur l'obligation des prestataires de services de déclarer leurs qualifications professionnelles dans le cadre des professions réglementées et sur la vérification de ces qualifications (LPPS ; RS 935.01). Cette loi est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2013.

38. Aux termes de l'art. 2 al. 1 LPPS, les prestataires de services doivent procéder à une déclaration auprès du SEFRI avant le début de leur activité professionnelle en Suisse. Dans le cas des professions réglementées qui ont des implications en matière de santé ou de sécurité publiques, le SEFRI transmet la déclaration à l'organe fédéral ou cantonal compétent pour la reconnaissance des qualifications professionnelles.

39. L'Ordonnance sur l'obligation des prestataires de services de déclarer leurs qualifications professionnelles dans le cadre des professions réglementées et sur la vérification de ces qualifications (OPPS ; RS 935.011) énumère à son annexe I les professions réglementées ayant une implication en matière de santé et de sécurité publiques et qui, dès lors, sont soumises à l'obligation de déclarer. Le titre 11 (« Professions juridiques ») de l'annexe I OPPS cite notamment les notaires. Le législateur part donc du principe que, contrairement aux juges, aux policiers ou aux gardes-chasse par exemple, les notaires n'exercent pas d'activités participant à l'exercice de l'autorité publique au sens défini par l'art. 22 par. 1 de l'annexe I ALCP.¹⁰ Il s'agit plutôt d'une profession réglementée ayant une implication en matière de sécurité publique, qui relève du champ d'application matériel de la directive 2005/36/CE et, par conséquent, de celui de l'ALCP en général.

¹⁰ Rapport explicatif concernant l'OPPS, p. 6 ss. (disponible sur le site du SEFRI : www.sefri.admin.ch > Thèmes > Reconnaissance des diplômes étrangers > Procédure de déclaration pour les prestataires de services).

40. Cela signifie concrètement qu'un notaire issu d'un État membre de l'UE peut déposer auprès du SEFRI une demande de reconnaissance de ses qualifications professionnelles pour un canton donné. Le SEFRI transmet la demande et les documents annexes à l'organe cantonal compétent pour la reconnaissance (art. 3 al. 1 LPPS ; art. 8 OPPS), qui mène la procédure de vérification des qualifications professionnelles du demandeur (art. 3 al. 3 LPPS ; art. 10 OPPS). En cas de différence substantielle entre les qualifications du notaire de l'UE et les exigences cantonales posées aux notaires, l'organe cantonal offre la possibilité au demandeur de démontrer qu'il a acquis les connaissances et compétences manquantes, notamment par une épreuve d'aptitude (art. 7 par. 4 al. 3 de la directive 2005/36/CE). Il peut organiser une épreuve d'aptitude à cet effet. La procédure d'autorisation doit être menée en l'espace de deux mois (art. 10 à 12 OPPS). Si la procédure d'autorisation cantonale débouche sur une décision positive, le notaire issu de l'UE peut fournir ses prestations dans le canton concerné pendant 90 jours par an au maximum (art. 17 de l'annexe I ALCP).

41. Outre la libre prestation de services, l'ALCP garantit la liberté d'établissement pour les indépendants (art. 12 ss. de l'annexe I). Comme présenté plus haut, l'activité notariale ne relève pas de l'exception concernant la libre prestation de services (art. 22 par. 1 de l'annexe I ALCP) ni, par conséquent, de l'exception concernant la liberté d'établissement (art. 16 de l'annexe I ALCP). Si les notaires bénéficient de la reconnaissance de leurs qualifications professionnelles à des fins de libre prestation de services (titre II de la directive 2005/36/CE en relation avec l'annexe III ALCP), il doit en aller de même de la liberté d'établissement. La procédure de reconnaissance à des fins d'établissement n'est pas régie par le titre II mais par le régime général plus strict prévu au titre III de la directive 2005/36/CE en relation avec l'annexe III ALCP.

42. L'art. 11 de la directive 2005/36/CE distingue cinq niveaux de qualification différents en fonction de la durée et du niveau de formation, le niveau a étant le plus faible et le niveau e, le plus élevé. L'organe compétent en Suisse détermine le niveau, entre a et e, que nécessite l'exercice de l'activité en fonction de ses propres prescriptions et examine le niveau auquel correspondent les qualifications du demandeur provenant de l'UE. Conformément à l'art. 13 par. 1 de la directive, la reconnaissance des qualifications est accordée si les qualifications du demandeur provenant de l'UE correspondent à un niveau au moins équivalent au niveau immédiatement inférieur à celui exigé dans le canton d'accueil.

43. Si les conditions de reconnaissance sont remplies, l'organe cantonal peut prendre, le cas échéant, des mesures de compensation aux conditions précisées à l'art. 14 par. 1 à 5 de la directive 2005/36/CE ou exiger que le demandeur issu de l'UE se soumette à une épreuve d'aptitude ou accomplisse un stage d'adaptation. Ce « régime général » de reconnaissance des qualifications professionnelles s'applique également à la profession de notaire.

44. La reconnaissance des qualifications professionnelles dans le cadre de la libre prestation de services et

de la liberté d'établissement ne s'applique pas aux activités exclusivement réservées à des employés d'État dans le canton d'accueil. Autrement dit, les cantons qui disposent d'un notariat d'État n'ont pas à prévoir de procédure d'autorisation pour les notaires extérieurs au canton. Il en va de même pour les cantons pourvus d'un régime mixte en ce qui concerne les activités notariales réservées à l'État ou à des notaires de fonction.

D.1.2 Assujettissement des notaires par une interprétation eurocompatible de l'ALCP

45. Il serait en principe inutile d'examiner et d'interpréter les exceptions visées aux art. 16 et 22 par. 1 de l'annexe I ALCP, puisque le législateur a déclaré l'accord applicable à l'activité notariale en adoptant la LPPS et l'OPPS. Cependant, par souci d'exhaustivité, démonstration est faite ici que, indépendamment de l'acte législatif, l'interprétation de l'ALCP permet également de conclure que les exceptions mentionnées ne s'appliquent pas aux activités notariales.

46. La Suisse interprète en principe ses traités de façon autonome et en application des règles de droit international public inscrites dans la Convention de Vienne sur le droit des traités (art. 31 et 32 ; RS 0.111). Ce principe de l'interprétation autonome des traités est cependant limité pour ce qui a trait à l'ALCP. En effet, en vertu de l'art. 16 par. 2 de l'ALCP, l'interprétation des notions reprises du droit de l'UE doit tenir compte de la jurisprudence pertinente de la CJUE antérieure à la date de la signature de l'accord. La jurisprudence de la CJUE postérieure à cette date est communiquée à la Suisse.

47. Le Tribunal fédéral tient compte de manière systématique, dans l'application de l'ALCP, de la pratique de la CJUE antérieure à la date de la signature de l'Accord.¹¹ Il reprend également la jurisprudence de la CJUE postérieure à la date de signature de l'ALCP, lorsqu'elle se borne à développer, à confirmer ou à préciser la jurisprudence actuelle.¹² Afin de ne pas com-

¹¹ V. p. ex. ATF 136 II 65 consid. 3.1 [regroupement familial élargi] ; arrêt du TF 9C_782/2011 du 26 avril 2012 [publ. off. prévue], consid. 5.3.2 [droit des assurances sociales] ; v. aussi arrêt du Tribunal administratif fédéral C-2731/2011 du 18 novembre 2011, consid. 4.4 [réserve liée à l'ordre public] ; v. également p. ex. THOMAS COTTIER/NICOLAS DIEBOLD, *Warenverkehr und Freizügigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Bilateralen Abkommen*, in : Astrid Epiney/Nina Gammethaler (édit.), *Schweizerisches Jahrbuch zum Europarecht 2008/2009*, Zurich, 2009, p. 237 ss., p. 258 s. ; FLORENCE AUBRY GIRARDIN, *L'interprétation et l'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes du point de vue de la jurisprudence*, in : Astrid Epiney/Beate Metz/Robert Mosters (édit.), *Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU : Auslegung und Anwendung in der Praxis*, Zurich/Bâle/Genève, 2011, p. 29 ss., p. 41 ss. ; ASTRID EPINEY, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens*, in : RJB 2005, p. 1 ss., p. 30.

¹² ATF 133 V 329 consid. 7 ; 133 V 265 consid. 4.1.

promettre le parallélisme des situations juridiques de l'ALCP et du droit pertinent de l'UE, le Tribunal fédéral ne s'écarte de la pratique de la CJUE que si des « raisons valables » l'exigent.¹³

48. Les exceptions visées aux art. 10, 16 et 22 par. 1 de l'annexe I ALCP sont des dispositions calquées sur le droit de l'UE. Elles sont rédigées sur le modèle des art. 45 par. 4 (exception concernant la libre circulation des travailleurs salariés) et 51 TFUE (exception concernant la liberté d'établissement, en relation avec l'art. 62 TFUE relatif à la libre prestation de services). Par conséquent, l'art. 10 de l'annexe I ALCP doit être interprété en tenant compte de la pratique de la CJUE relative à l'art. 45 par. 4 TFUE, et les art. 16 et 22 par. 1 de l'annexe I ALCP, en tenant compte de la pratique de la CJUE relative à l'art. 51 TFUE.

49. La CJUE applique de manière stricte l'exception relative aux « activités participant à l'exercice de l'autorité publique » au sens de l'art. 51 TFUE.¹⁴ Par exercice de l'autorité publique, il faut en principe entendre une activité impliquant un exercice « suffisamment qualifié de droits exclusifs, de privilèges de puissance publique ou de pouvoirs de coercition ».¹⁵ De plus, l'activité doit constituer une « participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique »,¹⁶ si bien qu'une activité jouant uniquement un rôle auxiliaire et préparatoire pour un autre organe ne saurait être considérée comme une participation à l'exercice de l'autorité publique.¹⁷ Enfin, s'agissant de l'exercice de l'autorité publique, il est atypique que l'activité soit exercée dans des conditions de concurrence ou qu'un manquement n'entraîne pas la responsabilité de l'État.¹⁸

50. Sur la base de cette pratique bien établie, dans un arrêt remarqué du 24 mai 2011, la CJUE observe que l'instrumentation d'actes authentiques n'est pas une activité liée à l'exercice de l'autorité publique au sens de l'art. 51 al. 1 TFUE (anc. art. 45 al. 1 TCE).¹⁹ Elle justifie pour l'essentiel sa position comme suit :

- Les parties à une convention passée en la forme authentique décident elles-mêmes du contenu et de la portée de leurs droits et obligations. Le notaire ne peut modifier de façon unilatérale la convention qu'il est appelé à instrumenter sans avoir recueilli le consentement des parties (arrêt CJUE C-54/08, pts 91 à 93).
- Incontestablement, l'instrumentation d'un acte en la forme authentique poursuit un objectif d'intérêt général, dans la mesure où elle garantit la légalité et la sécurité juridique des actes conclus entre particuliers. La poursuite de cet objectif ne saurait toutefois justifier qu'une activité soit considérée comme participant à l'exercice de l'autorité publique. Autrement dit, l'objectif d'intérêt général visant à garantir la légalité et la sécurité juridique n'entraîne pas la non-soumission de l'activité notariale aux libertés fondamentales, mais peut tout au plus justifier une restriction de ces libertés (arrêt CJUE C-54/08, pts 94 à 98).
- Le fait que les actes officiels jouissent d'une force probante accrue et soient exécutoires ne saurait suffire pour que l'activité liée à leur établissement

soit considérée comme participant à l'exercice de l'autorité publique. La force probante conférée par la loi à un acte donné n'a pas d'incidence sur la question de savoir si l'activité consistant à instrumenter un acte en la forme authentique participe à l'exercice de l'autorité publique. La force exécutoire de l'acte authentique ne confère pas non plus au notaire l'exercice de l'autorité publique, car elle est conditionnée par l'accord du débiteur pour se soumettre à une exécution forcée immédiate (arrêt CJUE C-54/08, pts 100 à 107).

- Un autre fait ne plaide pas en faveur de l'exercice de l'autorité publique. En effet, alors même que leurs honoraires sont fixés par la loi, les notaires exercent leur activité dans des conditions de concurrence dans la mesure où les parties ont le libre choix du notaire et que leurs aptitudes professionnelles entrent en concurrence au moins en termes de qualité du service (arrêt CJUE C-54/08, pt 110).
- Enfin, les notaires sont les seuls responsables des actes qu'ils accomplissent dans le cadre de leur activité professionnelle (arrêt CJUE C-54/08, pt 111).

¹³ ATF 136 II 5 consid. 3.4 ; 136 II 65 consid. 3.1 ; MATTHIAS OESCH, Niederlassungsfreiheit und Ausübung öffentlicher Gewalt im EU-Recht und im Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, SZIER/RSDIE, 2011, p. 583 ss., p. 606 s. ; CARL BAUDENBACHER, Wie sollen Konflikte im Verhältnis Schweiz-EU gelöst werden ?, in : Rolf Sethe et al. (éds), Kommunikation. Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, 2011, p. 821 ss., p. 829 ; THOMAS COTTIER/ERIK EVTMOV, Probleme des Rechtsschutzes bei der Anwendung der sektoriellen Abkommen mit der EG, in : Thomas Cottier/Matthias Oesch (éd.), Die sektoriellen Abkommen Schweiz-EG, Berne, 2002, p. 179 ss., p. 200 ; EPINEY (note 11), pp. 23-31 ; ASTRID EPINEY, Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Personenfreizügigkeitsabkommen, RSJ 105/2009, p. 25 ss., p. 26 s.

¹⁴ MARTIN SCHLAG, in : Jürgen Schwarze (éd.), EU-Kommentar, 2^e éd., Baden-Baden, 2009, ch. 5 ad art. 45 TCE ; OESCH (note 13), p. 594 ss., et les références ; WALTER FRENZ, Europarecht, Berlin/Heidelberg 2011, ch. 291 ; STEPHAN J. WALDHEIM, Dienstleistungsfreiheit und Herkunftslandprinzip, Göttingen, 2008, p. 42 s. ; SVEN SIMON, Liberalisierung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im WTO- und EU-Recht, Tübingen, 2009, p. 189 ; CATHERINE BARNARD, The Substantive Law of the EU : The Four Freedoms, Oxford/New York, 2007, p. 484 s. ; GABRIËL MOENS/JOHN TRONE, Commercial Law of the European Union, Dordrecht/Heidelberg/Londres/New York, 2010, p. 92.

¹⁵ Arrêt de la CJUE du 29 avril 2010 C-160/08, *Commission/Allemagne*, Rec. 2010 I-3713, pt 79 ss. (pas d'exercice de l'autorité publique par les services de secours avec gyrophare et sirène) ; arrêt de la CJUE du 29 octobre 1998 C-114/97, *Commission/Espagne*, Rec. 1998 I-6717, pt 37 (pouvoirs de contrainte déniés dans le cas d'entreprises de sécurité privées).

¹⁶ Arrêt de la CJUE du 22 octobre 2009 C-438/08, *Commission/Portugal*, Rec. 2009 I-10219, pt 36 (contrôle technique des véhicules).

¹⁷ Arrêt de la CJUE du 13 juillet 1993 C-42/92, *Thijssen/Office de contrôle des assurances*, Rec. 1993 I-4047, pt 22 (pas d'exercice de l'autorité publique du réviseur dans son rôle auxiliaire et préparatoire de l'organe de surveillance des assurances qui participe à l'exercice de l'autorité publique) ; arrêt de la CJUE du 21 juin 1974 2/74, *Reyniers/Belgique*, Rec. 1974 631, pts 51 et 53 (pas d'exercice de l'autorité publique de l'avocat en dépit de contacts réguliers avec les juridictions et d'un concours à leur fonctionnement).

¹⁸ Arrêt de la CJUE du 24 mai 2011 C-54/08, *Commission/Allemagne*, Rec. 2011 I-4355, pt 110 s. (pas d'exercice de l'autorité publique par les notaires ; v. également les affaires C-61/08, C-53/08, C-51/08, C-50/08, C-47/08).

¹⁹ Arrêt de la CJUE du 24 mai 2011 C-54/08, *Commission/Allemagne*, Rec. 2011 I-4355, pt 110 s.

51. Au vu de ces considérations, la CJUE parvient à la conclusion que l'activité notariale, d'après sa définition dans les systèmes juridiques allemand, autrichien, français, luxembourgeois, belge, grec et portugais, ne participe pas à l'exercice de l'autorité publique.²⁰

52. Même si ces arrêts sont postérieurs à la signature de l'ALCP, ils sont essentiels, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'art. 16 par. 2 ALCP, pour interpréter les exceptions de l'accord. Le Tribunal fédéral tient également compte de la jurisprudence de la CJUE postérieure à la signature de l'ALCP, lorsque celle-ci se borne à développer, à confirmer ou à préciser la jurisprudence antérieure à la signature de l'accord (ch. 47 *supra* et références de la note 12 s.). Cette condition paraît remplie dans le cas d'espèce. La qualification d'activité ne participant pas à l'exercice de l'autorité publique qui est donnée à l'instrumentation des actes authentiques confirme une pratique bien établie de la CJUE dans l'interprétation de l'art. 51 al. 1 TFUE (cf. Arrêt C-54/08, ch. 84 à 87). Il n'existe apparemment pas non plus de raisons valables qui inciteraient à s'écarter des arrêts de la CJUE du 24 mai 2011 et à abandonner le parallélisme des situations juridiques.

53. Eu égard aux principes développés par le Tribunal fédéral concernant l'art. 16 par. 2 ALCP quant à la reprise des arrêts de la CJUE postérieurs à la signature de l'accord, la COMCO arrive à la conclusion que la pratique suivie par la CJUE dans les arrêts du 24 mai 2011 doit être prise en considération pour interpréter les exceptions énoncées dans l'accord. Au vu de ces considérations, elle estime que l'instrumentation en la forme authentique – même indépendamment de la LPPS et de l'OPPS – ne relève pas des exceptions visées aux art. 10, 16 et 22 par. 1 annexe I ALCP et que l'accord s'applique. C'est également la conclusion à laquelle parviennent la doctrine²¹ et le SEFRI (anc. OFFT).²²

D.2 Reconnaissance intercantonale des qualifications professionnelles des notaires

D.2.1 La reconnaissance en vertu de l'ALCP (art. 4 al. 3^{bis} LMI)

54. Aux termes de l'art. 4 al. 3^{bis} LMI, la reconnaissance intercantonale des qualifications professionnelles relevant de l'ALCP est régie par cet accord. Cette disposition consacre le principe général inscrit à l'art. 6 al. 1 LMI, selon lequel toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse a, en ce qui concerne l'accès au marché, des droits identiques à ceux qui sont accordés par la Confédération à des personnes étrangères dans des accords internationaux.

55. Pour que cette disposition puisse vraiment déployer ses effets, il est impératif que toutes les professions soumises à l'ALCP et à d'autres conventions internationales soient également mentionnées dans la LMI. Si l'on se penche sur l'évolution historique de la disposition concernant le champ d'application matériel de la LMI (art. 1 al. 3), il apparaît que le législateur avait aussi pour objectif, lors de la dernière révision de cette disposition, d'harmoniser le champ d'application de la LMI avec celui de l'ALCP.

56. Dans sa version de 1995, la LMI s'appliquait à « toute activité visant à l'obtention d'un gain et bénéfi-

ciant de la protection de la liberté du commerce et de l'industrie ». ²³ Le champ d'application de la loi correspondait donc à celui de la liberté du commerce et de l'industrie. La raison de cette symétrie des champs d'application résidait dans la volonté de compenser l'insuffisance d'effets de la liberté du commerce et de l'industrie à l'intérieur du pays par une loi, la LMI. ²⁴ Cette modification était nécessaire car, en raison de la jurisprudence du Tribunal fédéral favorable au principe du fédéralisme, la liberté du commerce et de l'industrie ne pouvait qu'insuffisamment déployer sa fonction de réalisation du marché intérieur. Par conséquent, il est naturel que le législateur de 1995 ait fait concorder le champ d'application de la LMI avec le domaine de protection de la liberté du commerce et de l'industrie.

57. En 2005, la LMI a fait l'objet d'une révision partielle mais profonde, à la suite du rapport du 27 juin 2000 de la Commission de gestion du Conseil national (CdG-N), dans lequel celle-ci aboutissait à la conclusion que la LMI n'avait atteint que dans une mesure limitée la libéralisation escomptée de la circulation des personnes et des services. L'une des raisons invoquées était l'application restrictive de la LMI par le Tribunal fédéral. ²⁵ La révision de 2005 visait donc principalement à augmenter l'efficacité de la LMI.

58. Outre des dispositions matérielles et institutionnelles, cette révision a touché la disposition définissant le champ d'application matériel de la LMI. Le message du Conseil fédéral contient également, sur le modèle de l'art. 1 al. 3 LMI de 1995, une formulation liée à la liberté économique, dont le libellé était le suivant: « Par activité lucrative [...], on entend toute activité ayant pour but un gain et bénéficiant de la protection de la liberté économique, y compris les prestations commerciales fournies dans le secteur public. » ²⁶

²⁰ La Commission européenne exige également, depuis lors, l'application de la liberté d'établissement pour les notaires en Hongrie, bien que les notaires hongrois prennent, dans certains cas, des décisions équivalentes à des décisions judiciaires, cf. Commission européenne, Procédure d'infraction du mois de septembre: principales décisions, MEMO/12/708 du 27 septembre 2012, p.10.

²¹ OESCH (note 13), p. 621; VÉRONIQUE BOILLET, Le notariat suisse en passe de s'europaniser?, in: Epiney/Fasnacht (éds), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht/Annuaire suisse de droit européen 2011/2012, Zurich, 2012, p. 277 ss., p. 291; ASTRID EPINEY/ROBERT MOSTERS, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, in: Epiney/Fasnacht (éds), *ibid.*, p. 51 ss., p. 92; position divergente: UNIL Centre de droit notarial, Prise de position sur le document appuyant la consultation des cantons touchant à une libre circulation des notaires (www.notalex-online.ch), pt 14.

²² Note de l'OFFT de juillet 2011 à l'attention des cantons concernant la reconnaissance des diplômes entre la Suisse et l'UE, notamment l'accès des ressortissants de l'UE à la profession de notaire.

²³ Cf. art. 1 al. 3 LMI (1995); message du 23 novembre 1994 concernant la Loi fédérale sur le marché intérieur, FF 1995 I 1193 ss., 1268.

²⁴ Message LMI (note 23), p. 1199 s.; KILIAN WUNDER, Die Binnenmarktfunktion der schweizerischen Handels- und Gewerbefreiheit im Vergleich zu den Grundfreiheiten in der Europäischen Gemeinschaft, thèse, Bâle/Genève/Munich, 1998, p. 173 ss.; THOMAS ZWALD, Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (éds), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2^e éd., Bâle, 2007, p. 411 ss., ch. 3.

²⁵ Rapport de la CdG du 27 juin 2000 relatif aux effets de la loi fédérale sur le marché intérieur sur la libre circulation des services et des personnes en Suisse (FF 2000 5603 ss.).

²⁶ Message relatif à la révision de la Loi fédérale sur le marché intérieur (note 8), p. 461.

59. Mais le Parlement a fini par opter pour une autre formulation sans référence à la liberté économique, et préféré la notion d'activité régaliennne. Par conséquent, en vertu de l'art. 1 al. 1 en lien avec l'al. 3 LMI, la loi en vigueur s'applique à « toute activité non régaliennne ayant pour but un gain ». ²⁷ Cette version de l'art. 1 al. 3 LMI remonte à une proposition du Conseil des États, qui a prévalu par rapport à la proposition du Conseil fédéral. ²⁸ En s'écartant de la proposition du Conseil fédéral, le législateur a renoncé à la référence au domaine de protection de la liberté économique et a introduit la notion d'activité régaliennne sans la définir plus précisément.

60. En révisant le champ d'application matériel de la LMI, le législateur visait deux objectifs. Premièrement, il s'agissait d'indiquer de manière claire que le champ d'application de la LMI englobe aussi les prestations commerciales fournies dans le secteur public. ²⁹ Les enseignants de l'école publique, par exemple, bénéficieraient ainsi des libertés du marché intérieur. ³⁰

61. Deuxièmement, il convenait de se rapprocher du champ d'application de l'ALCP en introduisant la notion d'activité régaliennne. ³¹ Cet ajustement au champ d'application de l'ALCP permet d'empêcher la discrimination à rebours des ressortissants suisses. Afin que les dispositions matérielles de la LMI visant à empêcher la discrimination à rebours des ressortissants suisses inscrites dans les art. 6 al. 1 et 4 al. 3 ^{bis} (ch. 55 *supra*) puissent déployer leurs effets, l'application de la loi doit donc être garantie. C'est pourquoi le législateur a adapté le champ d'application de la LMI à celui de l'ALCP.

62. Le législateur estimant que les champs d'application de la loi et de l'accord doivent se recouvrir pour empêcher la discrimination à rebours des ressortissants suisses, il convient d'interpréter l'art. 1 al. 3 LMI conformément aux exceptions prévues aux art. 10, 16 et 22 par. 1 de l'annexe I ALCP. Ces exceptions ont un effet réflexe direct sur la notion d'activité régaliennne visée à l'art. 1 al. 3 LMI. ³²

63. Comme relevé précédemment, les notaires et leurs qualifications professionnelles entrent dans le champ d'application de l'ALCP. Par conséquent, dans les rapports intercantonaux, les notaires ayant leur siège en Suisse disposent pour le moins des mêmes droits d'accès au marché que ceux accordés aux notaires dans les relations entre l'UE et la Suisse.

64. L'ALCP prévoit en principe deux régimes de reconnaissance dans les relations Suisse-UE. Ce sont essentiellement les règles de reconnaissance prévues à l'art. 9 et à l'annexe III ALCP, indiquant que les règles de reconnaissance du droit communautaire secondaire sont déclarées directement applicables dans les rapports Suisse-UE conformément à la directive 2005/36/CE. En revanche, si des qualifications professionnelles ne sont pas couvertes par le champ d'application de la directive, il convient également d'examiner s'il est possible d'envisager une reconnaissance en application du principe de non-discrimination inscrit à l'art. 2 ALCP et de ses formes spécifiques énumérées à l'annexe I ALCP. Pour ce faire, il faut s'inspirer, conformément à l'art. 16 par. 2 ALCP, de la pratique de la CJUE relative à la re-

connaissance des qualifications professionnelles dans le droit primaire. ³³

D.2.1.1 Reconnaissance de droit secondaire en vertu de l'art. 9 et de l'annexe III ALCP en relation avec la directive 2005/36/CE

65. Comme relevé précédemment, en mettant en œuvre l'annexe III ALCP dans son droit interne par l'adoption de la LPPS et de l'OPPS, la Suisse établit que les notaires ont droit à la reconnaissance de leurs qualifications professionnelles aux fins de la libre prestation de services et de la liberté d'établissement prévues aux titres II et III de la directive 2005/36/CE (ch. 39 à 41 *supra*).

66. Sur le plan des rapports internes et de l'art. 4 al. 3 ^{bis} LMI, cela signifie concrètement qu'un notaire ayant son siège dans un canton peut aussi exercer ses activités dans un autre canton dans le cadre de la libre prestation de services (90 jours par an au maximum) et qu'il possède pour le moins les droits de reconnaissance et d'accès au marché prévus au titre II de la directive sur les qualifications professionnelles et par les actes de mise en œuvre interne (LPPS et OPPS).

67. Dans le cadre de la liberté d'établissement, un notaire ayant son siège dans un canton peut s'établir dans un autre canton et faire valoir ses droits de reconnaissance et d'accès au marché en vertu du « régime général » visé au titre III de la directive sur les qualifications professionnelles.

68. Les cantons connaissant le système du notariat d'État complet ne sont touchés ni par la libre prestation de services ni par la liberté d'établissement des notaires latins dans la mesure où ces derniers ne peuvent pas tirer de ces libertés un droit à y ouvrir une étude. Il en va de même des cantons dotés d'un régime mixte pour les activités notariales qui sont du ressort exclusif de l'État. A l'inverse, il n'est pas prévu que les offices de notariat officiel soient actifs dans des cantons qui connaissent le système du notariat libre et y fondent un établissement.

²⁷ Au sujet de l'interprétation et de la portée de l'art. 1 al. 3 LMI, cf. MATTHIAS OESCH, Das Binnenmarktgesetz und hoheitliche Tätigkeiten, RJB 6/2012, p. 377 ss.; NICOLAS DIEBOLD, Gerichtliche Sachverständiger als hoheitlich tätige Organe ?, PJA 8/2012, p. 1162 ss.

²⁸ Au sujet de la genèse de l'art. 1 al. 3 LMI, cf. également ZWALD (note 24), ch. 27 à 30 et note 30; DANIEL KETTIGER, Die amtliche Vermessung im Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes, recht 1/2010, p. 30 ss.

²⁹ Message relatif à la révision de la loi fédérale sur le marché intérieur (note 8), p. 439.

³⁰ ATF 136 II 470, 476 consid. 3.2.

³¹ Message relatif à la révision de la loi fédérale sur le marché intérieur (note 8), p. 439 : « D'autre part, cette nouvelle précision garantit, comme le souhaitaient certains participants à la consultation, la conformité du texte avec l'accord bilatéral sur la libre circulation des personnes conclu le 21 juin 1999 entre l'Union européenne et la Suisse » ; pour plus de détails, v. OESCH (note 27), p. 382 s. DIEBOLD (note 27), p. 1166 ; ZWALD (note 24), ch. 27.

³² DIEBOLD (note 27), p. 1166 s.

³³ Dans l'ATF 136 II 470 consid. 4.1, le Tribunal fédéral prône la reprise de la jurisprudence de la CJUE relative à la reconnaissance de droit primaire en vertu de l'art. 16, par. 2, ALCP ; expertise de la COMCO du 16 juillet 2012 concernant l'accès au marché intercantonal d'une assistante dentaire du canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures, DPC 2012/3, p. 708 ss., ch. 46 ; NINA GAMMENTHALER, Diplomanerkennung und Freizügigkeit, thèse, Zurich, 2010, pp. 338 et 364.

D.2.1.2 Reconnaissance de droit primaire en vertu de l'art. 2 et de l'annexe I ALCP

69. Selon la jurisprudence bien établie de la CJUE, la reconnaissance des qualifications professionnelles est aussi garantie par les libertés fondamentales de droit primaire inscrites dans le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).³⁴ En vertu du droit primaire, un ressortissant de l'UE a droit à ce que l'autorité de l'État d'établissement saisie de sa demande de reconnaissance tienne compte de tous ses diplômes, certificats et autres titres et de son expérience professionnelle en procédant à une comparaison entre les compétences attestées par ces diplômes et les connaissances et qualifications exigées par la législation nationale.³⁵ Cette pratique de la CJUE s'applique à tous les cas de figure qui ne sont pas couverts par le champ d'application des règles de reconnaissance de droit secondaire, dont la directive 2005/36/CE.³⁶ Rappelons à cet égard que cette jurisprudence n'est que l'expression jurisprudentielle d'un principe inhérent aux libertés fondamentales du traité et que ce principe ne saurait perdre une partie de sa valeur juridique du fait de l'adoption de directives relatives à la reconnaissance mutuelle des diplômes.³⁷

70. Si, par conséquent, contrairement à la réglementation en vigueur (LPPS et OPPS), la révision de la directive 2005/36/CE actuellement en cours dans l'UE avait pour résultat d'exclure expressément les notaires du champ d'application de la directive, ceux-ci jouiraient encore, au sein de l'UE, des libertés fondamentales de droit primaire inscrites dans le TFUE et seraient de ce fait également soumis aux règles de reconnaissance de droit primaire. Dans ce cas, la reconnaissance des qualifications professionnelles des notaires ne serait pas régie par la directive 2005/36/CE, mais par les règles de reconnaissance du droit primaire. Ces règles de reconnaissance relevant du droit primaire communautaire s'appliquent aussi, en vertu de l'ALCP, dans les relations Suisse-UE (ch. 64 *supra*) et interviennent également dans les rapports entre les cantons, conformément à l'art. 4 al. 3^{bis} LMI.

D.2.2 Reconnaissance en vertu du droit sur le marché intérieur (art. 4 al. 1 et 3 LMI)

71. Si, comme exposé ci-avant, les notaires ayant leur siège en Suisse peuvent invoquer les art. 4 al. 3^{bis} et 6 al. 1 LMI pour empêcher la discrimination à rebours et que, partant, la loi fédérale sur le marché intérieur doit s'appliquer de manière générale à l'activité notariale (art. 1 al. 3 LMI), ils bénéficient également, dans les rapports intercantonaux, du régime de reconnaissance relevant du droit du marché intérieur prévu à l'art. 4 al. 1 et 3 LMI.

72. Conformément à l'art. 4 al. 1 LMI, les certificats de capacité cantonaux permettant d'exercer une activité lucrative sont valables sur tout le territoire suisse pour autant qu'ils ne fassent pas l'objet de restrictions au sens de l'art. 3 LMI. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, un « document qui atteste l'aptitude de quelqu'un à exercer une activité lucrative déterminée » est considéré comme un certificat de capacité.³⁸ Les autorisations d'exercer une profession, notamment, sont considérées comme des certificats de capacité.³⁹ Dans sa jurisprudence relative à l'art. 4 LMI antérieure à l'entrée en vigueur de la LLCA, le Tribunal fédéral a

considéré que les autorisations d'exercer la profession d'avocat étaient équivalentes à des certificats de capacité.⁴⁰ Par conséquent, les autorisations cantonales d'exercer la profession de notaire ou d'instrumenter des actes authentiques doivent aussi être considérées comme des certificats de capacité au sens de l'art. 4 al. 1 LMI.

73. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la reconnaissance mutuelle des certificats de capacité comprend les certificats établissant l'aptitude technique et personnelle d'un offreur.⁴¹ Autrement dit, l'autorité du lieu de destination doit considérer, sur la base du certificat de capacité établi dans un autre canton, que les conditions techniques et personnelles de l'autorisation sont remplies et en principe délivrer l'autorisation nécessaire. Une autorisation ne peut être refusée que si l'offreur externe ne remplit pas les autres conditions (ni personnelles ni professionnelles) exigées au lieu de destination pour son obtention, ou si les conditions mentionnées à l'art. 3 al. 1 et 2 LMI sont réunies.

74. Au vu de ce qui précède, il est évident que les brevets de notaire cantonaux et les autres certificats sanctionnant la réussite des examens de notaire cantonaux, ainsi que les autorisations d'exercer délivrées sur la base de ces pièces doivent être considérés comme des certificats de capacité au sens de l'art. 4 al. 1 LMI.

75. Forte de ces considérations, la COMCO parvient à la conclusion que les autorisations cantonales d'exercer la profession de notaire doivent donc en principe être reconnues dans l'ensemble du pays. Des restrictions d'accès au marché visant les notaires des autres cantons sont autorisées sous la forme de charges et de conditions, pour autant que la présomption d'équivalence évoquée à l'art. 2 al. 5 LMI puisse être réfutée et que les conditions mentionnées à l'art. 3 al. 1 et 2 LMI soient réunies. Pour ce faire, l'autorité compétente doit examiner dans un premier temps si les règles

³⁴ Version consolidée du traité du 13 décembre 2007 sur le fonctionnement de l'Union européenne (traité de Lisbonne), JO C 83 du 30.3.2010, p. 47.

³⁵ Arrêt de la CJUE du 14.9.2008 C-238/98 *Hocsman*, Rec. 2000 I-6623, pts 23 s., 34, 37 à 40.

³⁶ Arrêt de la CJUE du 7.5.1991 C-340/89 *Vlassopoulou*, Rec. 1991 I-2357, pt 16 ; arrêt de la CJUE du 10.12.2009 C-345/08 *Pešlá*, Rec. 2009 I-11677, pts 23 et 24, 34 à 41.

³⁷ Arrêt de la CJUE du 22.1.2002 C-31/00 *Dreessen*, Rec. 2002 I-663, pt 24 s.

³⁸ ATF 125 II 315 consid. 2b/bb ; ATF 136 II 470 consid. 3.2.

³⁹ Avis de la COMCO du 17 décembre 2001 à l'intention du Département de la santé publique du canton de Saint-Gall concernant l'interprétation de la notion de certificat de capacité au sens de l'art. 4 LMI, DPC 2002/1, p. 216 ss., ch. 14 ss. ; expertise de la COMCO du 16 juillet 2012 à l'intention de la Direction de la santé publique de Zurich, Interkantonaler Marktzugang einer Assistenzzahnärztin aus dem Kanton Appenzell A. Rh., DPC 2012/3, p. 708 ss., ch. 37 ; ATF 136 II 470 consid. 5.3 ; MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, OFK-Wettbewerbsrecht II, no 1 ad art. 4 LMI.

⁴⁰ ATF 125 II 406 consid. 2b ; ATF 125 I 276 consid. 5b ; arrêt du TF 2P.180/2000 du 22 février 2001, consid. 3b.

⁴¹ Le Tribunal fédéral a confirmé à plusieurs reprises que l'autorité du lieu de destination n'est habilitée que dans des cas exceptionnels à soumettre à un réexamen l'appréciation positive du lieu de provenance en rapport avec l'existence d'une aptitude personnelle (ATF 125 I 276 consid. 5b ; ATF 125 I 322 consid. 4b ; ATF 125 II 56 consid. 4b ; ATF 135 II 12 consid. 2.4).

générales et abstraites régissant l'admission à la profession de notaire et la pratique du lieu de provenance offrent une protection des intérêts publics concernés équivalant aux prescriptions du lieu de destination. La présomption d'équivalence visée à l'art. 2 al. 5 LMI s'applique dans ce contexte. Si, dans un cas concret, cette présomption d'équivalence n'est pas réfutée, le notaire extérieur au canton doit se voir automatiquement accorder l'accès au marché.⁴²

76. La présomption d'équivalence doit être réfutée lorsque les critères de formation dans le canton de provenance sont nettement inférieurs à ceux du canton de destination. C'est notamment le cas lorsque un diplôme universitaire est exigé dans le canton de destination, mais pas dans le canton de provenance. Si la présomption d'équivalence est réfutée dans un cas concret, la personne extérieure au canton doit avoir la possibilité de prouver qu'elle a acquis les connaissances requises dans l'exercice de son activité (art. 4 al. 3 LMI). Si cette personne n'est pas en mesure d'en apporter la preuve, l'autorité du lieu de destination peut restreindre l'accès au marché par le biais de charges et de conditions, pour autant que ces restrictions a) s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux, b) soient indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants et c) répondent au principe de la proportionnalité (art. 3 al. 1 et 2 LMI). Les barrières déguisées à l'accès au marché destinées à favoriser les intérêts économiques locaux (art. 3 al. 3 LMI) et les refus d'accorder l'accès au marché (art. 3 al. 1 LMI) ne sont en aucun cas admissibles.

77. Dès lors, dans le respect de ces règles, l'autorité compétente du canton de destination doit examiner s'il y a lieu de reconnaître l'autorisation d'exercer la profession de notaire accordée par le canton de provenance, en exigeant ou non des charges.⁴³

78. Dans la pratique et la mise en œuvre, le système de reconnaissance inscrit dans la LMI ne se distingue guère du régime prévu par la directive européenne sur les qualifications professionnelles. A l'image de la procédure de reconnaissance du droit communautaire, l'organe compétent doit aussi, dans le cadre de la procédure relevant du droit sur le marché intérieur, vérifier d'abord si les qualifications professionnelles du requérant sont conformes aux exigences cantonales (art. 4 al. 3 et 2 al. 5 LMI). S'il n'y a pas d'équivalence et que le requérant ne peut apporter la preuve qu'il a acquis les connaissances requises dans le cadre d'une formation ou d'une activité pratique (art. 4 al. 3 LMI), l'organe compétent peut prévoir des charges en vertu de l'art. 3 al. 1 et 2 LMI, par exemple, en faisant obligation au notaire extérieur au canton de passer une épreuve d'aptitude sur le droit cantonal.

D.2.3 Reconnaissance intercantonale des qualifications professionnelles des notaires : synthèse

79. Certains cantons connaissent aujourd'hui déjà des règles sur la reconnaissance des patentes de notaire délivrées par un autre canton, que ce soit sous la forme d'un stage d'une durée réduite ou d'une reconnaissance pleine et entière si la formation est équivalente ou si le candidat a passé avec succès une épreuve d'aptitude ad hoc. Ces règles de reconnaissance sont aussi applicables entre les cantons dans lesquels certaines activi-

tés notariales peuvent être exercées par des avocats inscrits au registre cantonal (titulaire d'un brevet d'avocat d'un autre canton). Toutefois, ces quelques règles de reconnaissance sont également limitées par des exigences en matière de réciprocité et de domicile (pour plus de détails, C.1 *supra*).

80. La situation actuelle est peu satisfaisante. D'une part, elle génère des inégalités de traitement : certains cantons prévoient des possibilités de reconnaissance, d'autres favorisent une réciprocité du canton de provenance, ou d'autres encore n'accordent aucune reconnaissance du tout (art. 8 al. 2 Cst. ; art. 6 al. 3 LMI).⁴⁴ D'autre part, eu égard au principe de proportionnalité formulé à l'art. 5 al. 2 Cst., il est difficile de justifier qu'un notaire qui possède un titre universitaire, a accompli un stage de plusieurs années, a réussi un examen et a ensuite exercé plusieurs années à titre indépendant ne puisse être admis dans un autre canton sans devoir refaire un stage de plusieurs années et subir à nouveau l'ensemble des examens. En outre, indépendamment des évolutions intervenues dans le droit communautaire et dans le droit bilatéral de la libre circulation des personnes, la COMCO est d'avis que les réglementations cantonales concernant la reconnaissance mutuelle des brevets de notaire dans les rapports intercantonaux devraient être gouvernées par des règles uniformes et des critères non discriminatoires.

81. En résumé, sous l'angle du droit sur le marché intérieur, les cantons sont tenus, en vertu des art. 4 al. 3^{bis} et 6 al. 1 LMI, d'appliquer, dans les rapports intercantonaux, à tout le moins le titre II de la directive 2005/36/CE en relation avec la LPPS et l'OPPS, à la reconnaissance des qualifications professionnelles des notaires dans la circulation des services entre les cantons. Peu importe que, pour ce faire, le SEFRI et les cantons appliquent directement la procédure de déclaration et de reconnaissance prévue par la LPPS dans les rapports intercantonaux ou que les cantons établissent leur propre procédure d'autorisation. Toutefois, ces procédures cantonales devraient accorder au moins les mêmes droits que ceux prévus par le titre II de la directive 2005/36/CE.

82. Comme les notaires sont soumis, dans les relations bilatérales, aux règles de reconnaissance prévues au titre II de la directive 2005/36/CE (reconnaissance dans le cadre de la libre prestation de services), il y a lieu de conclure qu'ils ne participent pas à l'exercice de la puissance publique au sens de l'art. 22 par. 1 annexe I ALCP (exception concernant la libre prestation de services). En conséquence, les notaires ne participent pas non plus à l'exercice de la puissance publique au sens de l'art. 16 annexe I ALCP (exception concernant la

⁴² ATF 135 II 12 consid. 2.4.

⁴³ ATF 136 II 470 consid. 5.3.

⁴⁴ Cf. MICHAEL PFEIFER, Die Zukunft des Notariats in Basel, BJM 1999, p. 20 ss., p. 24 s. ; cet auteur réclame un droit à l'égalité de traitement entre confrères pour les notaires libres (au moins à l'intérieur du canton), lorsque l'Etat porte atteinte à la neutralité concurrentielle à travers, p. ex., des conditions d'admission.

liberté d'établissement), si bien qu'ils bénéficient également, dans les relations Suisse-UE, des règles de reconnaissance prévues au titre III de la directive 2005/36/CE (reconnaissance dans le cadre de la liberté d'établissement). Les cantons sont donc tenus, en vertu de l'art. 4 al. 3^{bis} LMI, d'évaluer la reconnaissance des qualifications professionnelles des notaires provenant d'un autre canton qui s'établissent dans le canton de destination en se basant sur le régime général de reconnaissance des titres de formation prévu aux art. 10 à 15 de la directive 2005/36/CE.

83. En tant qu'alternative aux deux procédures de reconnaissance prévues à l'art. 4 al. 3^{bis} LMI en relation avec la directive 2005/36/CE, les cantons ont toute latitude d'appliquer les règles de reconnaissance relevant du droit sur le marché intérieur conformément à l'art. 4 al. 1 et 3 en relation avec l'art. 3 LMI. Toutefois, l'application des règles de la LMI ne peut pas aboutir à ce que la reconnaissance soit évaluée à la lumière de critères plus stricts que sous le régime de la directive européenne.

D.3 Reconnaissance intercantonale d'actes authentiques en vertu de la loi fédérale sur le marché intérieur

84. La LMI garantit la libre circulation des services en vertu du principe de non-discrimination. La libre circulation des services comprend à la fois la libre prestation de services active, la libre prestation de services passive et la libre prestation de correspondance. Dans la libre prestation de services active, le prestataire franchit temporairement les frontières intérieures pour fournir la prestation au lieu du bénéficiaire. La libre prestation de services passive règle la situation inverse : le bénéficiaire du service franchit les frontières intérieures et la prestation est fournie au lieu du prestataire. Dans le cas de la prestation de correspondance, seule la prestation de services est transfrontalière : prestataire et bénéficiaire ne se déplacent pas.

85. La disposition relative à la libre circulation des services inscrite à l'art. 2 al. 3 LMI englobe ces trois formes de libre prestation de services et prévoit qu'une prestation, en respectant les prescriptions du lieu de provenance, peut être offerte sur tout le territoire suisse. Au surplus, la LMI garantit un accès non discriminatoire au marché (art. 1 al. 1 LMI). Le principe de non-discrimination figure également à l'art. 3 al. 1 let. a LMI, selon lequel les restrictions à la liberté d'accès au marché ne sont autorisées que si elles s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux. Il ressort du message concernant la LMI que les deux principes élémentaires permettant l'établissement d'un marché intérieur, le principe de la non-discrimination et le principe du lieu de provenance, ont été ancrés dans la loi et que les principales obligations découlent de ces deux principes.⁴⁵

86. La reconnaissance des actes authentiques instrumentés dans d'autres cantons est la clé de la libre prestation de services passive et de la prestation de correspondance des notaires. Le destinataire du service envoie le document à instrumenter au prestataire ou renvoie celui-ci à son lieu de provenance. Le notaire instrumente l'acte authentique à son lieu d'établissement conformément aux prescriptions qui y sont applicables.

Cette forme de libre prestation de services passive et de prestation de correspondance n'est possible que si les actes authentiques instrumentés selon les prescriptions du lieu d'établissement du notaire sont également reconnus dans d'autres cantons.

87. En vertu du principe de la provenance inscrit à l'art. 2 al. 3 LMI, les notaires ont le droit d'offrir leurs services dans toute la Suisse. Par conséquent, refuser de reconnaître les actes authentiques instrumentés dans un autre canton constitue une restriction à la liberté de l'accès au marché, qui déroge au principe de la provenance. Le constat est le même pour ce qui est de l'application du principe de la non-discrimination. En effet, la non-reconnaissance d'actes authentiques instrumentés dans d'autres cantons constitue une restriction à la liberté d'accès au marché au sens de l'art. 3 al. 1 LMI, pénalise directement les notaires des autres cantons et viole ainsi le principe de la non-discrimination.

88. Au vu de ces considérations, la COMCO parvient à la conclusion que, sous réserve de l'art. 3 al. 1 LMI, les cantons doivent accorder un traitement identique aux actes authentiques dressés dans d'autres cantons qu'à ceux instrumentés par des notaires locaux. Dès lors, les offices du registre du commerce et du registre foncier ainsi que les tribunaux et les instances d'exécution cantonales sont tenus de reconnaître pleinement les actes authentiques dressés par un notaire provenant d'un autre canton. La libre circulation des actes authentiques est aujourd'hui déjà largement garantie, mis à part ceux concernant les opérations immobilières. La COMCO est d'avis que cette exception n'a plus lieu d'exister. De plus, il faut relever que la libre circulation des actes authentiques liés aux opérations immobilières est également réclamée depuis quelque temps dans la doctrine.⁴⁶

89. Relevons dans ce contexte l'avant-projet concernant la modification du code civil suisse (forme authentique) et le rapport explicatif de décembre 2012 s'y rapportant.⁴⁷ Cet avant-projet prévoit une révision du titre final du code civil visant à permettre d'instrumenter les actes authentiques par voie électronique. En outre, il propose d'introduire certaines exigences minimales en matière d'instrumentation et la reconnaissance intercantonale des actes authentiques (art. 55m de l'Avant-projet de révision du Tit. fin. CC). Le rapport explicatif souligne à ce sujet qu'aucun intérêt public ne s'oppose à la libre circulation des actes authentiques liés à des contrats immobiliers (p. 27 ss.).

⁴⁵ Message LMI (note 23), p. 1236 s.

⁴⁶ MOOSER (note 3), p. 235 s. ; ROLAND VON BÜREN, Notare und Wettbewerb, in : Peter Ruf/Roland Pfäffli (éds), Festschrift 100 Jahre Verband bernische Notare, Langenthal, 2003, p. 79 ss., p. 88 ; CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zurich, 1993, p. 224 ; CHRISTOPH LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückskaufvertrags, in : Alfred Koller (éd.), Der Grundstückskauf, 2e éd., Berne, 2001, p. 43 ; JÖRG SCHMID, Thesen zur öffentlichen Beurkundung, RNRF, 74/1993, p. 1 ss., p. 11 ; le même, Les règles intercantionales relatives aux actes authentiques pour les contrats portant sur des droits réels relatifs à des biens-fonds (note de jurisprudence), DC 1989, p. 12 ss., p. 14 ; cf. également décision de l'Obergericht du canton de Bâle-Campagne du 9 mai 2000, RNRF 83/2002, p. 278 ss. = BJM 2001, p. 301 ss.

⁴⁷ Consultable sur <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/presse/mitteilung/2012/2012-12-14/vn-ber-f.pdf> et www.admin.ch.

90. La COMCO est favorable à l'introduction de la reconnaissance des actes authentiques par une loi spéciale avec, pour corollaire, la mise en concurrence intercantonale des prestations notariales liées au registre foncier. L'option de la loi spéciale permet, contrairement à celle de la loi générale (LMI), de régler avec précision la libre circulation des actes authentiques par une disposition concrète et de ne pas devoir se fonder sur les principes d'accès au marché abstraits de la LMI. Indépendamment de ses considérants tirés du droit du marché intérieur, mais sur la base de sa compétence de recommandation en matière de concurrence (art. 45 al. 2 LCart), la COMCO se déclare favorable à l'introduction d'une reconnaissance intercantonale des actes authentiques dans les affaires liées au registre foncier.

91. La reconnaissance pleine et entière des actes authentiques liés aux opérations immobilières conduit à un certain affaiblissement du droit des cantons de refuser des brevets de notaire si le canton de provenance prévoit des critères de formation nettement inférieurs aux leurs. Des actes authentiques instrumentés par des notaires provenant d'un canton ayant une formation inférieure devraient être reconnus. Du point de vue des consommateurs, ce résultat se justifie par le fait que tout consommateur qui souhaite faire établir un acte authentique dans son canton de domicile a la garantie que les notaires actifs dans son canton disposent des qualifications exigées par le canton. Toutefois, les consommateurs ont également la possibilité de faire établir un acte authentique par un notaire provenant d'un autre canton, en tenant compte des qualifications, des prestations et des tarifs de ce dernier.

E Conclusions

92. Par son arrêt de mai 2011, la CJUE a provoqué un changement de paradigme dans la mesure où elle a étendu le champ d'application des libertés fondamentales européennes à l'activité notariale et a jugé que la condition de nationalité n'était pas admissible. Ainsi, dans la zone de l'UE, les règles du droit primaire concernant la reconnaissance des qualifications professionnelles valent également pour les notaires. La question de l'application des règles de reconnaissance issues du droit dérivé est actuellement traitée dans le cadre de la révision de la Directive 2005/36/CE. Ces développements ont amené la COMCO à ouvrir l'enquête au sens de la LMI concernant la libre circulation intercantonale des notaires de même que la reconnaissance des actes authentiques sur le marché intérieur suisse. Sous le titre « Libre circulation des notaires », la COMCO a examiné les réglementations cantonales concernant la reconnaissance des qualifications professionnelles des notaires exerçant sous les régimes du notariat latin et du notariat officiel de même que les obligations de domicile. L'étude de la reconnaissance intercantonale des actes authentiques a concerné principalement la reconnaissance des actes authentiques en matière immobilière instrumentés hors canton.

93. Sur la base de l'arrêt de la CJUE de mai 2011, et compte tenu de la jurisprudence du Tribunal fédéral et de la doctrine relatives à l'article 16 al. 2 ALCP de même que la législation en matière de transposition en droit interne des Accords bilatéraux entrée en vigueur au

1^{er} septembre 2013 (LPPS, OPPS), la COMCO est parvenue à la conclusion qu'il est nécessaire d'intervenir au niveau de la reconnaissance intercantonale des qualifications professionnelles. La situation juridique telle qu'elle se présente actuellement permet aux notaires en provenance de l'UE, sur la base des Accords bilatéraux, de demander la reconnaissance de leur qualification professionnelle dans les cantons, et, dans le cadre de la procédure de reconnaissance de passer un examen d'aptitude. Ainsi, les notaires en provenance de l'UE, en matière d'accès au marché suisse, sont mieux traités que les notaires suisses sur le marché intérieur. La probabilité de la réalisation de ce risque de discrimination à rebours s'établira prochainement.

94. De l'avis de la COMCO, même si aucune discrimination à rebours ne se réalisait, la nécessité d'intervenir sur le marché intérieur suisse persisterait. En effet, indépendamment des développements en droit européen, l'enquête menée par la COMCO et les prises de position montrent que des règles de reconnaissance, certes isolées, existent, mais que leurs effets peuvent s'avérer discriminatoires du fait de clauses de réciprocité matériellement infondées. Dans un canton qui ne dispose d'aucune règle de reconnaissance, il apparaît disproportionné que, dans le cadre de la procédure d'autorisation de pratiquer, le canton ne reconnaisse ni le diplôme de fin d'études universitaires, ni le stage pratique de quelques années, ni la réussite de l'examen de notaire, ni éventuellement l'expérience professionnelle de plusieurs années d'un notaire ; ce dernier est ainsi mis au même niveau qu'un candidat qui vient d'achever ses études. Par ailleurs, dans les cantons où les avocats peuvent pratiquer des activités notariales, ceux-ci profitent d'un accès intercantonal facilité à celles-ci.

95. En plus des possibilités limitées de reconnaissance intercantonale des qualifications professionnelles des notaires, l'obligation de domicile prévue par de nombreux cantons agit particulièrement comme une entrave. Ces exigences de domicile pour les notaires apparaissent à la COMCO comme des réminiscences du passé. Tant du point de vue de la liberté d'établissement et de la proportionnalité que du droit du marché intérieur, l'obligation de domicile n'est pas matériellement justifiable. Elle ne cherche qu'à éviter que des notaires puissent être actifs dans plus d'un canton. D'un point de vue du droit de la concurrence, et dans la mesure où ils en ont les capacités, il serait bienvenu que les notaires puissent être actifs dans plus d'un canton à la fois, à tout le moins dans les cantons qui connaissent le notariat latin.

96. Par ailleurs, la COMCO salue l'avant-projet prévoyant la reconnaissance intercantonale des actes authentiques dans le domaine immobilier. En partant du principe de l'applicabilité de la loi sur le marché intérieur, l'obligation de reconnaissance résulte de la liberté de service passive et du principe de non-discrimination, même si dans ce domaine aucun risque de discrimination à rebours ne menace. Dans le cadre de la révision en cours du Tit. fin. CC, l'OFJ a prévu l'introduction d'une disposition concernant la reconnaissance intercantonale de tous les actes authentiques. La COMCO soutient de tels efforts et recommande au Conseil fédéral de retenir la proposition de l'OFJ dans le projet de révision

du Tit. fin. CC. La COMCO recommande aux cantons d'adapter leur droit y relatif, de sorte que les registres fonciers doivent reconnaître et inscrire les actes authentiques instrumentés dans un autre canton.

97. Dans ce sens, la COMCO recommande, tant du point de vue des développements du droit de l'UE que pour une stimulation de la concurrence au niveau de la qualité et du prix dans le domaine de l'activité notariale et pour garantir la mobilité professionnelle des notaires, l'introduction de critères du droit du marché intérieur relatifs à la reconnaissance des qualifications professionnelles des notaires, l'abrogation de l'obligation de domicile ainsi que la reconnaissance intercantonale des actes authentiques dans le domaine immobilier.

F Recommandations

98. Eu égard aux considérations qui précèdent et vu l'art. 8 al. 3 et 4 LMI, et, subsidiairement, l'art. 45 al. 2 LCart, la COMCO émet les recommandations suivantes :

1. Les cantons sont invités à autoriser les notaires extérieurs au canton à exercer les activités qui sont également ouvertes aux notaires indépendants sur leur territoire, en reconnaissant leur certificat de capacité. La reconnaissance des certificats de capacité hors canton se fonde sur les principes fondamentaux suivants :
 - la reconnaissance d'un certificat de capacité établi dans un autre canton peut être refusée, mais ne doit pas l'être automatiquement, lorsque les critères de formation dans le canton de provenance sont nettement inférieurs à ceux du canton de destination. C'est notamment le cas lorsqu'un diplôme universitaire de niveau master est exigé dans le canton de destination, mais pas dans le canton de provenance ;
 - en cas d'exigences de formation équivalentes, un test d'aptitude portant sur le droit cantonal et les spécificités locales peut être exigé, mais ne doit pas l'être systématiquement, pour autant que le droit et les spécificités s'écartent nettement de ceux du canton de provenance.
2. Dans le domaine du notariat libre, les cantons sont invités à lever les restrictions à l'accès au marché, telles que les clauses de réciprocité, l'obligation de domicile et les exigences de nationalité.
3. Dans le cadre de mises au concours de postes de notaires de fonction, les cantons sont invités à prendre également en considération des candidats ayant acquis leur formation professionnelle dans un autre canton.
4. La COMCO recommande au Conseil fédéral de régler la reconnaissance entre les cantons de tous les actes authentiques dans le projet de révision du titre final du CC (forme authentique).
5. Vu la révision en cours du Titre final CC et compte tenu des art. 2 al. 1 à 3 LMI et 45 al. 2 LCart, la COMCO recommande aux cantons de créer dans le droit cantonal ou intercantonal les bases permettant la reconnaissance des actes authentiques en matière immobilière instrumentés dans un autre canton.

B 2.8	3. Raccomandazione del 23 settembre 2013 – Libera circolazione dei notai e degli atti pubblici
-------	---

Raccomandazione del 23 settembre 2013 all'attenzione dei Cantoni e del Consiglio federale concernente la libera circolazione dei notai e degli atti pubblici

A Premessa

1. La regolamentazione delle modalità di celebrazione degli atti pubblici spetta ai Cantoni (art. 55 Titolo finale CC).¹ I Cantoni determinano in particolare le persone che possono redigere atti pubblici. In Svizzera sono presenti principalmente tre tipologie di organizzazione del notariato:²

- *Notariato di Stato* (SH, ZH): il notariato di Stato ispirato al diritto germanico prevede che gli atti pubblici vengano realizzati solo da pubblici ufficiali rogatori.
- *Notariato in libera professione* (AG, BE, BL, BS, FR, GE, NE, JU, TI, UR, VD, VS): il notariato di tipo latino, caratterizzato dall'esercizio in libera professione, prevede che gli atti pubblici vengano redatti da notai che esercitano un'attività indipendente. I notai si trovano fra loro in una situazione di concorrenza, nella quale lo Stato interviene solitamente a titolo normativo, fissando ad esempio le tariffe o il numero di notai autorizzati. In alcuni Cantoni i notai non possono svolgere nessun'altra attività lucrativa mentre in altri è loro concesso di esercitare contemporaneamente altre attività lucrative, come ad esempio quella di avvocato.
- *Notariato misto* (AI, AR, GL, GR, LU, NW, OW, SG, SO, SZ, TG, ZG): nei sistemi misti, determinati rami di competenza sono riservati ai notai statali (ad es. negozi giuridici concernenti il registro fondiario) mentre gli altri possono essere trattati da notai liberi professionisti a titolo esclusivo o in concorrenza con il notariato di Stato.

2. Per le attività notarili sussiste tradizionalmente il principio di territorialità.³ Ciò significa che i notai possono svolgere la loro attività soltanto nel territorio del Cantone per il quale dispongono di un'autorizzazione. D'altro canto, a causa del principio di territorialità, si pone la questione della libera circolazione intercantonale degli atti pubblici.

3. Il Tribunale federale ha deciso nella DTF 128 I 280 del 2002, confermando la sua prassi usuale, che la libertà economica (art. 27 Cost., RS 101), l'Accordo sulla libera circolazione delle persone (ALC, RS 0.142.112.681) e la legge sul mercato interno (LMI, RS 943.02) non sono applicabili alle attività dei notai e che di conseguenza i notai non possono beneficiare delle libertà che ne derivano.⁴ Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, i Cantoni non sono obbligati a riconoscere i certificati di capacità dei notai rilasciati in un altro Cantone.⁵ I Cantoni possono prevedere che l'atto pubblico di un negozio giuridico concernente un fondo debba essere compiuto nel luogo in cui è situato il fondo (*lex rei sitae*).⁶

4. L'esclusione delle attività notarili dal campo d'applicazione della legge sul mercato interno e dell'Accordo sulla libera circolazione delle persone è nel frattempo entrata in contrasto con la nuova prassi della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE)⁷, in base alla quale le attività svolte dai notai in materia di atti pubblici non prevedono l'esercizio della pubblica autorità e della pubblica potestà. Di conseguenza, nell'Unione europea i notai godono delle libertà di diritto primario, in particolare della libertà di stabilimento. Questi sviluppi nel diritto comunitario possono avere effetti anche sulla libera circolazione bilaterale tra la Svizzera e l'UE. Fatte queste premesse, resta da valutare se ed eventualmente in quale misura sia necessario intervenire nell'ambito dell'attività notarile dal punto di vista della legge sul mercato interno.

B Competenze della COMCO

5. Secondo l'articolo 8 capoverso 1 LMI la Commissione della concorrenza (COMCO) sorveglia il rispetto della legge federale sul mercato interno da parte della Confederazione, dei Cantoni, dei Comuni e degli altri enti preposti a compiti pubblici. Essa può svolgere indagini e sottoporre raccomandazioni alle autorità interessate (art. 8 cpv. 3 LMI). Inoltre assicura, in collaborazione con i Cantoni e i servizi federali interessati, l'esecuzione dell'articolo 4 capoverso 3^{bis} LMI e a tal fine può emanare raccomandazioni (art. 8 cpv. 4 LMI). L'articolo 4 capoverso 3^{bis} LMI stabilisce che il riconoscimento intercantonale di certificati di capacità che rientrano nel campo d'applicazione dell'Accordo sulla libera circolazione delle persone è operato conformemente a tale Accordo. In relazione all'attuazione dell'articolo 4 capoverso 3^{bis} LMI

¹ Titolo finale del Codice civile svizzero del 10 dicembre 1907 (CC, RS 210).

² Per una panoramica si vedano ad es. RENÉ BIBER, Die Zukunft des Amtsnotariats in der Schweiz, in: Aktuelle Themen zur Notariatspraxis: 1. Schweizerischer Notarenkongress / Schweizerischer Notarenverband SNV FSN, Muri b. Bern 2010, 139 segg., 141 segg.; JULIEN SCHLAEPI, La rémunération du notaire de tradition latine, Genève/Bâle/Zurich 2009, 1 segg.

³ MICHEL MOOSER, Le droit notarial en Suisse, Berne 2005, 228 segg.

⁴ Cfr. anche DTF 73 I 366, 371 seg.; sentenza 2P.433/1997 del 30 giugno 1998; sentenze 2P.110/2002 e 2P.264/2002 del 6 agosto 2003 consid. 4.2.4; sentenza 2P.237/2003 del 29 gennaio 2004 consid. 4 con ulteriori rinvii.

⁵ Sentenze TF 2P.110/2002 e 2P.264/2002 del 6 agosto 2003 consid. 4.2.4.

⁶ DTF 113 II 501 consid. 3.

⁷ Sentenza della CGUE del 24.05.2011 C-54/08, *Commissione/Germania*, Racc. 2011 I-4355, n. marg. 110 seg. (nessun esercizio di pubblici poteri da parte di notai, si vedano anche le cause C-61/08, C-53/08, C-51/08, C-50/08, C-47/08).

la COMCO svolge, in base all'articolo 8 capoverso 4 LMI, un vero e proprio compito d'esecuzione.⁸

6. Secondo il compito d'esecuzione assegnatole dalla legge, il 26 marzo 2013 la COMCO ha avviato un'indagine di mercato interno in merito alla libera circolazione dei notai e ha effettuato una consultazione presso i Cantoni e presso i servizi federali interessati (Segreteria di Stato per la formazione, la ricerca e l'innovazione SEFRI, Ufficio federale di giustizia UFG e Sorveglianza dei prezzi). Nell'ambito della consultazione si sono espresse anche la Federazione svizzera dei notai (FSN), con una perizia giuridica del *Centre de droit notarial* dell'Università di Losanna, nonché l'Associazione dei notai del Cantone di San Gallo e la Camera notarile del Cantone di Neuchâtel. Il 4 settembre 2013 rappresentanti della COMCO e del suo Segretariato hanno ricevuto una delegazione della FSN per discutere degli effetti delle sentenze della CGUE del maggio 2011 sulla Svizzera così come sulla libera circolazione intercantionale di notai e atti pubblici. Il Cantone di Berna ha allegato alla sua risposta una perizia giuridica del prof. Stephan Wolf e di Riccardo Brazerol dell'Università di Berna.

7. Oltre alle prescrizioni del diritto sul mercato interno, la COMCO è anche incaricata, secondo l'articolo 45 della legge sui cartelli (LCart, RS 251), di osservare le condizioni di concorrenza e di sottoporre alle autorità raccomandazioni per il promovimento di una concorrenza efficace, in particolare tramite l'elaborazione e l'applicazione di prescrizioni giuridico-economiche. Se in seguito agli sviluppi futuri della legislazione o della giurisprudenza l'attività notarile non dovesse più rientrare nel campo d'applicazione dell'Accordo sulla libera circolazione delle persone e della legge sul mercato interno, contrariamente a quanto avviene nella situazione giuridica attuale, le presenti raccomandazioni della COMCO continueranno ad applicarsi sussidiariamente secondo l'articolo 45 capoverso 2 LCart.

C Rapporto per la consultazione

8. In particolare la perizia giuridica del *Centre de droit notarial* dell'Università di Losanna, la perizia giuridica del prof. Stephan Wolf e di Riccardo Brazerol dell'Università di Berna, i pareri dell'UFG e dell'Associazione degli avvocati del Cantone di San Gallo, così come i pareri di alcuni Cantoni, giungono alla conclusione che l'attività notarile in materia di atti pubblici non è soggetta al diritto bilaterale sulla libera circolazione o che l'assoggettamento è perlomeno incerto, e che quindi dal punto di vista svizzero la questione della discriminazione dei cittadini svizzeri e dell'applicabilità della legge sul mercato interno non si pone. Questo punto è oggetto dell'analisi giuridica nel seguente capitolo D. Di seguito sono riassunti i pareri dei Cantoni in relazione alla libera circolazione dei notai e degli atti pubblici.

C.1 Libera circolazione dei notai

9. I Cantoni di Basilea-Campagna e di Obvaldo, così come la Sorveglianza dei prezzi, si esprimono espressamente a favore dell'introduzione della libera circolazione e del riconoscimento di certificati di capacità rilasciati in altri Cantoni per i notai. I Cantoni di Argovia, Appenzello Interno, Basilea Città, Berna, Glarona, Nidvaldo, Svitto, Turgovia, San Gallo, Sciaffusa e Vallese

non sono fundamentalmente contrari al riconoscimento di certificati di capacità rilasciati in altri Cantoni, purché il notaio proveniente da un altro Cantone disponga di qualifiche equivalenti (ad es. formazione universitaria con conseguimento di un master, praticantati simili) ed eventualmente sussista la possibilità di effettuare una prova attitudinale vertente sul diritto cantonale (in particolare in materia fiscale e di atti pubblici).

10. Per quanto riguarda i notai liberi professionisti, alcuni Cantoni accordano già oggi ai notai di altri Cantoni un accesso agevolato all'attività notarile nel proprio territorio, ma le modalità differiscono notevolmente da un Cantone all'altro. Nel Cantone di Neuchâtel, ad esempio, per i notai di altri Cantoni viene unicamente ridotta di un anno la durata del praticantato, ma per il resto si applica la normale procedura cantonale di ammissione e di verifica. I Cantoni di Svitto e Turgovia prevedono una prova attitudinale orale per il riconoscimento di patenti rilasciate in altri Cantoni in caso di formazione equivalente. I Cantoni di Argovia, Berna, Glarona e Obvaldo limitano il riconoscimento ai notai provenienti da Cantoni che accordano la reciprocità.

11. Una certa libertà di circolazione è inoltre riscontrabile nei Cantoni nei quali possono essere svolte determinate attività notarili da parte di avvocati. In linea di principio gli avvocati possono iscriversi in qualsiasi registro cantonale degli avvocati, indipendentemente dal Cantone in cui hanno ottenuto la patente di avvocato. Alcuni Cantoni prevedono che gli avvocati iscritti nel registro cantonale degli avvocati che hanno ottenuto la patente in un altro Cantone possono essere iscritti anche nel registro dei notai (ad es. AI, AR, GL), o perlomeno all'esame (ev. semplificato) di notaio (ad es. LU, SG, SZ, ZG). Anche in questo caso può essere richiesta la reciprocità, come ad esempio nel Cantone di Glarona.

12. Nonostante siano già presenti degli elementi di libera circolazione, il modo in cui i sistemi cantonali sono organizzati non permette in linea di principio ai notai di svolgere la loro attività in più Cantoni contemporaneamente. Questa situazione risulta in particolare dall'obbligo di domicilio o di sede vigente in diversi Cantoni (ad es. AI, FR, GE, GR, LU, NE, NW, OW, SG, SZ, TI, UR, VD, VS, ZG). Nel Cantone di Argovia, benché non sia previsto alcun requisito in materia di domicilio, un notaio di un altro Cantone può essere ammesso, dopo avere superato la prova attitudinale, soltanto a condizione che interrompa l'attività nel Cantone d'origine.

13. Per quanto riguarda i pubblici ufficiali rogatori, alcuni Cantoni non hanno nulla da obiettare al fatto che per l'assunzione di un impiego siano presi in considerazione candidati di altri Cantoni se questi sono in possesso di un'apposita abilitazione (ad es. GR, SG, SH).

⁸ Messaggio del 24 novembre 2004 concernente la modifica della legge federale sul mercato interno, FF 2005 409 segg., 432 "Il nuovo capoverso 4 mira a garantire una corretta esecuzione dell'articolo 4 capoverso 3^{bis} LMI. Considerato che nell'ambito del riconoscimento dei certificati di capacità e dei diplomi è necessario un coordinamento tra la Confederazione e i Cantoni, e al fine di garantire l'"eseguibilità" di tale disposizione, è opportuno che in occasione dell'elaborazione delle raccomandazioni di esecuzione destinate agli uffici cantonali interessati la COMCO collabori con i Cantoni e con gli uffici federali incaricati delle questioni relative al riconoscimento (Ufficio federale della formazione professionale e della tecnologia [UFFT] e Ufficio dell'integrazione [UI]). Una siffatta soluzione è semplice ed efficace."

14. Tutti gli altri Cantoni sono contrari alla libera circolazione dei notai e non applicano alcuna procedura di accesso agevolata per i notai di altri Cantoni. Di seguito vengono presentati i motivi principali che vengono addotti contro l'introduzione della libera circolazione delle persone.

C.1.1 Diversi sistemi notarili

15. Molti Cantoni sostengono che la diversità delle forme cantonali di organizzazione del notariato è in contrasto con la libera circolazione dei notai. Allo stesso modo si teme che nel caso della libera circolazione le diverse forme di notariato di Stato siano considerate un ostacolo all'accesso al mercato e che possano subire pressioni.

16. Qualora venga introdotta la libera circolazione si dovrà tenere conto di questa circostanza. La COMCO ritiene tuttavia che la libera circolazione dei notai non comporterebbe una restrizione delle competenze cantonali in relazione alla forma di organizzazione. Se un Cantone delega tutte o parte delle attività notarili allo Stato, non vi sarà spazio per l'introduzione della libera circolazione dei notai liberi professionisti. In altri termini, non si può pretendere che un Cantone autorizzi notai di altri Cantoni a svolgere nel proprio territorio attività che altrimenti sarebbero espletate esclusivamente da pubblici ufficiali rogatori. Se però un Cantone autorizza notai liberi professionisti a svolgere tutte o determinate attività notarili, anche in concorrenza con i pubblici ufficiali rogatori, non sussiste alcun motivo inerente al sistema per rifiutare il riconoscimento di notai di altri Cantoni.

17. Sarebbe quindi ipotizzabile introdurre due diversi regimi di libera circolazione. Se i Cantoni ammettono notai liberi professionisti, questi potrebbero esercitare in più Cantoni. I pubblici ufficiali rogatori (ad es. ufficiali del registro fondiario) avrebbero la possibilità di candidarsi anche per concorsi indetti al di fuori del loro Cantone previo riconoscimento delle loro precedenti qualifiche ed esperienze. La COMCO è quindi del parere che le diverse forme cantonali di organizzazione del notariato non siano in linea di principio contrarie a un'introduzione della libera circolazione.

C.1.2 Diversi requisiti di formazione

18. Come ulteriore argomento contro l'introduzione della libera circolazione dei notai viene addotto il fatto che a livello cantonale si riscontrano requisiti di formazione molto diversi fra loro. In particolare per i notai liberi professionisti sono generalmente richiesti una formazione universitaria, un'esperienza di praticantato di una certa durata e il superamento dell'esame di notaio (ad es. AG, BE, GE, NE). Per i pubblici ufficiali rogatori la formazione universitaria spesso non è un requisito indispensabile (ad es. SH, ZH).

19. Queste differenze cantonali in riferimento ai requisiti di ammissione per i notai sono contrari a un riconoscimento automatico della patente di notaio. Il riconoscimento automatico presupporrebbe un'armonizzazione dei requisiti di qualificazione cantonali, come avviene ad esempio per gli avvocati dall'entrata in vigore della legge sugli avvocati (LLCA, RS 935.61). Fintanto che non saranno introdotti standard di formazione armonizzati per i notai, i Cantoni devono avere la possibilità di verificare, nell'ambito di una procedura di riconoscimento, le quali-

fiche del richiedente di un altro Cantone in modo da poter rifiutare il riconoscimento qualora sussistano notevoli differenze rispetto ai propri requisiti di ammissione.

C.1.3 Conoscenze del diritto cantonale e delle peculiarità locali

20. Infine, si sottolinea che ai notai di altri Cantoni mancherebbero le conoscenze del diritto cantonale (ordinanze cantonali sul registro fondiario, diritto fiscale, diritto edilizio, procedura per la redazione degli atti pubblici) e le peculiarità locali (prezzi di mercato degli immobili, caratteristiche del fondo in relazione alla costituzione di servitù, zone valangari e di franamento, siti contaminati, rischio di inondazioni, particolarità geologiche). Di conseguenza, il notaio non sarebbe in grado di assolvere il suo obbligo di consulenza e non potrebbe essere garantita la necessaria protezione delle parti contraenti. A causa dell'obbligo di registrare con atto pubblico ne risulterebbe inoltre un maggior rischio di responsabilità per i notai e i Cantoni (responsabilità dello Stato).

21. Questo aspetto può essere tenuto in considerazione accordando ai Cantoni, nell'ambito della procedura di riconoscimento, la possibilità di esigere una prova che il notaio esterno possiede sufficienti conoscenze del diritto cantonale. Questa prova potrebbe essere fornita, ad esempio, mediante una prova attitudinale. A tale riguardo può tuttavia risultare opportuno un confronto con la professione di avvocato. Con l'entrata in vigore della legge sugli avvocati, il 1° giugno 2002, è stata introdotta la libera circolazione degli avvocati. Sebbene a quel momento il diritto in materia processuale civile e penale e di procedura amministrativa, ad esempio, presentasse notevoli differenze tra un Cantone e l'altro, gli avvocati potevano esercitare in tutti Cantoni nel campo processuale senza dover dapprima sostenere una prova attitudinale vertente sul diritto procedurale cantonale. Analogamente ci si può attendere anche dai notai che assumano la loro responsabilità individuale e che prima di avviare un'attività acquisiscano la necessaria dimestichezza con il diritto cantonale e le peculiarità locali.

C.2 Libera circolazione degli atti pubblici

22. La libera circolazione degli atti pubblici è già oggi ampiamente garantita, tranne per quanto riguarda i negozi giuridici concernenti fondi. I Cantoni di Argovia, Basilea Campagna e Obvaldo, così come la Sorveglianza dei prezzi, sono favorevoli all'estensione della libera circolazione agli atti pubblici anche in questo settore. Tutti gli altri Cantoni si oppongono al riconoscimento da parte dell'ufficio del registro fondiario di atti realizzati in altri Cantoni.

23. Il principale argomento addotto contro la libera circolazione degli atti pubblici per i negozi giuridici concernenti fondi è che i notai di altri Cantoni non possiedono conoscenze del diritto cantonale e delle peculiarità locali (cfr. sopra, punto C.1.3 seg.). Questa situazione, oltre a mettere a repentaglio la certezza del diritto nelle transazioni immobiliari, determina uno scadimento della qualità degli atti e un maggior onere per gli uffici del registro fondiario. In tale contesto si pongono particolari problemi per quanto concerne l'obbligo di registrare con atto pubblico e gli obblighi di consulenza e di fornire informazioni dei notai. Non possedendo le necessarie conoscenze

giuridiche e materiali, un notaio di un altro Cantone non potrebbe assumere i propri obblighi di consulenza e di fornire informazioni, e ciò determinerebbe un maggior rischio di responsabilità.

24. Di fatto, nel caso in cui fosse introdotta la libera circolazione degli atti pubblici per i negozi giuridici concernenti fondi, a differenza di quanto avviene per la libera circolazione dei notai, i Cantoni non avrebbero più alcuna possibilità di influire direttamente sulla formazione e sulle qualifiche dei pubblici ufficiali rogatori. L'introduzione della libera circolazione degli atti pubblici presuppone che i notai decidano autonomamente se possono procedere o meno alla redazione di un atto pubblico per un negozio giuridico concernente un fondo situato in un altro Cantone. I notai non potrebbero quindi essere sottoposti ad alcun obbligo di registrare con atto pubblico per negozi giuridici concernenti un fondo al di fuori del loro Cantone. La situazione è sostanzialmente paragonabile a quella degli avvocati, che già prima dell'entrata in vigore del diritto processuale civile e penale federale potevano decidere in piena autonomia se tenere un processo davanti a un tribunale di un altro Cantone. Ci si può dunque attendere dai notai che redigano atti pubblici per negozi giuridici concernenti fondi solo nei Cantoni nei quali dispongono delle necessarie conoscenze tecniche. La libera circolazione degli atti pubblici non nuocerebbe al principio della certezza del diritto per quanto riguarda le transazioni immobiliari, poiché gli uffici dei registri fondiari cantonali controllerebbero in ogni caso la conformità dell'atto pubblico. Inoltre, in caso di transazioni complesse, i notai del luogo possono richiedere all'amministrazione fiscale di confermare con una decisione le conseguenze fiscali che vi sono connesse; questa possibilità è offerta anche ai notai di altri Cantoni.

25. Con l'introduzione della libera circolazione degli atti pubblici le parti contraenti di un negozio giuridico concernente un fondo disporrebbero di una libertà molto più ampia nella scelta di un pubblico ufficiale rogatore. Questa libertà di scelta comporta anche una maggiore responsabilità individuale; spetterebbe infatti alle parti contraenti decidere, tenuto conto di aspetti come la qualità, l'entità delle prestazioni e il prezzo, se incaricare un pubblico ufficiale rogatore locale, cantonale o di un altro Cantone. Eventuali informazioni necessarie sulle peculiarità giuridiche e materiali relative a un negozio giuridico concernente un fondo potrebbero essere ottenute dalle parti anche presso altri interlocutori, come ad esempio avvocati, agenti immobiliari, banche, architetti, ingegneri, associazioni o amministrazioni comunali.

26. Occorre infine rammentare che soltanto una piccola quota del volume complessivo dei negozi giuridici concernenti fondi risulta problematica a causa delle peculiarità locali (caratteristiche del fondo in relazione alla costituzione di servitù, zone valangari e di franamento, siti contaminati, rischio di inondazioni, particolarità geologiche) e che anche in questi casi l'obbligo di consulenza del notaio cantonale non offre alcuna garanzia di un livello ottimale di trasparenza. L'obbligo che impone di tenere conto del notariato locale cela anche dei rischi. Non è escluso che soprattutto nelle zone rurali un notariato caratterizzato da stretti legami con la popolazione locale potrebbe essere fonte di parzialità a favore della

parte acquirente indigena.⁹ L'argomento relativo alla necessità delle conoscenze delle peculiarità locali è del resto inconsistente nella misura in cui, ad esempio, un notaio con sede a Interlaken può redigere un atto per un negozio giuridico concernente un fondo situato a Langenthal benché probabilmente non conosca altrettanto bene le peculiarità vigenti a Langenthal quanto un notaio residente nelle vicine regioni dei Cantoni di Argovia e Soletta.

27. Inoltre, la libera circolazione dei documenti non ha alcun influsso sui rapporti disciplinati dal diritto in materia di sorveglianza. I notai continuano a essere sottoposti alla sorveglianza del Cantone di ammissione. Qualora un notaio commetta irregolarità rilevanti ai fini del diritto in materia di sorveglianza in relazione alla redazione di un atto concernente un fondo situato in un altro Cantone, le parti contraenti, così come l'ufficio del registro fondiario del Cantone in questione, possono informarne l'autorità di sorveglianza del Cantone di ammissione del notaio.

28. I Cantoni sottolineano infine che la libera circolazione degli atti indurrebbe una concorrenza indesiderata tra le diverse forme di notariato cantonali. Ciò non si giustifica in particolare perché il notariato libero, diversamente da quanto avviene per il notariato di Stato, comprende una prestazione di consulenza. La libera circolazione degli atti implica già oggi una concorrenza tra le diverse forme di notariato cantonali in tutti i settori, ad eccezione dei negozi giuridici concernenti il registro fondiario. Dai pareri espressi non risulta che la libera circolazione degli atti, ad esempio in materia di diritto di famiglia o societario, e la concorrenza che ne deriva tra le diverse forme di notariato abbiano creato problemi. La concorrenza dovuta alla libera circolazione degli atti del registro fondiario non metterebbe dunque in questione le diverse forme cantonali di organizzazione del notariato, ma darebbe adito a una concorrenza a livello di qualità e di prezzi.

D Analisi giuridica

29. La legge sul mercato interno si applica, secondo l'articolo 1 capoverso 3, a ogni attività a scopo di lucro, eccetto quelle che rientrano negli ambiti di sovranità dello Stato. Nel contempo la legge sul mercato interno garantisce, secondo gli articoli 6 capoverso 1 e 4 capoverso 3^{bis}, che nei rapporti intercantionali ogni persona con sede in Svizzera usufruisce degli stessi diritti di accesso al mercato garantiti dalla Confederazione a persone estere in virtù di accordi internazionali. Nel presente caso occorre quindi innanzitutto verificare quali diritti di accesso al mercato la Confederazione accorda ai notai provenienti dall'UE con l'Accordo sulla libera circolazione delle persone (di seguito, D.1). In base ai risultati di questa verifica, in un secondo tempo si dovranno analizzare i diritti di accesso al mercato di cui dispongono i notai con sede in Svizzera nei rapporti intercantionali (di seguito, D.2).

⁹ CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, 226.

D.1 Riconoscimento bilaterale di qualifiche professionali dei notai secondo l'Accordo sulla libera circolazione delle persone

30. L'Accordo sulla libera circolazione delle persone concluso con l'UE nell'ambito degli accordi bilaterali regola il diritto di ingresso e di soggiorno nei rapporti tra la Svizzera e l'UE per i lavoratori dipendenti e indipendenti e per le persone che non esercitano un'attività lucrativa, e include disposizioni sulla liberalizzazione di prestazioni di servizi di breve durata e sul reciproco riconoscimento delle qualifiche professionali.

31. Tali diritti non valgono invece per l'accesso ad attività sovrane. Per questo motivo l'Accordo sulla libera circolazione delle persone prevede cosiddette eccezioni settoriali:

- *Impiego presso la pubblica amministrazione* (eccezione settoriale alla libera circolazione dei lavoratori, art. 10 dell'allegato I ALC): "Al cittadino di una parte contraente che esercita un'attività dipendente può essere rifiutato il diritto di occupare, presso la pubblica amministrazione, un posto legato all'esercizio della pubblica potestà e destinato a tutelare gli interessi generali dello Stato o di altre collettività pubbliche".
- *Esercizio della pubblica potestà* (eccezione settoriale alla libera circolazione per lavoratori autonomi, art. 16 dell'allegato I ALC): "Al lavoratore autonomo può essere rifiutato il diritto di praticare un'attività legata, anche occasionalmente, all'esercizio della pubblica autorità".
- *[Senza titolo]* (eccezione settoriale alla libertà di prestazione di servizi, art. 22 par. 1 dell'allegato I ALC): "Le disposizioni degli articoli 17 e 19, del presente allegato non si applicano alle attività legate anche occasionalmente, in tale parte contraente, all'esercizio della pubblica autorità nella parte contraente interessata".

32. Da questa panoramica risulta palese che nella terminologia dell'Accordo sulla libera circolazione delle persone i concetti di "pubblica potestà" e di "pubblica autorità" sono utilizzati come sinonimi. L'articolo 16 dell'allegato I ALC è intitolato "pubblica potestà" evidenzia che esercita la pubblica potestà chi esercita la pubblica autorità.

33. Alla luce di queste considerazioni, occorre innanzitutto chiarire se i notai possono avvalersi dei diritti di accesso al mercato secondo l'Accordo sulla libera circolazione delle persone o se l'attività notarile è da intendersi come attività sovrana ed è pertanto esclusa dalla libertà di stabilimento e di prestazione di servizi (allegato I ALC, art. 16 e 22 par. 1).

D.1.1 Assoggettamento dei notai attraverso la trasposizione a livello nazionale dell'allegato III ALC

34. A questo proposito è di fondamentale importanza che il legislatore svizzero abbia dichiarato applicabile per i notai, attraverso la trasposizione a livello nazionale delle norme sul reciproco riconoscimento delle qualifiche professionali (allegato III ALC), l'Accordo sulla libera circolazione delle persone.

35. L'allegato III dell'Accordo sulla libera circolazione delle persone prevede che il reciproco riconoscimento delle qualifiche professionali nei rapporti tra la Svizzera e l'UE si basa sulla Direttiva 2005/36/CE (Direttiva relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali). Nel settembre 2011 il Comitato misto per l'Accordo sulla libera circolazione delle persone ha deciso che a partire dal 1° novembre 2011 sarebbe stata applicata la Direttiva relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali, ad eccezione del Titolo II.

36. Il Titolo II della Direttiva relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali disciplina il riconoscimento delle qualifiche professionali nel settore della libera circolazione dei servizi tra la Svizzera e l'UE per un periodo fino a 90 giorni all'anno. Nell'ambito del Titolo II della Direttiva, la Svizzera ha la possibilità di introdurre una procedura di dichiarazione e di verifica. In base a tale procedura i prestatori di servizi dell'UE possono essere obbligati a presentare una dichiarazione prima di avviare la loro attività in Svizzera in una delle professioni regolamentate. Se le qualifiche dell'offerente dell'UE non soddisfano i requisiti svizzeri e se l'attività ha ripercussioni in materia di pubblica sicurezza o di sanità pubblica, la Svizzera può esigere che l'offerente dell'UE superi una prova attitudinale (art. 7 par. 4 Dir. 2005/36/CE).

37. La Svizzera ha trasposto a livello nazionale il Titolo II della Direttiva relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali. A tale scopo, il 14 dicembre 2012 il Parlamento ha approvato la nuova legge federale sull'obbligo di dichiarazione e sulla verifica delle qualifiche professionali dei prestatori di servizi in professioni regolamentate (LDPS, RS 935.01), che è entrata in vigore il 1° settembre 2013.

38. Secondo l'articolo 2 LDPS, prima di avviare un'attività professionale in Svizzera i prestatori di servizi devono provvedere a una dichiarazione alla Segreteria di Stato per la formazione, la ricerca e l'innovazione (SEFRI). Nel caso delle professioni regolamentate aventi ripercussioni in materia di pubblica sicurezza o di sanità pubblica, la SEFRI trasmette la dichiarazione al servizio federale o cantonale competente per il riconoscimento delle qualifiche professionali.

39. L'ordinanza sull'obbligo di dichiarazione e sulla verifica delle qualifiche professionali dei prestatori di servizi in professioni regolamentate (ODPS, RS 935.011) elenca all'allegato I le professioni regolamentate aventi ripercussioni in materia di pubblica sicurezza o di sanità pubblica e che sono quindi soggette all'obbligo di dichiarazione. Al Titolo 11 "Professioni giuridiche" dell'allegato I ODPS sono menzionati anche i notai. Il legislatore parte quindi espressamente dal presupposto che i notai, a differenza di giudici, agenti di polizia o guardacaccia, ecc. non sono organi che esercitano la pubblica autorità ai sensi dell'articolo 22 paragrafo 1 dell'allegato I ALC¹⁰, ma che si tratta piuttosto di una professione regolamentata avente ripercussioni in materia di pubblica sicurezza

¹⁰ Rapporto esplicativo concernente l'ordinanza sull'obbligo di dichiarazione e sulla verifica delle qualifiche professionali dei prestatori di servizi in professioni regolamentate (progetto), pag. 6 seg. (ottenibile su www.sbf.admin.ch > Temi > Riconoscimento dei diplomi esteri > Procedura di dichiarazione per i prestatori di servizi).

che rientrano nel campo d'applicazione della Direttiva 2005/36/CE e quindi in generale nel campo d'applicazione materiale dell'Accordo sulla libera circolazione delle persone.

40. Concretamente ciò significa che un notaio di uno Stato membro dell'UE può presentare alla SEFRI una domanda di riconoscimento delle sue qualifiche professionali per un determinato Cantone. La SEFRI trasmette la domanda e i documenti allegati al servizio cantonale competente per il riconoscimento (art. 3 cpv. 1 LDPS, art. 8 ODPS), la quale si occupa della procedura di verifica delle qualifiche professionali (art. 3 cpv. 3 LDPS, art. 10 ODPS). In caso di differenze sostanziali tra le qualifiche del notaio dell'UE e i requisiti cantonali, il servizio cantonale offre al richiedente la possibilità di comprovare di avere acquisito le conoscenze o le competenze mancanti (art. 7 par. 4, sottopar. 3 Dir. 2005/36/CE). A tale scopo può sottoporlo a una prova attitudinale. La procedura di ammissione deve concludersi entro due mesi (art. 10-12 ODPS). I notai dell'UE che superano la procedura di ammissione cantonale possono fornire le loro prestazioni di servizi nel Cantone in questione per un periodo di al massimo 90 giorni all'anno (art. 17 dell'allegato I ALC).

41. L'Accordo sulla libera circolazione delle persone garantisce, oltre alla libera circolazione dei servizi, anche la libertà di stabilimento per i lavoratori indipendenti (art. 12 segg. dell'allegato I ALC). Come indicato, l'attività notarile non rientra nelle eccezioni settoriali alla libertà di prestazione di servizi (art. 22 par. 1 dell'allegato I ALC); di conseguenza non rientra neppure nelle eccezioni settoriali alla libertà di stabilimento (art. 16 dell'allegato I ALC). Nella misura in cui i notai beneficiano del riconoscimento delle loro qualifiche professionali ai fini della libera circolazione dei servizi (Titolo II della Direttiva 2005/36/CE in combinato disposto con l'allegato III ALC), lo stesso deve valere anche per libertà di stabilimento. La procedura di riconoscimento a scopo di stabilimento non si basa sul Titolo II, ma sul più rigido „regime generale“ secondo il Titolo III della Direttiva 2005/36/CE in combinato disposto con l'allegato III ALC.

42. La Direttiva 2005/36/CE, all'articolo 11, distingue, in funzione della durata e del livello di formazione, cinque diversi livelli di qualifica, da a (livello più basso) a e (livello più alto). Il servizio competente in Svizzera verifica quale livello (a-e) è necessario secondo le sue prescrizioni per avviare l'attività e a quale livello corrispondono le qualifiche del prestatore di servizi dell'UE. Secondo l'articolo 13 paragrafo 1 della Direttiva le qualifiche dell'offerente dell'UE vengono riconosciute se corrispondono o sono appena inferiori al livello richiesto dal Cantone di destinazione.

43. Se le condizioni per il riconoscimento sono soddisfatte, il servizio cantonale, nei casi menzionati all'articolo 14 paragrafi 1-5 della Direttiva 2005/36/CE, può eventualmente adottare provvedimenti di compensazione ed esigere che l'offerente dell'UE superi una prova attitudinale o svolga un tirocinio di adattamento. Questo „regime generale“ di riconoscimento delle qualifiche professionali è applicabile anche alla professione di notaio.

44. Il riconoscimento di qualifiche professionali nell'ambito della libertà di prestazione di servizi e della libertà di stabilimento non ha alcuna validità per le attività che nel Cantone di destinazione sono riservate esclusivamente ai dipendenti statali. Per quanto riguarda il notariato ciò significa che i Cantoni che praticano un notariato di Stato non devono prevedere una procedura di riconoscimento per i notai esterni. Lo stesso dicasi per i Cantoni che praticano un notariato misto per quanto concerne le attività notarili riservate esclusivamente allo Stato, ovvero a pubblici ufficiali rogatori.

D.1.2 Assoggettamento dei notai attraverso un'interpretazione eurocompatibile dell'ALC

45. Da quando il legislatore ha dichiarato applicabile alle attività notarili l'Accordo sulla libera circolazione delle persone mediante l'emanazione della LDPS e dell'ODPS risulta in linea di principio superfluo esaminare e interpretare ulteriormente le eccezioni settoriali secondo gli articoli 16 e 22 paragrafo 1 dell'allegato I ALC. A scopo di completezza si rammenta che, anche a prescindere dall'atto legislativo, l'interpretazione dell'Accordo sulla libera circolazione delle persone consente di concludere che le eccezioni settoriali menzionate non valgono per le attività notarili.

46. La Svizzera interpreta i suoi trattati internazionali in modo sostanzialmente autonomo e applicando i metodi interpretativi di diritto internazionale, conformemente alla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (art. 31 seg. Convenzione sul diritto dei trattati, RS 0.111). Per quanto riguarda l'Accordo sulla libera circolazione delle persone, questo principio di interpretazione autonoma dei trattati è limitato, secondo l'articolo 16 paragrafo 2 ALC, alle nozioni riprese dal diritto comunitario, per le quali si terrà conto della giurisprudenza pertinente della CGUE precedente alla data della sua firma. La giurisprudenza della Corte successiva a questa data verrà comunicata alla Svizzera.

47. Nell'applicazione dell'Accordo sulla libera circolazione delle persone il Tribunale federale tiene conto in modo sistematico della prassi pertinente della CGUE precedente alla data della firma dell'Accordo.¹¹ Il Tribunale federale prende in considerazione anche la giurisprudenza della CGUE successiva alla firma dell'ALC quando questa prosegue e conferma o precisa la giurisprudenza vigente.¹² Per non compromettere il parallelismo

¹¹ Si vedano ad es. DTF 136 II 65 consid. 3.1 [ricongiungimento familiare esteso]; sentenza TF 9C_782/2011 del 26 aprile 2012 [pubbl. uff. prevista] consid. 5.3.2 [diritto delle assicurazioni sociali]; si veda anche sentenza TAF C-2731/2011 del 18 novembre 2011 consid. 4.4 [riserva in favore dell'ordine pubblico]; dalla letteratura ad es. THOMAS COTTIER/NICOLAS DIEBOLD, Warenverkehr und Freizügigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Bilateralen Abkommen, in: Astrid Epiney/Nina Gammenthaler (ed.), Schweizerisches Jahrbuch zum Europarecht 2008/2009, Zürich 2009, 237 segg., 258 seg.; FLORENCE AUBRY GIRARDIN, L'interprétation et l'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes du point de vue de la jurisprudence, in: Astrid Epiney/Beate Metz/Robert Mosters (ed.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU: Auslegung und Anwendung in der Praxis, Zürich/Basel/Genève 2011, 29 segg., 41 segg.; ASTRID EPINEY, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, 1 segg., 30.

¹² DTF 133 V 329 E. 7; 133 V 265 consid. 4.1.

fra le disposizioni legali dell'ALC e il diritto comunitario pertinente, il Tribunale federale si discosta dalla prassi della CGUE solo in presenza di "motivi validi".¹³

48. Per quanto riguarda le eccezioni settoriali secondo gli articoli 10, 16 e 22 paragrafo 1 dell'allegato I ALC, si tratta di disposizioni riprese dal diritto comunitario. Ci si è ispirati in particolare all'articolo 45 paragrafo 4 TFUE (eccezioni settoriali alla libera circolazione dei lavoratori) e all'articolo 51 TFUE (eccezioni settoriali alla libertà di stabilimento, in combinato disposto con l'art. 62 TFUE sulla libertà di prestazione di servizi). Di conseguenza, l'articolo 10 dell'allegato I ALC va interpretato considerando la prassi della CGUE relativa all'articolo 45 paragrafo 4 TFUE e gli articoli 16 e 22 paragrafo 1 dell'allegato I ALC vanno interpretati considerando la prassi della CGUE relativa all'articolo 51 TFUE.

49. La CGUE applica rigorosamente le eccezioni settoriali delle „attività che partecipano all'esercizio di pubblici poteri“ ai sensi dell'articolo 51 paragrafo 1 TFUE.¹⁴ In linea di principio si parte dal presupposto dell'esercizio di pubblici poteri solo quando l'attività implica "un esercizio sufficientemente qualificato di prerogative che esorbitano dal diritto comune, di privilegi autoritativi o di poteri coercitivi".¹⁵ L'attività deve inoltre "costituire una partecipazione diretta e specifica all'esercizio di pubblici poteri"¹⁶; di conseguenza l'esercizio di pubblici poteri va negato se l'attività serve unicamente a preparare o sostenere l'esercizio di pubblici poteri di un altro organo.¹⁷ È inoltre atipico per l'esercizio di pubblici poteri che l'attività venga svolta in condizioni di concorrenza o che un comportamento illecito non giustifichi alcuna responsabilità dello Stato.¹⁸

50. In base a questa prassi pluriennale la CGUE ha dichiarato, con l'autorevole sentenza del 24 maggio 2011, che nel caso dell'atto pubblico non si tratta di un'attività che partecipa all'esercizio di pubblici poteri ai sensi dell'articolo 51 paragrafo 1 TFUE (vecchio art. 45 cpv. 1 TCE).¹⁹ La CGUE ha motivato questa decisione sostanzialmente come segue:

- Le parti che hanno aderito a una convenzione da registrare con atto pubblico decidono autonomamente il contenuto e la portata dei loro diritti e obblighi. Il notaio non può modificare unilateralmente la convenzione che è chiamato a registrare con atto pubblico senza avere preliminarmente ottenuto il consenso delle parti (sentenza CGUE n. marg. 91-93).
- È incontestabile che l'atto pubblico avviene nell'interesse generale se vengono garantite la certezza del diritto e la legalità degli atti legali conclusi da privati. Il perseguimento di un obiettivo di interesse generale non è tuttavia sufficiente, di per sé, a considerare un'attività come una partecipazione all'esercizio di pubblici poteri. In altre parole, l'obiettivo di interesse generale della certezza del diritto e della legalità non ha come conseguenza il non assoggettamento dell'attività di redazione di atti pubblici alle libertà fondamentali, ma consente tutt'al più di giustificare una restrizione di queste libertà (sentenza CGUE n. marg. 94-98).

- Il fatto che gli atti pubblici abbiano un'elevata forza probatoria ed esecutiva non è sufficiente per considerare l'attività di redazione di tali atti come una partecipazione all'esercizio dei pubblici poteri. La forza probatoria degli atti conferita dalla legge non ha alcuna rilevanza sulla questione se l'attività di redazione di atti pubblici costituisca una partecipazione all'esercizio dei pubblici poteri. Anche la forza esecutiva dell'atto pubblico non trasferisce al notaio l'esercizio dei pubblici poteri, poiché il debitore si è volontariamente assoggettato all'eventuale immediata esecuzione forzata dell'atto (sentenza CGUE n. marg. 100-107).
- L'esercizio di pubblici poteri viene inoltre smentito dal fatto che i notai, nonostante vi siano delle disposizioni legali sugli onorari, esercitano la loro professione in condizioni di concorrenza nelle quali le parti possono scegliere liberamente il notaio e che, in funzione delle capacità professionali dei notai, vi è perlomeno una concorrenza dal punto di vista della qualità (sentenza CGUE n. marg. 110).

¹³ DTF 136 II 5 consid. 3.4; 136 II 65 consid. 3.1; MATTHIAS OESCH, Niederlassungsfreiheit und Ausübung öffentlicher Gewalt im EU-Recht und im Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, SZIER/RSDIE 2011, 583 segg., 606 seg.; CARL BAUDENBACHER, Wie sollen Konflikte im Verhältnis Schweiz-EU gelöst werden?, in: Rolf Sethe et al. (Hrsg.), Kommunikation. Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, 2011, 821 segg., 829; THOMAS COTTIER/ERIK EVTIMOV, Probleme des Rechtsschutzes bei der Anwendung der sektoriellen Abkommen mit der EG, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), Die sektoriellen Abkommen Schweiz-EG, Bern 2002, 179 segg., 200; EPINEY (nota 11), 23-31; ASTRID EPINEY, Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Personenfreizügigkeitsabkommen, SJZ 105/2009, 25 segg., 26 seg.

¹⁴ MARTIN SCHLAG, in: Jürgen Schwarze (ed.), EU-Kommentar, 2. ed., Baden-Baden 2009, art. 45 TCE n. marg. 5; MATTHIAS OESCH, Niederlassungsfreiheit und Ausübung öffentlicher Gewalt im EU-Recht und im Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, SZIER/RSDIE 2011, 583 segg., 594 segg. con ulteriori rinvii; WALTER FRENZ, Europarecht, Berlin/Heidelberg 2011, n. marg. 291; STEPHAN J. WALDHEIM, Dienstleistungsfreiheit und Herkunftslandprinzip, Göttingen 2008, 42 seg.; SVEN SIMON, Liberalisierung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im WTO- und EU-Recht, Tübingen 2009, 189; CATHERINE BARNARD, The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms, Oxford/New York 2007, 484 seg.; GABRIEL MOENS/JOHN TRONE, Commercial Law of the European Union, Dordrecht/Heidelberg/London/New York 2010, 92.

¹⁵ Sentenza della CGUE del 29.4.2010 C-160/08, *Commissione/Germania*, Racc. 2010 I-3713, n. marg. 79 segg. (nessun esercizio di pubblici poteri da parte di servizi di soccorso con lampeggianti e sirene); sentenza della CGUE del 29.10.1998 C-114/97, *Commissione/Spagna*, Racc. 1998 I-6717, n. marg. 37 (poteri coercitivi negati a imprese di sorveglianza private).

¹⁶ Sentenza della CGUE del 22.10.2009 C-438/08, *Commissione/Portogallo*, Racc. 2009 pagina I-10219, n. marg. 36 (controllo tecnico di veicoli).

¹⁷ Sentenza della CGUE 13.07.1993 C-42/92, *Thijssen/Versicherungsaufsichtsamt*, Racc. 1993 I-4047, n. marg. 22 (nessun esercizio di pubblici poteri del commissario autorizzato presso l'ufficio di controllo delle assicurazioni, ente esercitante pubblici poteri, nel suo ruolo ausiliario o preparatorio); sentenza della CGUE del 21.06.1974 2/74, *Reyners/Belgien*, Racc. 1974 631, n. marg. 51/53 (nessun esercizio di pubblici poteri dell'avvocato nonostante i contatti regolari con i tribunali e l'inserimento organico nella procedura giudiziaria).

¹⁸ Sentenza della CGUE C-54/08, *Commissione/Germania*, Racc. 2011 I-4355, n. marg. 110 seg. (nessun esercizio di pubblici poteri da parte di notai, si vedano anche le cause C-61/08, C-53/08, C-51/08, C-50/08, C-47/08).

¹⁹ Sentenza della CGUE del 24.05.2011 C-54/08, *Kommision/Deutschland*, Racc. 2011 I-4355, n. marg. 110 seg.

- Infine, i notai sono i soli responsabili degli atti compiuti nell'ambito della loro attività professionale (sentenza CGUE n. marg. 111).

51. Sulla base di queste considerazioni, la CGUE ha concluso che l'attività notarile non sia associata all'esercizio di pubblici poteri secondo le definizioni presenti negli ordinamenti giuridici di Austria, Belgio, Francia, Germania, Grecia, Lussemburgo e Portogallo.²⁰

52. Sebbene queste sentenze siano state emanate dopo la firma dell'Accordo sulla libera circolazione delle persone, esse sono rilevanti, secondo la giurisprudenza del Tribunale federale relativa all'articolo 16 paragrafo 2 ALC, per l'interpretazione delle eccezioni settoriali dell'Accordo sulla libera circolazione delle persone. Il Tribunale federale prende in considerazione anche la giurisprudenza della CGUE successiva alla firma dell'Accordo sulla libera circolazione delle persone se questa prosegue, conferma o precisa semplicemente la giurisprudenza in essere prima della firma dell'Accordo sulla libera circolazione delle persone (cfr. sopra, n. marg. 47 e rinvii nella nota 12 seg.). Nel caso specifico questa condizione appare soddisfatta. L'identificazione della redazione di atti pubblici come attività che non partecipa all'esercizio di pubblici poteri conferma la prassi consolidata della CGUE sull'interpretazione dell'articolo 51 paragrafo 1 TFUE (cfr. Sentenza C-54/08, n. marg. 84-87). Non sono inoltre individuabili motivi validi che giustifichino una deroga alle sentenze della CGUE del 24 maggio 2011 e una rinuncia al parallelismo fra le disposizioni legali.

53. Tenuto conto dei principi sviluppati dal Tribunale federale in relazione all'articolo 16 paragrafo 2 ALC per quanto concerne la trasposizione di sentenze della CGUE emanate successivamente alla firma dell'Accordo, la COMCO conclude che la prassi della CGUE sancita dalle sentenze del 24 maggio 2011 deve essere considerata anche per l'interpretazione delle eccezioni settoriali nell'ALC. Alla luce di queste considerazioni, la COMCO ritiene che l'attività di redazione di atti pubblici, anche a prescindere dalla LDPS e dall'ODPS, non rientri nelle eccezioni settoriali di cui agli articoli 10, 16 e 22 paragrafo 1 dell'allegato I ALC e che l'Accordo sia applicabile. Alla stessa conclusione sono giunte anche la dottrina²¹ e la Segreteria di Stato per la formazione, la ricerca e l'innovazione (SEFRI, ex UFFT).²²

D.2 Riconoscimento intercantonale delle qualifiche professionali dei notai

D.2.1 Riconoscimento secondo l'Accordo sulla libera circolazione delle persone (art. 4 cpv. 3^{bis} LMI)

54. Secondo l'articolo 4 capoverso 3^{bis} LMI il riconoscimento intercantonale di qualifiche professionali che rientrano nel campo d'applicazione dell'Accordo sulla libera circolazione delle persone è operato conformemente a tale Accordo. Questa disposizione concretizza il principio generale sancito dall'articolo 6 capoverso 1 LMI secondo cui ogni persona con sede in Svizzera usufruisce almeno degli stessi diritti di accesso al mercato garantiti dalla Confederazione a persone estere in virtù di accordi internazionali.

55. Affinché questa disposizione possa di fatto esplicitare i suoi effetti, si presuppone che tutte le professioni che soggiacciono all'Accordo sulla libera circolazione delle persone e ad altri accordi internazionali siano contemplate anche dalla legge sul mercato interno. Considerando in un'ottica storica l'evoluzione della disposizione sul campo d'applicazione materiale della legge sul mercato interno (art. 1 cpv. 3 LMI), si constata che in occasione dell'ultima revisione di questa disposizione il legislatore ha inteso armonizzare il campo d'applicazione della legge sul mercato interno e quello dell'Accordo sulla libera circolazione delle persone.

56. Nella versione originaria del 1995 la legge sul mercato interno comprendeva "ogni attività a scopo di lucro tutelata dalla libertà di commercio e d'industria".²³ Il campo d'applicazione della legge sul mercato interno veniva quindi equiparato al campo di tutela della libertà di commercio e d'industria. Le ragioni di questo allineamento dei rispettivi campi d'azione stanno nella volontà di compensare a livello normativo, tramite la legge sul mercato interno, gli effetti insufficienti prodotti sul piano interno dalla libertà di commercio e d'industria.²⁴ Ciò risultava necessario in quanto la propensione al federalismo della giurisprudenza del Tribunale federale attribuiva alla libertà di commercio e d'industria una funzione insufficiente nel mercato interno. È pertanto comprensibile che il legislatore del 1995 abbia voluto armonizzare il campo d'applicazione della legge sul mercato interno e il campo di tutela della libertà di commercio e d'industria.

57. Nel 2005 la legge sul mercato interno è stata sottoposta a un'ampia revisione parziale. Fattore determinante della revisione è stato il rapporto della Commissione di gestione del Consiglio nazionale (CdG-N) del 27 giugno 2000. La CdG-N aveva concluso nel suo rapporto che la legge sul mercato interno aveva raggiunto solo in parte l'auspicata liberalizzazione della circolazione dei

²⁰ Nel frattempo la Commissione europea ha chiesto anche l'applicazione della libertà di stabilimento per i notai in Ungheria, anche se in alcuni casi i notai ungheresi prendono decisioni che vengono equiparate a quelle dei tribunali, cfr. Commissione europea, Procedimenti per infrazione iniziati in settembre: principali decisioni, MEMO/12/09.2012, pag. 9.

²¹ OESCH (nota 11), 621; VÉRONIQUE BOILLET, Le notariat suisse en passe de s'europeaniser?, in: Epiney/Fasnacht (ed.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht/Annuaire suisse de droit européen 2011/2012, Zürich 2012, 277 segg., 291; ASTRID EPINEY/ROBERT MOSTERS, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, in: Epiney/Fasnacht (ed.), ibid., 51 segg., 92; a.M. UNIL Centre de droit notarial, Prise de position sur le document appuyant la consultation des cantons touchant à une libre circulation des notaires (www.notalex-online.ch), n. marg. 14.

²² Nota dell'UFFT del luglio 2011 all'attenzione dei Cantoni, riconoscimento dei diplomi tra la Svizzera e l'UE, accesso alla professione di notaio per i cittadini dell'UE.

²³ Cfr. art. 1 cpv. 3 LMI 1995; messaggio concernente la modifica della legge federale sul mercato interno del 23 novembre 1994, FF 1995 I 1025 segg., 1075.

²⁴ Messaggio LMI (nota 23), 1029 seg.; KILIAN WUNDER, Die Binnenmarktfunktion der schweizerischen Handels- und Gewerbefreiheit im Vergleich zu den Grundfreiheiten in der Europäischen Gemeinschaft, tesi di dottorato, Basel/Genf/München 1998, 173 segg.; THOMAS ZWALD, Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (ed.), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2. ed., Basel 2007, 411 segg., n. marg. 3.

servizi e delle persone. La ragione era legata, tra le altre cose, all'applicazione restrittiva della legge sul mercato interno da parte del Tribunale federale.²⁵ Lo scopo principale della revisione parziale del 2005 era quello di incrementare l'efficacia della legge sul mercato interno.

58. Nel quadro della revisione parziale del 2005 è stata rivista, oltre alle disposizioni materiali e istituzionali, anche la disposizione relativa al campo d'applicazione materiale della legge sul mercato interno. Il messaggio del Consiglio federale conteneva a sua volta, sul modello testuale dell'articolo 1 capoverso 3 LMI 1995, una formulazione dove si faceva riferimento alla libertà economica. Secondo questa formulazione "Per attività lucrative [...] s'intende ogni attività a scopo di lucro tutelata dalla libertà economica, comprese quelle che riflettono l'esercizio di un'industria nell'ambito di un servizio pubblico".²⁶

59. Il Parlamento ha però optato per un'altra formulazione che non facesse riferimento alla libertà economica, servendosi invece del concetto di "attività sovrana". Di conseguenza, la legge sul mercato interno si applica oggi, secondo l'articolo 1 capoverso 1 in combinato disposto con il capoverso 3 LMI, a "ogni attività a scopo di lucro, eccetto quelle che rientrano negli ambiti di sovranità dello Stato".²⁷ Questa versione dell'articolo 1 capoverso 3 LMI si rifà a una proposta del Consiglio degli Stati, che ha prevalso sulla proposta del Consiglio federale.²⁸ Il legislatore ha così rinunciato, scostandosi dalla proposta del Consiglio federale, al collegamento con il campo di tutela della libertà economica e ha al contempo introdotto la nozione di attività sovrana, senza però definirla con maggiore precisione.

60. Con la revisione campo d'applicazione materiale della legge sul mercato interno il legislatore ha perseguito fondamentalmente due obiettivi. Da un lato, vi è la volontà di chiarire che anche le attività che riflettono l'esercizio di un'industria svolte da un servizio pubblico rientrano nel campo d'applicazione della legge sul mercato interno.²⁹ Di conseguenza, anche i docenti nelle scuole pubbliche, ad esempio, possono ricorrere alla libertà interna.³⁰

61. Dall'altro, con l'introduzione del concetto di attività sovrana si dovrebbe raggiungere un'armonizzazione al campo d'applicazione dell'Accordo sulla libera circolazione delle persone.³¹ Questo collegamento con il campo d'applicazione dell'Accordo sulla libera circolazione delle persone ha lo scopo di impedire la discriminazione dei cittadini svizzeri. Affinché le disposizioni materiali della legge sul mercato interno volte a impedire la discriminazione degli indigeni secondo gli articoli 6 capoverso 1 e 4 capoverso 3^{bis} LMI (cfr. sopra, n. marg. 55) possano esplicitare i loro effetti, deve essere garantita l'applicazione della legge stessa. Il legislatore ha di conseguenza adattato il campo d'applicazione della legge sul mercato interno a quello dell'Accordo sulla libera circolazione delle persone.

62. Inoltre, poiché per impedire la discriminazione dei cittadini svizzeri, secondo le intenzioni del legislatore, i campi d'applicazione della legge sul mercato interno e dell'Accordo sulla libera circolazione delle persone devono corrispondere, l'articolo 1 capoverso 3 LMI deve essere interpretato in conformità con le eccezioni setto-

riali di cui agli articoli 10, 16 e 22 paragrafo 1 dell'allegato I ALC. Queste eccezioni settoriali esplicano di riflesso un effetto diretto sul concetto di attività sovrana introdotto all'articolo 1 capoverso 3 LMI.³²

63. Come spiegato in precedenza, i notai e le loro qualifiche professionali rientrano nel campo d'applicazione dell'Accordo sulla libera circolazione delle persone. Di conseguenza, nei rapporti intercantonali i notai con sede in Svizzera usufruiscono almeno degli stessi diritti di accesso al mercato di cui dispongono i notai nei rapporti tra la Svizzera e l'UE.

64. L'Accordo sulla libera circolazione delle persone prevede in linea di principio due regimi di riconoscimento nei rapporti tra la Svizzera e l'UE. Il principale è costituito dalle norme in materia di riconoscimento secondo l'articolo 9 e l'allegato III ALC, in base alle quali le norme di diritto derivato dell'UE in materia di riconoscimento previste dalla Direttiva 2005/36/CE sono dichiarate direttamente applicabili nei rapporti tra la Svizzera e l'UE. Qualora invece la qualifica professionale non rientri nel campo d'applicazione della direttiva 2005/36/CE, va ulteriormente verificato se è possibile un riconoscimento sulla base del divieto generale di discriminazione di cui all'articolo 2 ALC e delle sue specificazioni all'allegato I ALC. Per questa verifica si considera, in base all'articolo 16 paragrafo 2 ALC, la prassi della CGUE relativa al riconoscimento di diritto primario delle qualifiche professionali.³³

D.2.1.1 Riconoscimento di diritto derivato secondo l'articolo 9 e l'allegato III ALC in combinato disposto con la Direttiva 2005/36/CE

65. Come indicato sopra, con l'emanazione della LDPS e dell'ODPS la Svizzera ha trasposto a livello nazionale l'allegato III ALC e ha così stabilito che i notai hanno

²⁵ Rapporto GdG-N del 27 giugno 2000 concernente gli effetti della legge federale sul mercato interno (LMI) sulla libera circolazione dei servizi e delle persone in Svizzera, FF 2000 5273 segg.

²⁶ Messaggio rev. LMI (nota 8), 449.

²⁷ Per l'interpretazione e l'importanza dell'articolo 1 capoverso 3 LMI si vedano MATTHIAS OESCH, Das Binnenmarktgesetz und hoheitliche Tätigkeiten, ZBJV 2012, 377 segg.; NICOLAS DIEBOLD, Gerichtliche Sachverständiger als hoheitlich tätige Organe?, AJP 8/2012, 1162 segg.

²⁸ Sull'origine dell'articolo 1 capoverso 3 si vedano anche ZWALD (nota 23), n. marg. 27-30 e nota 30; DANIEL KETTIGER, Die amtliche Vermessung im Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes, recht 2010, 30 segg.

²⁹ Messaggio rev. LMI (nota 8), 428.

³⁰ DTF 136 II 470, 476 consid. 3.2

³¹ Messaggio rev. LMI (nota 8), 428: "D'altro lato, la precisazione introdotta dalla presente revisione consente di garantire – come auspicato da taluni partecipanti alla procedura di consultazione – la conformità della legge con l'Accordo bilaterale del 21 giugno 1999 tra la Svizzera e la Comunità europea sulla libera circolazione delle persone."; si vedano inoltre OESCH (nota 27), 382 segg.; DIEBOLD (nota 27), 1166; ZWALD (nota 23), n. marg. 27.

³² DIEBOLD (nota 27), 1166 seg.

³³ Nella DTF 136 II 470 consid. 4.1 il TF si esprime a favore della trasposizione della giurisprudenza della CGUE relativa al riconoscimento di diritto primario in base all'articolo 16 paragrafo 2 ALC; lo stesso dicasi per la DTF 133 V 33 consid. 9.4; parere della COMCO del 16 luglio 2012 concernente l'accesso al mercato intercantonale di un'assistente medica del Cantone di Appenzello Esterno, DPC 2012/3 708 segg., n. marg. 46; NINA GAMMENTHALER, Diplomanerkennung und Freizügigkeit, Diss., Zürich 2010, 338, 364.

diritto al riconoscimento delle loro qualifiche professionali allo scopo della libera circolazione dei servizi e della libertà di stabilimento secondo i criteri dei Titoli II e III della Direttiva relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali 2005/36/CE (cfr. sopra, n. marg. 39-41).

66. In riferimento ai rapporti interni e all'articolo 4 capoverso 3^{bis} LMI ciò significa concretamente che un notaio con sede in un Cantone può esercitare la sua attività anche in un altro Cantone nell'ambito della libera circolazione dei servizi (per al massimo 90 giorni all'anno) potendo disporre almeno dei diritti di riconoscimento e di accesso al mercato previsti dal Titolo II della Direttiva 2005/36/CE e dagli atti legislativi di trasposizione LDPS e ODPS.

67. Nell'ambito della libertà di stabilimento, un notaio con sede in un Cantone può stabilirsi in un altro Cantone e a tale scopo avvalersi dei diritti di accesso al mercato e di riconoscimento secondo il "regime generale" ai sensi del Titolo III della Direttiva 2005/36/CE.

68. I Cantoni che praticano il notariato di Stato non verrebbero toccati dalla libertà di prestazione di servizi e dalla libertà di stabilimento dei notai liberi professionisti poiché questi ultimi non godrebbero, sulla base delle libertà citate, del diritto di aprire uno studio fondato sulla libera professione in Cantoni che prevedono esclusivamente il notariato di Stato. Lo stesso dicasi per i Cantoni che praticano un notariato misto per quanto concerne le attività notarili riservate esclusivamente allo Stato. Viceversa, non c'è da aspettarsi che il notariato di Stato si sviluppi e si instauri in Cantoni in cui vige il notariato in libera professione.

D.2.1.2 Riconoscimento di diritto primario secondo l'articolo 2 e l'allegato I ALC

69. Occorre rammentare che secondo la giurisprudenza costante della CGUE il riconoscimento delle qualifiche professionali è garantito anche in virtù delle libertà fondamentali di diritto primario sancite dal Trattato sul funzionamento dell'UE (TFUE)³⁴. Conformemente al diritto primario, ogni cittadino dell'Unione europea può esigere che le autorità dello Stato di stabilimento, ai fini della sua domanda di riconoscimento, prendano in considerazione i diplomi, i certificati e gli altri titoli nonché l'esperienza professionale e che procedendo a un raffronto tra le competenze attestate da questi diplomi e le conoscenze e qualifiche richieste dalle norme nazionali.³⁵ Questa prassi della CGUE si applica in tutti i casi che non soggiacciono al campo d'applicazione delle normative in materia di riconoscimento di diritto derivato quali la Direttiva 2005/36/CE.³⁶ Occorre sottolineare che questa giurisprudenza enuncia semplicemente un principio insito nelle libertà fondamentali del Trattato e che tale principio non può perdere una parte della sua rilevanza giuridica in conseguenza dell'adozione di direttive volte al reciproco riconoscimento dei diplomi.³⁷

70. Se in futuro la revisione della Direttiva 2005/36/CE attualmente in corso nell'UE farà sì che, contrariamente alle vigenti disposizioni della LDPS e dell'ODPS, i notai vengano espressamente esclusi dal campo d'applicazione della Direttiva, i notai all'interno dell'UE rimarranno comunque soggetti alle libertà fondamentali di diritto primario sancite dal TFUE e quindi anche alle

norme di diritto primario in materia di riconoscimento. In tal caso il riconoscimento delle qualifiche professionali non si baserà più sulla direttiva 2005/36/CE, ma sulle citate norme di diritto primario in materia di riconoscimento. In base all'Accordo sulla libera circolazione delle persone queste norme dell'UE entrano in considerazione anche nei rapporti tra la Svizzera e l'UE (cfr. sopra, n. marg. 64) e secondo l'articolo 4 capoverso 3^{bis} LMI si applicano anche nei rapporti interni tra i Cantoni.

D.2.2 Riconoscimento secondo il diritto sul mercato interno (art. 4 cpv. 1 e 3 LMI)

71. Poiché, come illustrato, i notai con sede in Svizzera possono invocare gli articoli 4 capoverso 3^{bis} e 6 capoverso 1 LMI per impedire la discriminazione dei cittadini svizzeri, e applicandosi perciò la legge sul mercato interno in maniera generale all'attività notarile (art. 1 cpv. 3 LMI), essi possono in linea di principio ricorrere, nell'ambito dei rapporti intercantionali, anche al regime di riconoscimento previsto dagli articoli 4 capoverso 1 e 3 LMI.

72. Secondo l'articolo 4 capoverso 1 LMI i certificati di capacità cantonali per l'esercizio di un'attività lucrativa sono validi su tutto il territorio della Confederazione, a condizione che non siano oggetto di restrizioni secondo l'articolo 3 LMI. Secondo la giurisprudenza Tribunale federale, per certificato di capacità s'intende un documento che attesti definitivamente che il suo possessore dispone delle capacità per l'esercizio di una determinata attività (lucrativa)³⁸, tra cui rientra in particolare anche l'autorizzazione all'esercizio di una professione.³⁹ Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale relativa all'articolo 4 LMI – nella misura in cui fosse in uso prima dell'entrata in vigore della legge sugli avvocati – vale come certificato di capacità l'autorizzazione cantonale all'esercizio della professione di avvocato.⁴⁰ Di conseguenza, anche le autorizzazioni cantonali all'esercizio della professione di notaio e alla redazione di atti pubblici valgono quale certificato di capacità sensi dell'articolo 4 capoverso 1 LMI.

³⁴ Versione consolidata del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea del 13 dicembre 2007 (Trattato di Lisbona), GU C 83 del 30 marzo 2010 pag. 47.

³⁵ Sentenza della CGUE del 14.9.2008 C-238/98 *Hocsman*, Racc. 2000 I-6623 n. marg. 23 seg., 34, 37-40.

³⁶ Sentenza della CGUE del 7.5.1991 C-340/89 *Vlassopoulou*, Racc. 1991 I-2357, n. marg. 16; sentenza del 10.12.2009 C-345/08 *Pešla*, Racc. 2009 I-11677, n. marg. 23-24, 34-41.

³⁷ Sentenza della CGUE vom 22.01.2002 C-31/00 *Dreessen*, Racc. 2002 I-663, n. marg. 24 seg.

³⁸ DTF 125 II 315 consid. 2b/bb; 136 II 470 consid. 3.2.

³⁹ Parere della COMCO del 17 dicembre 2001 all'attenzione del Dipartimento della sanità pubblica del Cantone di San Gallo concernente l'interpretazione della nozione di "certificato di capacità" ai sensi dell'art. 4 LMI, DPC 2002/1 216; parere della COMCO del 16 luglio 2012 concernente l'accesso al mercato intercantionale di un'assistente medica del Cantone di Appenzello Esterno, DPC 2012, 708 segg., n. marg. 37; DTF 136 II 470 consid. 5.3; MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, OFK-Wettbewerbsrecht II, BGBM 4 N 1.

⁴⁰ DTF 125 II 406 consid. 2b; 125 I 276 consid. 5b; sentenza TF 2P.180/2000 del 22 febbraio 2001 consid. 3b.

73. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, il reciproco riconoscimento dei certificati di capacità presuppone la prova delle capacità tecniche e personali di un offerente.⁴¹ In altre parole, in base al certificato di capacità di un altro Cantone l'autorità del luogo di destinazione deve considerare soddisfatti i requisiti tecnici e personali necessari per il rilascio dell'autorizzazione e rilasciare quindi un corrispondente permesso. Un permesso può essere rifiutato soltanto qualora l'offerente esterno non soddisfi eventuali altri requisiti per il rilascio dell'autorizzazione o in presenza delle condizioni di cui all'articolo 3 capoversi 1 e 2 LMI.

74. Alla luce di ciò risulta chiaro che la patente cantonale di notaio e altre prove del superamento dell'esame cantonale di notaio, così come le autorizzazioni all'esercizio di una professione rilasciate in virtù di esse, valgono come certificati di capacità ai sensi dell'articolo 4 capoverso 1 LMI.

75. Sulla scorta di queste considerazioni, la COMCO giunge alla conclusione che le autorizzazioni cantonali all'esercizio della professione di notaio vanno in linea di principio riconosciute a livello svizzero. Le eventuali restrizioni dell'accesso al mercato per notai di altri Cantoni sono ammesse sotto forma di oneri o condizioni soltanto qualora possa essere confutato il presupposto di equivalenza secondo l'articolo 2 capoverso 5 LMI e siano soddisfatte le condizioni di cui all'articolo 3 capoversi 1 e 2 LMI. Per questo l'autorità competente deve innanzitutto verificare se le norme di carattere generale e astratto riguardanti l'ammissione dei notai e la relativa prassi del luogo d'origine offrono una protezione degli interessi pubblici in questione equivalente a quella delle prescrizioni vigenti nel luogo di destinazione. A tale riguardo vale il presupposto di equivalenza secondo l'articolo 2 capoverso 5 LMI. Qualora il presupposto di equivalenza non sia confutato in un caso concreto, si deve indubbiamente consentire al notaio di un altro Cantone di accedere al mercato.⁴²

76. La confutazione del presupposto di equivalenza deve essere accettata se i requisiti di formazione nel Cantone d'origine sono notevolmente inferiori a quelli del proprio Cantone. È il caso, in particolare, se una formazione universitaria è richiesta dal Cantone di destinazione ma non dal Cantone d'origine. Qualora il presupposto di equivalenza sia confutato in un caso concreto, la persona esterna deve avere la possibilità di provare di aver acquisito con la pratica le conoscenze necessarie (art. 4 cpv. 3 LMI). Se questa prova non può essere fornita, l'autorità del luogo di destinazione può emanare restrizioni dell'accesso al mercato sotto forma di oneri o condizioni se le restrizioni a) si applicano nella stessa misura agli offerenti locali, b) sono indispensabili per preservare interessi pubblici preponderanti e c) sono conformi al principio di proporzionalità (art. 3 cpv. 1 e 2 LMI). Sono generalmente sempre inammissibili le barriere dissimulate all'accesso al mercato volte a favorire interessi economici locali (art. 3 cpv. 3 LMI) e le restrizioni volte a negare l'accesso al mercato (art. 3 cpv. 1 LMI).

77. Tenendo conto di queste norme, l'autorità competente del Cantone di destinazione deve quindi verificare se l'autorizzazione rilasciata in un altro Cantone per

l'esercizio della professione di notaio vada riconosciuta senza o eventualmente con oneri.⁴³

78. Nella prassi e nell'attuazione il sistema di riconoscimento secondo il diritto sul mercato interno non si differenzia sostanzialmente dal sistema di riconoscimento previsto dalla Direttiva relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali 2005/36/CE. Come per la procedura di riconoscimento prevista dal diritto europeo, anche nella procedura prevista dal diritto sul mercato interno il servizio competente deve innanzitutto verificare se le qualifiche del richiedente soddisfano i requisiti cantonali (art. 4 cpv. 3 e art. 2 cpv. 5 LMI). Qualora non vi sia un'equivalenza e il richiedente non possa comprovare di aver acquisito le conoscenze necessarie nel quadro di una formazione o di un periodo di pratica (art. 4 cpv. 3 LMI), il servizio competente può disporre oneri secondo l'articolo 3 capoversi 1 e 2 LMI. L'onere potrebbe consistere ad esempio nell'obbligo per il notaio di un altro Cantone di superare un'adeguata prova attitudinale vertente sul diritto cantonale.

D.2.3 Riassunto concernente il riconoscimento di qualifiche professionali dei notai

79. Già oggi in alcuni Cantoni esistono norme sul riconoscimento di patenti di notaio rilasciate in altri Cantoni, sia sotto forma di una durata ridotta del praticantato, sia sotto forma di un pieno riconoscimento in caso di formazioni equivalenti e in caso di superamento di un'adeguata prova attitudinale. Le norme in materia di riconoscimento si applicano anche tra i Cantoni in cui determinate attività notarili possono essere svolte da avvocati iscritti a livello cantonale (in possesso di una patente di avvocato di un altro Cantone). Queste norme sparse in materia di riconoscimento sono tuttavia di nuovo limitate da disposizioni sulla reciprocità e da requisiti in materia di domicilio (cfr. spiegazioni dettagliate sopra, C.1).

80. La situazione attuale è poco soddisfacente. Da un lato, comporta una disparità di trattamento qualora taluni Cantoni prevedano possibilità di riconoscimento, taluni Cantoni esigano la reciprocità da parte del Cantone d'origine e taluni Cantoni non accordino alcun riconoscimento (art. 8 cpv. 2 Cost., art. 6 cpv. 3 LMI).⁴⁴ Dall'altro, nell'ottica del principio di proporzionalità di cui all'articolo 5 capoverso 2 Cost. non è giustificabile, ad esempio, che un notaio in possesso di una formazione universitaria che ha effettuato un praticantato pluriennale e che ha superato un esame e ha esercitato per diversi anni l'attività di notaio come indipendente non possa

⁴¹ Il Tribunale federale ha più volte confermato che l'autorità del luogo di destinazione è autorizzata solo in casi particolari a sottoporre a una nuova verifica una valutazione positiva del luogo d'origine riguardo alla presenza della capacità personale. Si veda DTF 125 I 276 consid. 5b; 125 I 322 consid. 4b; 125 II 56 consid. 4b; 135 II 12 consid. 2.4.

⁴² DTF 135 II 12 consid. 2.4.

⁴³ Cfr. DTF 136 II 470 consid. 3.3, 5.3.

⁴⁴ Cfr. MICHAEL PFEIFER, Die Zukunft des Notariats in Basel, BJM 1999, 20 segg., 24 seg., che esige un diritto alla parità di trattamento tra i concorrenti per i notai liberi professionisti (perlomeno all'interno di un Cantone), se ad esempio lo Stato viola la neutralità della concorrenza imponendo determinate condizioni di ammissione.

essere ammesso in un altro Cantone senza dover nuovamente svolgere un praticantato pluriennale e sostenere l'intero esame. A prescindere dagli sviluppi nel diritto comunitario e del diritto concernente la libera circolazione, la COMCO è dell'avviso che la regolamentazione cantonale concernente il reciproco riconoscimento di patenti di notaio all'interno della Svizzera debba avvenire secondo criteri uniformi e non discriminanti.

81. Riassumendo, dal punto di vista del diritto sul mercato interno, i Cantoni sono tenuti, in base agli articoli 4 capoverso 3^{bis} e 6 capoverso 1 LMI, ad applicare nei rapporti intercantionali almeno il Titolo II della Direttiva 2005/36/CE in combinato disposto con la legge federale sull'obbligo di dichiarazione e sulla verifica delle qualifiche professionali dei prestatori di servizi in professioni regolamentate (LDPS) e con l'ordinanza sull'obbligo di dichiarazione e sulla verifica delle qualifiche professionali dei prestatori di servizi in professioni regolamentate (ODPS) per il riconoscimento delle qualifiche professionali notarili nell'ambito della libera circolazione dei servizi a livello intercantonale. Poco importa se a tale scopo la SEFRI e i Cantoni applichino direttamente anche nei rapporti intercantionali la procedura di dichiarazione e di riconoscimento prevista nella LDPS o se i Cantoni prevedano proprie procedure di ammissione. Le procedure di ammissione proprie dei Cantoni dovrebbero tuttavia accordare almeno gli stessi diritti garantiti in virtù del Titolo II della Direttiva 2005/36/CE.

82. Poiché nei rapporti bilaterali i notai soggiacciono alle norme in materia di riconoscimento secondo il Titolo II della Direttiva 2005/36/CE (riconoscimento nell'ambito della libera circolazione dei servizi), si può concludere che essi non esercitano la pubblica autorità ai sensi dell'articolo 22 paragrafo 1 dell'allegato I ALC (eccezione settoriale alla libera circolazione dei servizi). Ne consegue che i notai non esercitano neppure la pubblica potestà ai sensi dell'articolo 16 dell'allegato I ALC (eccezione settoriale alla libertà di stabilimento), per cui si può concludere che nei rapporti bilaterali tra la Svizzera e l'UE i notai beneficiano anche delle norme in materia di riconoscimento secondo il Titolo III della Direttiva 2005/36/CE (riconoscimento nell'ambito dello stabilimento). I Cantoni sono pertanto tenuti in base all'articolo 4 capoverso 3^{bis} LMI a giudicare il riconoscimento delle qualifiche professionali dei notai di altri Cantoni che si stabiliscono nel Cantone di destinazione secondo le norme generali per il riconoscimento di titoli di formazione secondo gli articoli 10-15 della Direttiva 2005/36/CE.

83. In alternativa alle due procedure di riconoscimento secondo l'articolo 4 capoverso 3^{bis} LMI in combinato disposto con la Direttiva 2005/36/CE i Cantoni hanno la facoltà di decidere se applicare le norme in materia di riconoscimento previste dal diritto sul mercato interno secondo l'articolo 4 capoversi 1 e 3 in combinato disposto con l'articolo 3 LMI. L'applicazione delle norme in materia di riconoscimento previste dal diritto sul mercato interno non può però determinare una valutazione secondo criteri di riconoscimento più severi rispetto a quelli risultanti dalla Direttiva 2005/36/CE.

D.3 Riconoscimento intercantonale degli atti pubblici secondo il diritto sul mercato interno

84. La legge sul mercato interno garantisce la libera circolazione dei servizi secondo il principio della non discriminazione. La libera circolazione dei servizi presuppone sia la libera circolazione attiva e passiva dei servizi che la libera circolazione dei servizi per corrispondenza. Nel caso della libera circolazione attiva dei servizi il prestatore oltrepassa temporaneamente le frontiere interne e fornisce la prestazione al luogo del destinatario. La libera circolazione passiva dei servizi regola invece la situazione opposta, quella cioè in cui il destinatario attraversa i confini interni e riceve la prestazione al luogo del prestatore. Nella libera circolazione dei servizi per corrispondenza prestatore e destinatario rimangono nel proprio luogo e soltanto la prestazione stessa attraversa i confini interni.

85. La disposizione del diritto sul mercato interno riguardante la libera circolazione dei servizi secondo l'articolo 2 capoverso 3 LMI presuppone le tre libertà di circolazione dei servizi e prevede che una prestazione possa essere offerta in tutta la Svizzera secondo le prescrizioni del luogo d'origine. Inoltre, la legge sul mercato interno garantisce un accesso non discriminato al mercato (art. 1 cpv. 1 LMI). Il principio della non discriminazione è espresso anche all'articolo 3 capoverso 1 lettera a LMI, in base al quale le eventuali restrizioni dell'accesso al mercato sono ammissibili soltanto se si applicano nella stessa misura anche agli offerenti locali. Dal messaggio concernente la legge sul mercato interno risulta che entrambi i principi di base per un mercato interno, ossia quello della non discriminazione e quello dell'origine, sono sanciti dalla legge sul mercato interno e che tutti gli obblighi principali derivano da questi principi.⁴⁵

86. La questione del riconoscimento degli atti pubblici provenienti da altri Cantoni coinvolge la libera circolazione passiva dei servizi e la libera circolazione dei servizi per corrispondenza dei pubblici ufficiali rogatori. Il destinatario della prestazione invia il documento da registrare con atto pubblico al prestatore di servizi o si rivolge allo stesso nel suo luogo d'origine. Il pubblico ufficiale rogatore realizza l'atto pubblico nel suo luogo di stabilimento secondo le prescrizioni qui vigenti. Questa forma di libera circolazione passiva dei servizi e di libera circolazione dei servizi per corrispondenza è garantita soltanto se gli atti pubblici realizzati secondo le prescrizioni vigenti nel luogo di stabilimento del pubblico ufficiale rogatore sono riconosciuti anche in altri Cantoni.

⁴⁵ Messaggio LMI (nota 23), 1054.

87. Secondo il principio dell'origine sancito dall'articolo 2 capoverso 3 LMI i pubblici ufficiali rogatori hanno il diritto di offrire in tutta la Svizzera le loro prestazioni. Pertanto il rifiuto di riconoscimento degli atti pubblici provenienti da altri Cantoni rappresenta una restrizione dell'accesso al mercato in deroga al principio dell'origine. Lo stesso risultato si ottiene applicando i principi della non discriminazione. Il mancato riconoscimento di atti pubblici di altri Cantoni rappresenta una restrizione dell'accesso al mercato ai sensi dell'articolo 3 capoverso 1 LMI che discrimina in maniera diretta i pubblici ufficiali rogatori di altri Cantoni, violando così il principio della non discriminazione.

88. In base a queste considerazioni, la COMCO conclude che i Cantoni devono considerare gli atti pubblici provenienti da altri Cantoni come equivalenti agli atti pubblici realizzati da pubblici ufficiali rogatori del luogo, fatto salvo l'articolo 3 capoverso 1 LMI. Di conseguenza, gli uffici del registro di commercio e gli uffici del registro fondiario, i tribunali cantonali e le autorità di esecuzione sono tenuti a riconoscere nella loro interezza gli atti pubblici realizzati da pubblici ufficiali rogatori di altri Cantoni. La libera circolazione degli atti pubblici è già oggi ampiamente garantita a condizione che non riguardi negozi giuridici concernenti fondi. La COMCO ritiene che questa eccezione non consenta più di soddisfare i requisiti previsti dal diritto sul mercato interno. Va inoltre rilevato che la libera circolazione degli atti pubblici per i negozi giuridici concernenti fondi riscuote da lungo tempo ampi consensi anche nella dottrina.⁴⁶

89. A tale proposito si rinvia anche all'avamprogetto concernente la modifica del Codice civile svizzero (Atti pubblici) e al relativo rapporto esplicativo del dicembre 2012.⁴⁷ L'avamprogetto prevede una revisione del Titolo finale CC secondo cui gli atti pubblici possono essere redatti anche in forma elettronica. Inoltre, prevede che debbano essere introdotti determinati requisiti minimi per gli atti pubblici e per il conseguente riconoscimento intercantonale di questi atti (art. 55m dell'avamprogetto di Titolo finale CC). Il rapporto esplicativo indica a tale riguardo che non vi è alcun interesse pubblico contrario alla libera circolazione degli atti pubblici nel settore dei contratti immobiliari (pag. 27 segg.).

90. La COMCO è favorevole all'introduzione del riconoscimento di atti pubblici mediante una legge speciale e a ravvivare in tal modo la concorrenza intercantonale nel settore del notariato in materia fondiaria. Rispetto alla soluzione retta dal diritto sul mercato interno, la soluzione fondata su una legge speciale presenta il vantaggio che la libera circolazione degli atti può essere disciplinata con maggiore precisione mediante una norma concreta e non deve essere desunta dai principi astratti concernenti l'accesso al mercato sanciti dalla legge sul mercato interno. In questo senso la COMCO, anche indipendentemente dalle considerazioni del mercato interno e sulla base del suo diritto di emettere raccomandazioni su questioni di politica della concorrenza conformemente all'articolo 45 capoverso 2 LCart, si esprime a favore dell'introduzione del riconoscimento cantonale degli atti pubblici in materia di negozi giuridici riguardanti i fondi.

91. Il pieno riconoscimento degli atti pubblici nel settore dei contratti immobiliari determina un certo indebolimen-

to del diritto dei Cantoni a rifiutare il riconoscimento di patenti di notaio rilasciate da un altro Cantone se in tale Cantone vigono requisiti di formazione nettamente inferiori. Anche gli atti pubblici che sono stati redatti da notai provenienti da altri Cantoni che richiedono un livello inferiore di formazione devono infatti essere riconosciuti. Dal punto di vista dei consumatori questo risultato è giustificato nella misura in cui i consumatori che fanno redigere un atto nel loro Cantone di domicilio hanno la garanzia che tutti i notai attivi nel Cantone dispongano delle stesse qualifiche richieste in questo Cantone. Nel contempo i consumatori possono però anche richiedere gli atti a notai di altri Cantoni tenendo conto delle relative qualifiche, prestazioni e tariffe.

E Conclusioni

92. Con le sue sentenze del maggio 2011, la CGUE ha introdotto un cambio di paradigma estendendo all'attività notarile la validità delle libertà fondamentali sancite dal diritto europeo e dichiarando inammissibili i requisiti in materia di cittadinanza. Di conseguenza, per i notai all'interno dell'UE sono applicabili anche le norme di diritto primario in materia di riconoscimento delle qualifiche professionali. La questione della validità per i notai delle norme di diritto secondario in materia di riconoscimento è oggetto della revisione della Direttiva 2005/36/CE attualmente in corso. Questi sviluppi hanno indotto la COMCO ad avviare un'indagine di mercato interno sulla questione della libera circolazione intercantonale dei notai e del riconoscimento intercantonale degli atti pubblici nel mercato interno svizzero. La COMCO ha esaminato sotto la dicitura "libera circolazione dei notai" le norme cantonali concernenti il riconoscimento intercantonale delle qualifiche professionali dei notai liberi professionisti e dei notai statali nonché i requisiti cantonali in materia di domicilio. La verifica del riconoscimento intercantonale degli atti pubblici riguarda prevalentemente il riconoscimento di atti redatti in altri Cantoni nel settore dei contratti immobiliari.

93. In base alle sentenze della CGUE del maggio 2011, la COMCO, tenuto conto della giurisprudenza e della dottrina del Tribunale federale relative all'articolo 16 paragrafo 2 ALC nonché degli atti legislativi concernenti la trasposizione a livello nazionale dell'Accordo sulla libera circolazione delle persone (LDPS e ODPS), entrati in vigore il 1° settembre 2013, riscontra una necessità di intervento per quanto attiene al riconoscimento intercantonale delle qualifiche professionali. Allo stato attuale i notai dell'UE possono richiedere ai Cantoni, in virtù dell'Accordo sulla libera circolazione delle persone, il

⁴⁶ MOOSER (nota 3), 235 segg.; ROLAND VON BÜREN, Notare und Wettbewerb, in: Peter Ruf/Roland Pfäffli (ed.), Festschrift 100 Jahre Verband bernische Notare, Langenthal 2003, 79 segg., 88; CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, 224; CHRISTOPH LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückskaufvertrags, in: Alfred Koller (ed.), Der Grundstückskauf, 2. ed., Bern 2001, 43; JÖRG SCHMID, Thesen zur öffentlichen Beurkundung, ZBGR 74/1993, 1 segg., 11; DERS., Les règles intercantionales relatives aux actes authentiques pour les contrats portant sur des droits réels relatifs à des biens-fonds (note de jurisprudence), CF 1989, 12 segg., 14; si veda anche *Entscheid des Obergerichts des Kantons Basel-Landschaft vom 9. Mai 2000*, ZBGR 83/2002, pag. 278 segg. = BJM 2001, pag. 301 segg.

⁴⁷ Ottenibile su <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/presse/mitteilung/2012/2012-12-14/vn-ber-i.pdf> e www.admin.ch.

riconoscimento delle loro qualifiche professionali e sostenere eventualmente una prova attitudinale nell'ambito della procedura di riconoscimento. Ciò significa che, in relazione all'accesso al mercato svizzero, i notai dell'UE beneficiano di un trattamento più vantaggioso di quello riservato ai notai svizzeri nei rapporti interni. Nei prossimi tempi si saprà se questo potenziale rischio di discriminazione dei cittadini svizzeri sarà diventato una realtà.

94. La COMCO ritiene che un intervento a livello del mercato interno svizzero si renda comunque necessario anche qualora non si dovesse assistere, per il momento, a una discriminazione degli indigeni. A prescindere dagli sviluppi del diritto europeo, l'indagine e la consultazione condotte dalla COMCO indicano anche che alcuni Cantoni hanno già introdotto delle norme in materia di riconoscimento, che tuttavia, essendo accompagnate da vincoli di reciprocità, producono un effetto discriminante senza alcun fondamento materiale. Laddove manchi un qualsiasi tipo di regolamentazione del riconoscimento, appare sproporzionato che a un notaio in possesso di una formazione universitaria, di un praticantato pluriennale, di un esame di notaio ed eventualmente di un'esperienza professionale pluriennale venga negato il riconoscimento di queste qualifiche, e che lo stesso sia equiparato a una persona che ha appena terminato gli studi. In conclusione, saranno soprattutto gli avvocati a beneficiare di un accesso intercantonale agevolato all'attività notarile, sempre che i Cantoni li autorizzino a svolgere questa attività.

95. Oltre alle possibilità limitate di riconoscimento intercantonale delle qualifiche professionali dei notai, un altro ostacolo è costituito dall'obbligo di domicilio previsto in molti Cantoni. Dal punto di vista della COMCO i requisiti cantonali in materia di domicilio per i notai sono ormai superati. Tenuto conto sia della libertà di stabilimento sia della proporzionalità e del diritto sul mercato interno, l'obbligo di domicilio non è più materialmente giustificato. Esso mira soltanto a impedire che i notai svolgano la loro attività in più Cantoni contemporaneamente. In un'ottica concorrenziale sarebbe tuttavia auspicabile che un notaio, se possiede le attitudini necessarie, possa operare contemporaneamente in più Cantoni come pubblico ufficiale rogatore, almeno nella stessa misura ammessa dai rispettivi Cantoni per i notai liberi professionisti.

96. La COMCO è inoltre favorevole all'introduzione del riconoscimento intercantonale degli atti pubblici nel settore dei contratti immobiliari. Partendo dal presupposto dell'applicabilità della legge sul mercato interno, l'obbligo di riconoscimento risulta dalla libera circolazione passiva dei servizi e dal principio di non discriminazione, anche se in quest'ambito non sussiste un rischio di discriminazione dei cittadini svizzeri. Nel quadro della revisione del Titolo finale CC attualmente in corso, l'UFG prevede l'introduzione di una disposizione concernente il riconoscimento intercantonale di tutti gli atti pubblici. La COMCO sostiene questi sforzi e raccomanda al Consiglio federale di integrare la proposta dell'UFG nel progetto di revisione del Titolo finale CC. Ai Cantoni si raccomanda di adeguare il diritto cantonale in modo tale che gli uffici cantonali del registro fondiario siano tenuti a riconoscere

e a registrare senza restrizioni gli atti pubblici redatti in altri Cantoni.

97. In questo senso la COMCO raccomanda, sia alla luce degli sviluppi del diritto comunitario sia al fine di ravvivare la concorrenza a livello di prestazioni e prezzi nell'ambito delle attività notarili e di garantire la mobilità professionale dei notai, di introdurre nel diritto sul mercato interno appositi criteri per il riconoscimento delle qualifiche professionali dei notai, di eliminare gli obblighi di domicilio e di prevedere il riconoscimento intercantonale degli atti pubblici nel settore dei contratti immobiliari.

F Raccomandazioni

98. Alla luce delle considerazioni sopra esposte, la COMCO emana, in base all'articolo 8 capoversi 3 e 4 LMI e sussidiariamente in base all'articolo 45 capoverso 2 LCart, le seguenti raccomandazioni:

1. I Cantoni sono *invitati* ad ammettere i notai di altri Cantoni, previo riconoscimento dei loro certificati di capacità, per le attività che possono essere svolte nel loro territorio anche da notai liberi professionisti. Il riconoscimento dei certificati di capacità rilasciati in altri Cantoni si basa sui seguenti principi fondamentali:
 - Il riconoscimento di un certificato di capacità rilasciato in un altro Cantone può – ma non deve necessariamente – essere rifiutato se i requisiti di formazione nel Cantone d'origine sono notevolmente inferiori a quelli del proprio Cantone. È il caso, in particolare, se una formazione universitaria con conseguimento di un master è richiesta dal Cantone di destinazione ma non dal Cantone d'origine.
 - In caso di requisiti di formazione equivalenti può – ma non deve necessariamente – essere effettuata una prova attitudinale vertente sul diritto cantonale e sulle peculiarità locali, a condizione che questi si differenzino notevolmente dal diritto e dalle peculiarità del Cantone d'origine.
2. I Cantoni sono *invitati* a non prevedere, nel settore del libero notariato, restrizioni dell'accesso al mercato quali disposizioni sulla reciprocità, obblighi di domicilio e requisiti in materia di cittadinanza.
3. I Cantoni sono *invitati* a prendere in considerazione, nell'ambito dell'assunzione di pubblici ufficiali rogatori, anche persone che hanno conseguito la loro qualifica professionale in un altro Cantone.
4. Si *raccomanda* al Consiglio federale di disciplinare nel progetto di revisione del Titolo finale CC (Atti pubblici) il riconoscimento di tutti gli atti pubblici tra i Cantoni.
5. In vista della prossima revisione del Titolo finale CC, dell'articolo 2 capoversi 1-3 LMI e dell'articolo 45 capoverso 2 LCart, si *raccomanda* ai Cantoni di istituire nel diritto cantonale o intercantonale le basi del riconoscimento degli atti pubblici per i negozi giuridici concernenti fondi redatti in altri Cantoni.

B 3	Bundesverwaltungsgericht Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale
B 3	1. Zwischenverfügung vom 4. September 2013 in der Beschwerdesache ICAP plc gegen Wettbewerbskommission in Sachen Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG

Zwischenverfügung B-4416/2013 des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 4. September 2013 in der Beschwerdesache ICAP plc, vertreten durch [...], gegen Wettbewerbskommission WEKO – Gegenstand: Zwischenverfügung vom 1. Juli 2013 in Sachen Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG in der Untersuchung 22-0413.

stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:

A.

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission ("Sekretariat") eröffnete im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Vorinstanz mit Schreiben vom 2. Februar 2012 gegen die Beschwerdeführerin (neben weiteren Unternehmen) eine Untersuchung gemäss Art. 27 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251). Mit Schreiben vom 14. Dezember 2012 bat das Sekretariat die Beschwerdeführerin unter Hinweis auf die Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG um sämtliche Kommunikationen (Bloomberg und Thomson Reuters Chats, E-Mails) von fünf namentlich genannten Mitarbeitern der Beschwerdeführerin mit Panelbanken für JPY LIBOR im Zeitraum von 2007 bis 2010, die zukünftige Zinseingaben für JPY LIBOR von Banken an die British Bankers' Association und/oder die Höhe und/oder die Entwicklung des Zinssatzes JPY LIBOR betreffen, bis zum 25. Januar 2013 einzureichen (Beschwerdebeilage 3). Dieses Auskunftsbegehren wurde mit Schreiben vom 15. März 2013 um zwei weitere Mitarbeiter der Beschwerdeführerin ergänzt.

Die Beschwerdeführerin ist diesen beiden Auskunftsbegehren nicht nachgekommen. Zur Begründung wurde im Wesentlichen vorgebracht, die Beschwerdeführerin würde sich durch die Lieferung der angeforderten Informationen dem Risiko aussetzen, gegen den UK Data Protection Act 1998 („DPA“) zu Verstössen und einen Klagegrund für Schadenersatzansprüche von Personen zu begründen, deren geschützte Interessen und Rechte verletzt würden (Schreiben vom 29. Mai 2013, Beschwerdebeilage 18).

B.

Am 1. Juli 2013 erliess die Vorinstanz handelnd durch ein Mitglied des Präsidiums (Art. 1 Abs. 1 Bst. d des Geschäftsreglements der Wettbewerbskommission vom 1. Juli 1996) auf Antrag des Sekretariats die angefochtene Zwischenverfügung („Zwischenverfügung“) mit folgendem Dispositiv:

- „1. Die ICAP plc ist verpflichtet, dem Sekretariat bis am 16. August 2013 die mit Auskunftsbegehren vom 14. Dezember 2012 und dessen Ausdehnung vom 15. März 2013 eingeforderten Kommunikationen einzureichen.
2. Die Kosten für die vorliegende Zwischenverfügung in der Höhe von CHF 3'490.- werden der ICAP plc auferlegt.
3. Einer allfälligen Beschwerde gegen die vorliegende Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen.
4. [Eröffnung]“

Diese Zwischenverfügung wurde im Wesentlichen damit begründet, dass die Beschwerdeführerin gemäss Art. 40 KG zur Auskunft verpflichtet sei. An dieser Auskunftspflicht nach Schweizer Recht ändere der Umstand eines möglichen Verstosses gegen ausländisches Recht (insbesondere gegen den DPA) nichts. Es sei auch kein höher stehendes Recht erkennbar, welches der Auskunftspflicht entgegenstehen würde (Zwischenverfügung, Rz 15). Die angeforderten Informationen seien für die Untersuchung gegen die Beschwerdeführerin und andere Unternehmen essentiell, da der Verdacht bestehe, dass Mitarbeiter von verschiedenen Interdealer Broker als Mittelsmänner bei den Absprachen zur Manipulation von Eingaben von Referenzzinssätzen sowie Beeinflussung der Spreads durch Banken gedient hätten (Zwischenverfügung, Rz 20). Schliesslich wies die Vorinstanz darauf hin, dass die Schweizer Wettbewerbsbehörden gemäss Art. 25 KG an das Amtsgeheimnis gebunden seien und keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben dürften. Es sei somit gewährleistet, dass die durch die Beschwerdeführerin eingereichten vertraulichen Daten nicht an Dritte oder an die Öffentlichkeit gelangen würden (Zwischenverfügung, Rz 22).

Den vorsorglichen Entzug der aufschiebenden Wirkung begründete die Vorinstanz im Wesentlichen damit, die mittels koordinierter Auskunftsbegehren vom 14. Dezember 2012 (sowie das ergänzende Begehren vom 15. März 2013 in Bezug auf die Beschwerdeführerin) einverlangten Auskünfte würden für die Durchführung der Untersuchung sofort benötigt. Ohne genaueres Verständnis der Funktionsweise der mutmasslichen Kartelle und der Rolle der Unternehmen innerhalb dieser Kartelle würden die Wettbewerbsbehörden weder den Sachverhalt abklären noch zu einer rechtlichen Beurteilung gelangen können (Zwischenverfügung, Rz 25).

Schliesslich enthält die Zwischenverfügung in den Erwägungen (jedoch nicht im Dispositiv) einen Hinweis auf die möglichen Rechtsfolgen einer allfälligen Nichtbefolgung der Zwischenverfügung gemäss Art. 52 KG (Belastung der Beschwerdeführerin mit einem Betrag von bis zu CHF 100'000.-) und Art. 55 KG (Busse hinsichtlich natürlicher Personen bis zu CHF 20'000.-).

C.

Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 2. August 2013 (Eingang beim Bundesverwaltungsgericht am 6. August 2013) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht.

Sie stellte folgende Rechtsbegehren:

- „1. Es sei die von der Beschwerdegegnerin entzogene aufschiebende Wirkung einer allfälligen Beschwerde gegen die Zwischenverfügung der Beschwerdegegnerin vom 1. Juli 2013 wiederherzustellen;
2. Es sei die Zwischenverfügung der Beschwerdegegnerin vom 1. Juli 2013 aufzuheben;
3. Eventualiter sei die Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 1. Juli 2013 aufzuheben und die Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs und zur erneuten Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu lasten der Beschwerdegegnerin.“

Zur Begründung wurde im Wesentlichen vorgebracht, die Beschwerdeführerin würde durch die Zwischenverfügung einen nicht wieder gut zu machenden Nachteil erleiden. Sie befürchte, mit der Lieferung der angeforderten Informationen gegen britisches Datenschutzrecht zu Verstössen. Dadurch würde sie sich der Gefahr einer behördlichen Sanktionierung sowie von zivilrechtlichen Ansprüchen der Mitarbeiter und möglichen weiteren natürlichen Personen aussetzen. Die Verletzung des DPA könnte nicht mehr rückgängig gemacht werden und hätte potentiell weitgehende (finanzielle und rufschädigende) Konsequenzen für die Beschwerdeführerin. Somit habe sie ein schützenswertes Interesse an der Behandlung ihrer Beschwerde (Beschwerde, S. 8 f.).

Das Risiko eines Verstosses gegen das DPA sei nach Ansicht der Beschwerdeführerin insbesondere im Umstand zu erblicken, dass der Rechtfertigungsgrund des DPA, wonach die Bearbeitung von Daten zulässig wäre, wenn sie notwendig wäre, um eine gesetzliche Verpflichtung einzuhalten, vorliegend nicht greifen würde. Die gesetzliche Verpflichtung müsse zum einen von einer von Grossbritannien anerkannten Jurisdiktion entstammen und zum anderen gerichtlich angeordnet werden (Beschwerde, 8. 15 f.).

Auch der andere an sich in Betracht fallende Rechtfertigungsgrund hinsichtlich der Wahrung berechtigter Interessen des Inhabers der Datensammlung sei vorliegend nicht anwendbar, weil hier durch die Bearbeitung die Rechte von Personen beeinträchtigt würden, über die Daten gesammelt worden seien. Diese Personen könnten in anderen Jurisdiktionen potentiell strafrechtlicher Verfolgung ausgesetzt sein (Beschwerde, S. 17 f.).

Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, ihr Recht auf rechtliches Gehör sei im Wesentlichen deshalb verletzt worden, weil die Vorinstanz sich nicht eingehend mit ihren Vorbringen zum britisches Datenschutzrecht auseinandergesetzt habe (Beschwerde, S. 33 ff.).

Die Vorinstanz habe auch den Verhältnismässigkeitsgrundsatz verletzt. Das Interesse der Beschwerdeführerin an der Einhaltung des DPA sei unter den konkreten Umständen höher zu gewichten als das öffentliche Interesse der Vorinstanz an den angeforderten umfangreichen und wenig spezifischen Informationen. Ausserdem würde es mildere Mittel geben, um die angeforderten Informationen zu erhalten wie etwa die Einvernahme der betroffenen Mitarbeiter (Beschwerde, S. 36 f.).

Schliesslich bringt die Beschwerdeführerin hinsichtlich der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung vor, dass ihr durch die Verletzung des DPA erheblicher Schaden an Vermögen und Reputation drohen würden. Die Vorinstanz könne einen (britischen oder einen von einer durch Grossbritannien anerkannten Jurisdiktion erlassenen) gerichtlichen Beschluss erwirken, der die Beschwerdeführerin anweisen würde, die angeforderten Informationen herauszugeben (Beschwerde, S. 28 f.). Solange ein solcher Beschluss fehle, sei das Abwarten der Klärung der rechtlichen Lage eher der Vorinstanz als der Beschwerdeführerin zuzumuten, zumal die Vorinstanz keine sachliche oder zeitliche Dringlichkeit darlege. Das Interesse der Vorinstanz an der Beschleunigung der Untersuchung sei weniger hoch zu gewichten als das Interesse der Beschwerdeführerin, einen Verstoss gegen ihre gesetzlichen Verpflichtungen in Grossbritannien zu vermeiden. Ausserdem stehe es der Vorinstanz frei, die notwendigen Auskünfte mit spezifischen, auf konkrete Sachverhaltslücken gerichtete Fragen an die Beschwerdeführerin und/oder ihre Mitarbeiter einzufordern (Beschwerde, S. 38 f.).

D.

Mit Zwischenverfügung vom 7. August 2013 wurde der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung gewährt (dies bis zum definitiven Entscheid über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung in vorliegender Zwischenverfügung). Die Vorinstanz wurde ersucht, bis zum 19. August 2013 eine Vernehmlassung in Bezug auf den prozessualen Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung einzureichen. Für die Vernehmlassung hinsichtlich des materiellen Antrags der Beschwerdeführerin wurde eine längere Frist gewährt.

E.

Innert nicht erstreckter Frist liess sich die Vorinstanz zum prozessualen Antrag der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 19. August 2013 (Eingang beim Bundesverwaltungsgericht am 20. August 2013) vernehmen und stellte folgende Anträge:

- „4. Die Wettbewerbsbehörden beantragen:
 - 4.1 Es sei der prozessuale Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen.
 - 4.2 Es sei der Beschwerdeführerin eine Nachfrist zur Einreichung der mit Auskunftsbegehren

vom 14. Dezember 2012 und dessen Ausdehnung vom 15. März 2013 eingeforderten Kommunikation anzusetzen.

Eventualiter:

4.3 Es sei der prozessuale Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen, aber es sei der Beschwerdeführerin zu gestatten, dem Sekretariat der WEKO innert einer Nachfrist die mit Auskunftsbegehren vom 14. Dezember 2012 und dessen Ausdehnung vom 15. März 2013 eingeforderten Kommunikationen in einer Version einzureichen, in welcher alle Namen juristischer Personen und natürlicher Personen ausser denjenigen der Mitarbeiter [sieben namentliche genannte Mitarbeiter der Beschwerdeführerin] anonymisiert sind.

- unter Kostenfolge –,

Die Vorinstanz hält an der angefochtenen Verfügung und deren Begründung fest (Vernehmlassung, Rz 3). Zur Frage der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung bringt die Vorinstanz vor, die Untersuchung gestalte sich komplex und bedinge die Analyse einer ausserordentlich grossen Datenmenge (Vernehmlassung, Rz 27). Ohne die von der Beschwerdeführerin angeforderten Informationen müssten bei definitiver Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung wesentliche Sachverhaltsabklärungen ruhen (Vernehmlassung, Rz 44).

F.

Mit Verfügung vom 20. August 2013 wurde ein Doppel der Vernehmlassung der Vorinstanz vom 19. August 2013 der Beschwerdeführerin zur freigestellten Stellungnahme (insbesondere betreffend den Eventualantrag der Vorinstanz) bis zum 26. August 2013 zugestellt. Die Beschwerdeführerin reichte ihre diesbezügliche Stellungnahme mit Schreiben vom 26. August 2013 (Eingang beim Bundesverwaltungsgericht am 27. August 2013) ein. Darin beantragte sie, die Anträge der Beschwerdeführerin seien - unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin - abzuweisen. Dies begründete sie im Wesentlichen damit, die Voraussetzungen zum Entzug der aufschiebenden Wirkung seien nicht gegeben. Insbesondere brachte die Beschwerdeführerin vor, es liege keine zeitliche Dringlichkeit vor, da die Vorinstanz aufgrund der ihr vorliegenden grossen Datenmenge nicht unmittelbar auf die angeforderten Daten der Beschwerdeführerin angewiesen sei (Stellungnahme, S. 5 f). Hinsichtlich des Eventualantrags der Vorinstanz erläuterte die Beschwerdeführerin, dass die partielle Anonymisierung von Personendaten für sie keine rechtlich zulässige Option unter dem DPA darstelle. Sie sei als Inhaberin einer Datensammlung gehalten, sämtliche Personendaten in Übereinstimmung mit dem DPA zu bearbeiten. Die von der Vorinstanz eingeforderten Dokumente würde die Kommunikation zwischen Mitarbeitern der Beschwerdeführerin und anderen natürlichen Personen enthalten. Wenn die Bekanntgabe von Personendaten unter dem DPA nicht erlaubt sei, so dürfe sie auch keine teilweise anonymi-

sierten Personendaten bekannt geben (Stellungnahme, S. 7 f.).

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesverwaltungsgericht prüft vom Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist (vgl. BVE 2007/6, E. 1, m.w.H.).

1.1.

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Die angefochtene Zwischenverfügung vom 1. Juli 2013, welche die Beschwerdeführerin zur Lieferung von Informationen verpflichtet, ist eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 VwVG (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgericht B-7084/2010 vom 6. Dezember 2010, E. 1.2; B-5436/2011 vom 5. März 2012, E. 1.3). Somit ist das Bundesverwaltungsgericht nach Art. 33 Bst. f VGG (i.V.m. Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG) für die Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig, zumal keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Funktional ist gemäss Art. 39 Abs. 1 VGG i.V.m. Art. 55 Abs. 3 VwVG grundsätzlich der Instruktionsrichter zuständig, über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu entscheiden.

1.2.

Die angefochtene selbständig eröffnete Zwischenverfügung betrifft ein Auskunftsbegehren nach Art. 40 KG gegenüber der Beschwerdeführerin im Rahmen einer Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG gegen sie. Gegen selbständig eröffnete Zwischenverfügungen kann nach den Voraussetzungen von Art. 45 und 46 VwVG vor Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden. Die vorliegende Zwischenverfügung ist anfechtbar, wenn diese einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Mehraufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 46 Abs. 1 Bst. b VwVG).

1.2.1.

Eine Gutheissung der vorliegenden Beschwerde wäre nicht geeignet, sofort einen Endentscheid im Untersuchungsverfahren vor der Vorinstanz bzw. deren Sekretariat herbeizuführen, da es vorliegend einzig um die Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG und nicht etwa um die Anwendbarkeit des KG auf die Beschwerdeführerin oder um die rechtliche Qualifikation des untersuchten Verhaltens geht.

1.2.2.

Der geltend gemachte, nicht wieder gutzumachende Nachteil muss nicht rechtlicher Natur sein; eine Beeinträchtigung der schutzwürdigen tatsächlichen namentlich wirtschaftlichen Interessen genügt. Ein wirtschaftlicher Nachteil genügt indessen nicht, wenn es dem Betroffe-

nen ausschliesslich darum geht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern (Urteil des Bundesgerichts 2A.438/2004 vom 1. Dezember 2004, E. 1.1; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-3924/2012 vom 18. Februar 2013, E. 2.2; A-3043/2011 vom 15. März 2012, E. 1.2.3; B-7038/2009 vom 20. November 2009, E. 1.3; jeweils mit weiteren Hinweisen). Die beschwerdeführende Partei hat substantiiert darzulegen, inwiefern ihr im konkreten Fall ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht (BGE 137 III 324, E. 1.1; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-1287/2012 vom 11. Juni 2013, E. 1.3; B-7084/2010 vom 6. Dezember 2010, E. 1.5.2).

1.2.3.

Vorliegend macht die Beschwerdeführerin im Wesentlichen geltend, sie würde gegen britisches Datenschutzrecht Verstössen, falls sie die von der Vorinstanz verlangten Informationen herausgeben würde. Durch einen solchen Rechtsverstoss drohe ihr in Grossbritannien eine Sanktionierung. Da offenbar eine gewisse Unklarheit in Bezug auf die Vereinbarkeit der Informationslieferung gestützt auf die angefochtene Zwischenverfügung und dem DPA besteht, kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Gefahr einer behördlichen Sanktionierung in Grossbritannien besteht. Diese - allenfalls auch theoretische - Gefahr kann einen Nachteil für die Beschwerdeführerin bedeuten. Auch die Vorinstanz schliesst ein solches Risiko offenbar nicht rundweg aus. Neben Reputationsrisiken sind insbesondere wirtschaftliche Nachteile zu berücksichtigen, die aus einer Verfahrenseröffnung bzw. einer Sanktionierung eines Verstosses gegen den DPA resultieren könnten. Würde sich die Beschwerdeführerin auch dann noch weigern, die angeforderten Informationen herauszugeben, wenn die Zwischenverfügung durchsetzbar wird, würden ihr ebenfalls Nachteile erwachsen, weil dann die schweizerischen Behörden die Weigerung allenfalls sanktionieren könnten. Schliesslich kann darauf hingewiesen werden, dass ein Unternehmen, das sich auf das Aussageverweigerungsrecht nach Art. 16 und 17 VwVG berufen darf, durch ein Auskunftsbegehren in der Regel einen faktischen Nachteil in einer Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG erleiden könnte.

1.2.4.

Die Beschwerdeführerin hat somit dargetan, dass die Zwischenverfügung einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken kann.

Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG) und die Vertreter haben sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG). Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

Im Rahmen der Prüfung der Eintrittsvoraussetzungen kann hingegen offenbleiben, wie hoch die Wahrscheinlichkeit eines Verstosses gegen britisches Recht ist bzw. ob sich der Nachteil besonders schwerwiegend auf die Beschwerdeführerin auswirkt.

2.

Die Beschwerde hat grundsätzlich aufschiebende Wirkung (Art. 55 Abs. 1 VwVG). Hat die angefochtene Verfügung keine Geldleistung zum Gegenstand, so kann die

verfügende Behörde die aufschiebende Wirkung einer allfälligen Beschwerde entziehen (Art. 55 Abs. 2 VwVG). Die Beschwerdeinstanz kann ihrerseits die aufschiebende Wirkung wiederherstellen, wobei über ein entsprechendes Begehren ohne Verzug zu entscheiden ist (Art. 55 Abs. 3 VwVG). Die Voraussetzungen für den Entzug und die Wiedererteilung der aufschiebenden Wirkung wie auch für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme sind grundsätzlich dieselben (XAVIER BAUMBERGER, Aufschiebende Wirkung bundesrechtlicher Rechtsmittel im öffentlichen Recht, Diss. Zürich 2006, Rz 116 ff.; REGINA KIENER, in: Christoph Auer et al. [Hrsg.], Kommentar VwVG, Zürich 2008, N 14 zu Art. 55). Weil vorliegend im summarischen Verfahren über die aufschiebende Wirkung entschieden wird, genügt die Glaubhaftmachung der Tatsachen (ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz 1081).

2.1.

Die aufschiebende Wirkung soll gewährleisten, dass der bestehende tatsächliche oder rechtliche Zustand einseitig unverändert erhalten bleibt. Der Entscheid über den Entzug der aufschiebenden Wirkung setzt Dringlichkeit voraus, d.h. es muss sich als notwendig erweisen, die fraglichen Vorkehren sofort zu treffen. Die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung setzt einen Nachteil des Verfügungsadressaten voraus, der nicht leicht wieder gutzumachen ist, wofür ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse genügt. Schliesslich ist im Rahmen einer Interessensabwägung zu prüfen, ob die Gründe für eine sofortige Vollstreckbarkeit wichtiger sind als jene, die für einen Aufschub sprechen. Dabei ist abzuwägen, wem der durch den Schwebezustand verursachte Nachteil am ehesten zugemutet werden kann. Hierfür sind die Schwere der drohenden Nachteile wie auch die Wahrscheinlichkeit ihres Eintretens zu würdigen (BGE 130 II 149, E. 2.2; Urteil des Bundesgerichts 9C.958/2012 vom 20. Dezember 2012, E. E. 2.2; Zwischenverfügung der REKO/WEF vom 21. Januar 2004, publiziert in: RPW 2004/1, S. 198 ff.; PHILIPPE WEISSENBERGER/ASTRID HIRZEL, Der Suspensiv-effekt und andere vorsorgliche Massnahmen, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann [Hrsg.], Brennpunkte im Verwaltungsprozess, Zürich 2013, S. 73 f.; BAUMBERGER, a.a.O., Rz 428 ff.; HANSJÖRG SEILER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxis-kommentar VwVG, N 94 zu Art. 55; KIENER, a.a.O., N 15 ff. zu Art. 55).

2.2.

Zunächst ist festzuhalten, dass die Zwischenverfügung der Vorinstanz der Beweissicherung im Rahmen einer Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG dient. Beweissicherungs-massnahmen sind grundsätzlich dringlich, weil sie erforderlich sind, um die Untersuchung voranzutreiben. Die Beweissicherung soll ferner die Beweise "sicherstellen", um somit zu verhindern, dass mögliche Beweise zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr erhältlich sind. Damit hatte die Vorinstanz einen überzeugenden Grund, um die aufschiebende Wirkung zu entziehen.

Ausserdem wurden die angeforderten Informationen in den beiden Schreiben betreffend Auskunftsbegehren

vom 14. Dezember 2012 und vom 15. März 2013 konkret beschrieben und es erscheint glaubhaft, dass diese Informationen für das Untersuchungsverfahren des Sekretariats erforderlich sind. Zudem wird von der Beschwerdeführerin offenbar auch nichts verlangt, was sie nicht auch tun könnte. So legte die Beschwerdeführerin bereits mit Schreiben vom 14. Januar 2013 ihr Konzept für die Bearbeitung des ersten Auskunftsbegehrens vom 14. Dezember 2012 dar (Beschwerdebeilage 5).

Schliesslich ist kein milderes Mittel ersichtlich, um die angestrebte Beweissicherung zu gewährleisten. Die Beschwerdeführerin behauptet zwar, anstatt der Lieferung der physischen Dokumente könnten ihre Mitarbeiter einvernommen werden. Die Einvernahme ist jedoch nicht vergleichbar mit physischen Beweismittel über Korrespondenz, die Jahre zurückliegt, und kann daher nicht als milderes Mittel für denselben Zweck angesehen werden.

2.3.

Wie bereits erörtert wurde, legt die Beschwerdeführerin einen drohenden Nachteil dar (vgl. E. 1.2.3 und 1.2.4). Für die Interessensabwägung ist erforderlich, die Schwere des Nachteils und die Wahrscheinlichkeit abzuschätzen, mit welcher der drohende Nachteil effektiv eintritt.

2.3.1.

Das britische Datenschutzrecht, auf welches sich die Beschwerdeführerin für die Glaubhaftmachung eines drohenden Nachteils stützt, kann im Rahmen des vorliegenden summarischen Verfahrens nicht vollständig ermittelt werden. Immerhin reichte die Beschwerdeführerin den DPA (Beschwerdebeilage 6) und diesbezügliche Leitlinien (Beschwerdebeilage 9) ein und übersetzte die ihr relevant erscheinenden Passagen in ihrer Beschwerdeschrift. Ausserdem legte die Beschwerdeführerin zwei E-Mails des britischen Datenschutzbeauftragten ihrer Beschwerde bei, der auf spezifische Fragen der britischen Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin antwortete (Beschwerdebeilagen 7 und 16). Hinsichtlich der E-Mails des Datenschutzbeauftragten ist festzustellen, dass diese ohne Kenntnis der konkreten Sachlage und auf abstrakte Fragen hin verfasst wurden. Zum Beispiel wurde die Vorinstanz als „regulatory authority“ betitelt und die Schweiz als „overseas jurisdiction“ bezeichnet (Beschwerdebeilage 16, S. 2). Verschwiegen wurde, dass die Vorinstanz eine verwaltungsunabhängige Behörde ist, die an das Amtsgeheimnis gebunden ist und keine Akteneinsicht in Geschäftsgeheimnisse gewährt (Zwischenverfügung, Rz 22).

2.3.2.

Nach der Beschwerdeführerin fallen zwei Rechtfertigungsgründe für die Lieferung der datenschutzrechtlich geschützten Informationen in Betracht. Zum einen ist demnach Art. 35 Abs. 1 DPA von Interesse: „Personal data are exempt from the non-disclosure provisions where the disclosure is required by or under any enactment, by any rule of law or by the order of a court“. Die Beschwerdeführerin übersetzt diese Bestimmung wie folgt: „Die Bearbeitung ist notwendig, um eine nicht-vertragliche rechtliche Verpflichtung des Inhabers der Datensammlung einzuhalten“ (Beschwerde, S. 15).

Nach Auffassung der Beschwerdeführerin fallen unter diese Bestimmung ausschliesslich britische behördliche Beschlüsse, die Regeln des Common Law und die gerichtlichen Anordnungen einer von Grossbritannien anerkannten Rechtsordnung, worunter Zwischenverfügungen der Vorinstanz nicht fallen würden (Beschwerde, S. 16).

Ob das DPA überhaupt anwendbar ist und die Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin korrekt ist, kann offen gelassen werden. Selbst wenn auf die Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin abgestellt würde, wäre davon auszugehen, dass aus britischer Sicht die vorliegende Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts eine gerichtliche Anordnung gemäss Art. 35 Abs. 1 DPA darstellte. Zumal die Verpflichtung zur Lieferung der Informationen auch im Dispositiv des vorliegend zu treffenden Zwischenentscheidendes ausdrücklich genannt wird. Ausserdem sind keine Gründe ersichtlich, warum die schweizerische Rechtsordnung von Grossbritannien nicht anerkannt würde. Daher wäre ein Rechtfertigungsgrund für die angeforderte Lieferung der Informationen spätestens mit vorliegender Zwischenverfügung gegeben.

2.3.3.

Ferner ist nach Auffassung der Beschwerdeführerin ein weiterer möglichen Rechtfertigungsgrund relevant. Anhang 2 Abs. 6 Ziff. 1 des DPA sieht vor: „The processing is necessary for the purposes of legitimate interests pursued by the data Controller or by the third party or parties to whom the data are disclosed, except where the processing is unwarranted in any particular case by reason of prejudice to the rights and freedoms or legitimate interests of the data subject“. Die Beschwerdeführerin übersetzt diese Bestimmung wie folgt: „Die Bearbeitung ist erforderlich zur Wahrung berechtigter Interessen des Inhabers der Datensammlung oder Dritter, denen die Daten bekanntgegeben werden, sofern die Bearbeitung nicht die Rechte und die Freiheit oder die berechtigten Interessen des Datensubjekts gefährdet“ (Beschwerde, S. 17). Die Beschwerdeführerin bringt vor, bei allen in den Auskunftsbegehren der Vorinstanz genannten Mitarbeiter sei eine Gefährdung der berechtigten Interessen gegeben, da diese Personen im Rahmen von Untersuchungen in anderen Jurisdiktionen potentiell strafrechtlicher Verfolgung und an ihrem Wohnsitzstaat zum Beispiel der Auslieferung in Drittstaaten ausgesetzt sein könnten (Beschwerde, S. 17).

Wiederum kann offen bleiben, ob dieser Rechtfertigungsgrund nach britischem Datenschutzrecht überhaupt erforderlich wäre. Selbst wenn auf diesen Rechtfertigungsgrund abgestellt würde, wäre jedoch nicht ersichtlich, warum die Mitarbeiter der Beschwerdeführerin oder Dritte durch die angeforderte Lieferung der Informationen in anderen Jurisdiktionen potentiell strafrechtlicher Verfolgung ausgesetzt werden sollten. Erstens unterliegt die Vorinstanz dem Amtsgeheimnis. Zweitens steht es der Beschwerdeführerin frei, Geschäftsgeheimnisse zu bezeichnen. Drittens könnte die Beschwerdeführerin vor einer allfälligen Publikation von identifizierenden Informationen im Endentscheid der Vorinstanz eine weitere anfechtbare Zwischenverfügung verlangen. Auch nach Art. 8 Abs. 4 des am 17. Mai 2013

unterzeichneten (jedoch noch nicht ratifizierten und somit auch nicht in Kraft getretenen) Abkommens zwischen der Europäischen Union und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts dürfen die nach dem Abkommen erörterten oder übermittelten Informationen nicht für die Verhängung von Sanktionen gegen natürliche Personen verwendet werden. Die Beschwerdeführerin erklärt dementsprechend nicht, wie genau sich das Risiko einer strafrechtlichen Verfolgung ihrer Mitarbeiter oder Dritter mit der Lieferung der angeforderten Informationen erhöhen würde.

2.3.4.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die von der Beschwerdeführerin diskutierten Rechtfertigungsgründe im Rahmen des summarischen Verfahrens mit einiger Wahrscheinlichkeit gegeben sein dürften. Auch wenn ein Risiko eines Verstosses gegen den DPA nicht ausgeschlossen werden kann und die sich stellenden Rechtsfragen diesbezüglich nicht umfassend geklärt werden können, ist vorliegend davon auszugehen, dass die Wahrscheinlichkeit eines Verstosses eher gering sein dürften. Bei diesem Ergebnis braucht der von der Vorinstanz vorgebrachte Art. 35 Abs. 2 DPA nicht näher geprüft zu werden.

Da die Schwere des Nachteils in einem drohenden Strafverfahren und allenfalls zivilrechtlichen Ansprüchen Dritter besteht, ist der Nachteil als nicht unerheblich zu qualifizieren. Die Schwere des Nachteils lässt auch eine nur geringe Wahrscheinlichkeit eines Verstosses gegen den DPA nicht als vernachlässigbar erscheinen. Somit ist glaubhaft, dass sie bei sofortiger Vollstreckbarkeit der Zwischenverfügung einen nicht unerheblichen Nachteil erleiden würde.

2.4.

Die dargelegten Interessen der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz sind gegen einander abzuwägen. Der Nachteil der Vorinstanz hinsichtlich der Gewährung der aufschiebenden Wirkung würde darin bestehen, dass sie mit der Beweissicherung bzw. -analyse länger zuwarten müsste. Zwar wurde das Risiko, dass die zu sichernden Beweismittel zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr erhältlich sein könnten, nicht geltend gemacht. Doch ist dieses Risiko nie ganz auszuschliessen. Ausserdem ist darauf hinzuweisen, dass die Durchsetzung der angefochtenen Zwischenverfügung gewisse praktische Probleme aufwerfen könnte, was die Untersuchung der Wettbewerbsbehörden weiter verzögern könnte. Auch dies spricht eher dafür, dass die Zwischenverfügung schnellstmöglich zumindest rechtlich vollstreckbar sein sollte. Dasselbe gilt für die relativ lange Dauer zwischen der ersten Aufforderung betreffend die Lieferung von Informationen am 14. Dezember 2012 und der Zwischenverfügung vom 1. Juli 2013. Die zu Anfang zu Recht als kooperativ erscheinende Verfahrensführung des Sekretariats verzögerte die Lieferung der Informationen zwar im Ergebnis. Umso mehr gilt es nun die Untersuchung rasch voranzubringen.

Der Nachteil der Beschwerdeführerin ist zwar aufgrund eines möglichen Verstosses gegen den DPA nicht unerheblich. Er ist aber weniger stark zu gewichten als das

öffentliche Interesse an einer raschen Untersuchung. Die Wahrscheinlichkeit, dass sich der drohende Verstoss gegen das DPA tatsächlich verwirklicht, ist als eher gering zu bewerten. Die Wahrscheinlichkeit erscheint auch unter Berücksichtigung der Schwere der Sanktionierung eines allfälligen Verstosses als so gering, dass sie keinen genügenden Grund darzustellen vermag, um die Untersuchung des Sekretariats weiter zu verzögern. Somit erscheint das Interesse der Vorinstanz an einer sofortigen Vollstreckbarkeit wichtiger als dasjenige der Beschwerdeführerin an einem entsprechenden Aufschub.

3.

Der Eventualantrag der Vorinstanz hinsichtlich partieller Anonymisierung muss nicht geprüft werden, da sie mit ihrem Hauptantrag durchdringt. Die Beschwerdeführerin stellte weder im Rahmen ihrer Beschwerde noch in der Stellungnahme vom 26. August 2013 einen Eventualantrag mit entsprechendem Inhalt. Für sie wird das Risiko eines Rechtsverstosses gegen britisches Datenschutzrecht offenbar nicht vermindert, indem die angeforderten Unterlagen nur teilweise anonymisiert würden. Vor diesem Hintergrund erübrigt sich die Prüfung einer Änderung des Dispositivs hinsichtlich einer Anordnung zur teilweisen Anonymisierung.

4.

Die vorliegende Zwischenverfügung hebt Ziff. 1 der Zwischenverfügung vom 7. August 2013 (superprovisorische Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung) auf bzw. entzieht dieser Ziff. 1 ihre Wirksamkeit, weil die aufschiebende Wirkung nur bis zum definitiven Entscheid über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gewährt wurde. Ohne gegenteilige Anordnung des Bundesverwaltungsgerichts würde somit Ziff. 1 der angefochtenen Zwischenverfügung mit Eröffnung der vorliegenden Zwischenverfügung vollstreckbar. Da die in Ziff. 1 der angefochtenen Zwischenverfügung festgelegte Frist (16. August 2013) bereits abgelaufen ist, wäre es nicht sachgerecht, es der Vorinstanz zu überlassen, eine neue Frist anzusetzen. Infolge der sofortigen Vollstreckbarkeit von Ziff. 1 der angefochtenen Zwischenverfügung und dem entsprechenden Antrag der Vorinstanz folgend ist diese somit hinsichtlich einer neuen Frist anzupassen.

Als neue Frist für die Lieferung der angeforderten Informationen erscheinen 20 Tage als angemessen. Zwar machte die Beschwerdeführerin in ihrem Schreiben vom 14. Januar 2013 geltend, es sei schwierig, verlässlich vorherzusagen, wie viel Zeit die erforderliche Datenaufbereitung in Anspruch nehmen werde (Beschwerdebeilage 5, S. 7). Doch hatte die Beschwerdeführerin seit dem 14. Dezember 2012 bzw. dem 15. März 2013 genügend Zeit, die nötigen Massnahmen zu treffen. Zudem musste sie spätestens mit Eröffnung der angefochtenen Zwischenverfügung damit rechnen, dass sie zur Lieferung der angeforderten Informationen gezwungen wird. Daher erscheint die Frist von 20 Tagen als zumutbar.

5.

Über die Kosten dieser Zwischenverfügung wird im Entscheid über die materiellen Anträge der Beschwerdeführerin entschieden. Eine Parteientschädigung fällt mit

Blick auf das Ergebnis der vorliegenden Zwischenverfügung ausser Betracht (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.

2.

Ziff. 1 der angefochtenen Zwischenverfügung vom 1. Juli 2013 wird wie folgt neu gefasst: „Die ICAP ist verpflichtet, dem Sekretariat bis zum 25. September 2013 die mit Auskunftsbegehren vom 14. Dezember 2012 und dessen Ausdehnung vom 15. März 2013 eingeforderten Kommunikation einzureichen.“

3.

Die Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 26. August 2013 wird der Vorinstanz zur Kenntnis zugestellt.

4.

Über die Kosten dieser Zwischenverfügung wird im Hauptsachenentscheid entschieden.

5.

Diese Verfügung geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Einschreiben)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 22-0413; Einschreiben; Beilage: gemäss Ziff. 3 vorstehend)

[Rechtsmittelbelehrung]

B 3

4. Abschreibungsentscheid vom 4. Oktober 2013 in der Beschwerdesache ICAP plc gegen Wettbewerbskommission in Sachen Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG

Abschreibungsentscheid B-4416/2013 des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 4. Oktober 2013 in der Beschwerdesache ICAP plc, vertreten durch [...], gegen Wettbewerbskommission WEKO – Gegenstand: Zwischenverfügung vom 1. Juli 2013 in Sachen Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG in der Untersuchung 22-0413.

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest und erwägt,

dass der Antrag der Beschwerdeführerin auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen ihrer Beschwerde vom 2. August 2013 mit Zwischenverfügung vom 4. September 2013 abgewiesen wurde,

dass die Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung vom 1. Juli 2013 mit Zwischenverfügung vom 4. September 2013 wie folgt neu gefasst wurde: „Die ICAP ist verpflichtet, dem Sekretariat bis zum 25. September 2013 die mit Auskunftsbegehren vom 14. Dezember 2012 und dessen Ausdehnung vom 15. März 2013 eingeforderten Kommunikation einzureichen“,

dass die Beschwerdeführerin ihre Beschwerde mit Schreiben vom 2. Oktober 2013 mit der Begründung zurückzog, mit dem Vorliegen der genannten Zwischenverfügung seien gemäss britischem Datenschutzrecht alle Voraussetzungen für die Bekanntgaben und Einreichung der von der Vorinstanz angeforderten Informationen erfüllt, da es sich bei der Zwischenverfügung um einen Gerichtsbeschluss handle,

dass die Beschwerdeführerin dem Auskunftsbegehren der Vorinstanz am 25. September 2013 nachgekommen sei und die Beschwerde damit gegenstandslos geworden sei,

dass das Beschwerdeverfahren daher einzelrichterlich als gegenstandslos abzuschreiben ist (Art. 23 Abs. 1 Bst. a des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]),

dass die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]),

dass die Verfahrenskosten vorliegend unter Berücksichtigung des Umfangs und der Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem

Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]) an sich auf CHF 2'500.-festzusetzen wären (vgl. Zwischenverfügung vom 7. August 2013 betreffend Kostenvorschuss),

dass die Verfahrenskosten einer Partei jedoch ganz oder teilweise erlassen werden können, wenn ein Rechtsmittel ohne erheblichen Aufwand für das Gericht durch Rückzug oder Vergleich erledigt wird (Art. 6 Bst. a VGKE),

dass vorliegend eine ausführlich begründete Zwischenverfügung betreffend die aufschiebende Wirkung erlassen wurde und sich deshalb eine Kürzung der Verfahrenskosten um die Hälfte, d.h. auf CHF 1'250.-, rechtfertigt,

dass vorliegend keine Parteientschädigung zugesprochen wird.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Ein Doppel des Schreibens der Beschwerdeführerin vom 2. Oktober 2013 wird der Vorinstanz zur Kenntnis gestellt.

2.

Das Beschwerdeverfahren B-4416/2013 wird infolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben.

3.

Die Verfahrenskosten von CHF 1'250.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von CHF 2'500.- verrechnet. Der Restbetrag in der Höhe von CHF 1'250.-wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.

4.

Dieser Entscheid geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vorinstanz (Ref-Nr 22-0413; Gerichtsurkunde; Beilage: gemäss Ziff. 1 vorstehend)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

[Rechtsmittelbelehrung]

B 7	Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali
B 7	1. Urteil vom 9. September 2013 des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern betreffend Nichterteilung einer kommunalen Bewilligung für sanitäre Installationen

Urteil (100.2012.72U) vom 9. September 2013 des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern : A, in C, vertreten durch x (Beschwerdeführer) gegen Einwohnergemeinde Ringgenberg, handelnd durch den Gemeinderat Ringgenberg, vertreten durch Y (Beschwerdegegnerin) und Regierungsstatthalteramt Interlaken-Oberhasli, in Interlaken betreffend Nichterteilung einer kommunalen Bewilligung für sanitäre Installationen (Entscheid des Regierungsstatthalteramts Interlaken-Oberhasli vom 10. Februar 2012; vbv 357/2010, vbv 21/2010)

Sachverhalt:

A.

A ist Sanitärinstallateur mit eidgenössischem Fähigkeitszeugnis und betreibt ein Sanitärgeschäft in C. Mit Verfügung vom 1. November 2010 verweigerte ihm die Einwohnergemeinde (EG) Ringgenberg die Erteilung einer (ständigen) Installationsbewilligung für Hausanschlussleitungen und Hausinstallationen im Versorgungsgebiet der Wasserversorgung Ringgenberg; zur Begründung führte sie aus, A verfüge weder über ein eidgenössisches Diplom im Sanitärbereich noch über eine „gleichwertige Ausbildung“ im Sinn des kommunalen Wasserversorgungsreglements. Ausserdem habe er mehrmals ohne Bewilligung Installationsarbeiten ausgeführt und die Installationsanzeige nicht von sich aus eingereicht. Durch das ordnungswidrige Verhalten könne die Gemeinde finanzielle Einbussen erleiden (Verlust von Anschlussgebühren).

B.

Am 6. Dezember 2010 gelangte A an das Regierungsstatthalteramt (RSA) Interlaken-Oberhasli, welches seine Beschwerde mit Entscheid vom 10. Februar 2012 abwies.

C.

Dagegen hat A am 8. März 2012 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben mit folgenden Anträgen:

- „1. Der Entscheid des Regierungsstatthalteramtes Interlaken-Oberhasli vom 10.02.2012 sei aufzuheben.
2. Die Verfügung der Einwohnergemeinde Ringgenberg vom 01.11.2010 sei aufzuheben.
3. Dem Beschwerdeführer sei eine ständige Konzessionsbewilligung für Installationsarbeiten an Hausanschlussleitungen sowie Hausinstallationen im Gebiet der Einwohnergemeinde Ringgenberg zu erteilen.

- unter Kosten- und Entschädigungsfolge –“

Das RSA Interlaken-Oberhasli und die EG Ringgenberg schliessen am 26. März bzw. 11. Juni 2012 je auf Abweisung der Beschwerde.

Erwägungen:

1.

1.1 Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde als letzte kantonale Instanz gemäss Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 76 und 77 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) zuständig. Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist - unter Vorbehalt der Ausführungen in E. 1.2 hiernach - einzutreten.

1.2 Der Beschwerdeführer beantragt unter anderem die Aufhebung der Verfügung der EG Ringgenberg (vorne Bst. C). Damit übersieht er, dass seiner Beschwerde an das RSA Interlaken-Oberhasli voller Devolutiveffekt zugekommen ist und der Entscheid der Vorinstanz die Verfügung der EG Ringgenberg vollumfänglich ersetzt hat. Anfechtungsobjekt im verwaltungsgerichtlichen Verfahren kann deshalb ausschliesslich der vorinstanzliche Entscheid sein. Soweit die Aufhebung der Verfügung der EG Ringgenberg verlangt wird, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten (BVR 2010 S. 411 E. 1.4 mit Hinweisen).

1.3 Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 VRPG).

2.

Streitig ist, ob der Beschwerdeführer Anspruch auf eine ständige Installationsbewilligung für Hausanschlussleitungen und Hausinstallationen im Wasserversorgungsgebiet der EG Ringgenberg hat.

2.1 Nach Art. 6 Abs. 1 des Wasserversorgungsgesetzes vom 11. November 1996 (WVG; BSG 752.32) ist die Wasserversorgung eine Gemeindeaufgabe. Die Wasserversorgungen erlassen ein Reglement über die Organisation und die Finanzierung (Art. 13 WVG). Von dieser Rechtssetzungskompetenz hat die EG Ringgenberg mit dem Wasserversorgungsreglement vom 12. Dezember 2003 (nachfolgend: WVR) Gebrauch gemacht. Das Reglement entspricht - soweit hier interes-

sierend - dem kantonalen Musterreglement (Ausgabe 2002), welches das Wasser- und Energiewirtschaftsamt (heute: Amt für Wasser und Abfall) der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) erarbeitet hat. Gemäss Art. 29 Abs. 1 WVR dürfen Hausanschlussleitungen und Hausinstallationen nur von Personen erstellt werden, die über eine Bewilligung der Wasserversorgung bzw. der Gemeinde verfügen. Die Bewilligungspflicht soll gewährleisten, dass die Anlagen sachgerecht erstellt und die berechtigten Personen verpflichtet werden, den Wasserversorgungen alle gebührenpflichtigen Änderungen, die sie an privaten Anlagen vornehmen, unverzüglich und ohne Aufforderung zu melden. So erhalten die Wasserversorgungen auf einfache Weise Kenntnis von Erhöhungen der Belastungswerte, welche für die Gebührenerhebung massgeblich sind (Kommentar zum Musterreglement, S. 35f.).

2.2 Voraussetzung für die Erteilung einer Installationsbewilligung ist gemäss Art. 29 Abs. 2 WVR eine „ausreichende berufliche Qualifikation“; als solche werden „insbesondere ein eidg. Diplom im Sanitärbereich oder eine gleichwertige Ausbildung“ anerkannt. Als eidgenössisches Diplom im Sanitärbereich gilt unbestrittenerweise die höhere Fachprüfung zum Sanitärmeister, welche der Beschwerdeführer nicht abgelegt hat (Art. 1 Ziff. 2 der Beschwerde). Er schloss im Frühjahr 1989 eine Berufslehre als „Sanitärinstallateur EFZ“ (heute: Sanitärmoniteur) ab (Beschwerdebeilage 4) und sammelte anschliessend während mehrerer Jahre Berufserfahrung, bevor er 1998 unter der Firma „B“ eine selbständige Erwerbstätigkeit aufnahm (Art. 2 Ziff. 2 der Beschwerde). Ausserdem erlangte er das Zertifikat „Installationsrichtlinien Trinkwasser“ des Schweizerischen Vereins des Gas- und Wasserfaches (SVGW; Vorakten [act. 3A], Beilage 6 zur Beschwerde).

2.3 Erst im Lauf des vorinstanzlichen Beschwerdeverfahrens hat die EG Ringgenberg die Kriterien näher definiert, die erfüllt sein müssen, damit sie einer Person ohne eidgenössisches Diplom im Sanitärbereich die ständige Installationsbewilligung erteilt. Im mit „Fachkundigkeit oder gleichwertige Ausbildung im Sanitärbereich im Reglement der Wasserversorgung Ringgenberg-Goldiswil“ überschriebenen Dokument vom 22. Juni 2011 werden Ausbildungswege aufgezeigt, die als gleichwertig zum eidgenössischen Diplom gelten sollen (Beschwerdebeilage 3). Die Vorinstanz erwog diesbezüglich, die Wasserversorgung stelle gemäss Art. 6 WVG eine Gemeindeaufgabe dar, deren Erfüllung die Gemeinde im Rahmen ihrer Autonomie umfassend regeln dürfe. Weil es sich um eine gesundheitspolizeilich wichtige Aufgabe handle, sei es von erheblicher Bedeutung, dass Installationen sach- und fachgerecht ausgeführt würden. Es liege somit im öffentlichen Interesse, die Bewilligung an bestimmte Voraussetzungen zu knüpfen. Die von der EG Ringgenberg definierten Kriterien basierten auf Fachwissen und Berufserfahrung und privilegierten ortsansässige Personen nicht; sie seien sachgerecht und entsprachen im Wesentlichen dem vom Schweizerisch-Liechtensteinischen Gebäudetechnikverband „suissetec“ vorgegebenen Bildungsweg zur Erlangung des eidgenössischen Diploms im Sanitärbereich (E. 9 des angefochtenen Entscheids). Der Beschwerdeführer verfüge zwar über sehr viel Berufserfahrung, habe

aber keine der geforderten Weiterbildungen absolviert. Das Zertifikat „Installationsrichtlinien Trinkwasser“ genüge den Anforderungen nicht, womit der Beschwerdeführer über keine dem eidgenössischen Diplom im Sanitärbereich gleichwertige Ausbildung gemäss Art. 29 Abs. 2 WVR verfüge (E. 10 des angefochtenen Entscheids). Die von der EG Ringgenberg festgelegten Bewilligungsvoraussetzungen seien zumutbar, geeignet und erforderlich, um sicherzustellen, dass die betroffene Person mit der ihr übertragenen Verantwortung umgehen könne (E. 11 des angefochtenen Entscheids).

3.

Der Beschwerdeführer rügt vorab, die Verweigerung der Bewilligung verstosse gegen das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02). Er verfüge über Installationsbewilligungen mehrerer Gemeinden mit gleichwertigen Zulassungsvoraussetzungen und habe somit Anspruch darauf, auch in Ringgenberg entsprechende Arbeiten durchführen zu dürfen.

3.1 Gemäss Art. 2 Abs. 1 BGBM hat jede Person das Recht, Waren, Dienstleistungen und Arbeitsleistungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz anzubieten, soweit die Ausübung der betreffenden Erwerbstätigkeit im Kanton oder der Gemeinde ihrer Niederlassung oder ihres Sitzes zulässig ist (vgl. auch Art. 2 Abs. 3 Satz 1 BGBM); Wer eine Erwerbstätigkeit rechtmässig ausübt, kann sich demnach grundsätzlich auf dem gesamten Gebiet der Schweiz niederlassen und die Tätigkeit nach den Vorschriften des Orts der Erstniederlassung ausüben (Art. 2 Abs. 4 Satz 1 BGBM). Dabei gelten die kantonalen bzw. kommunalen Marktzugangsordnungen als gleichwertig (Art. 2 Abs. 5 BGBM). Diese (widerlegbare) Vermutung stellt einen eigentlichen Eckpfeiler eines wirksamen Binnenmarkts dar (BGE 135 II 12 E. 2.1; BGer 2C_57/2011 vom 3.5.2011, in ZBI 2011 S. 660 E. 3.1, je mit Hinweis). Art. 3 BGBM bestimmt zudem, dass ortsfremden Personen der freie Marktzugang nicht verweigert werden darf; Beschränkungen sind in der Form von Auflagen oder Bedingungen auszugestalten, wobei sie nur zulässig sind, sofern sie gleichermaßen auch für Ortsansässige gelten, zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig sind (Abs. 1). Nicht verhältnismässig sind Beschränkungen insbesondere dann, wenn der hinreichende Schutz überwiegender öffentlicher Interessen bereits durch die Vorschriften des Herkunftsorts erreicht wird (Abs. 2 Bst. a) oder durch die praktische Tätigkeit gewährleistet werden kann, welche die Anbieterin oder der Anbieter am Herkunftsort ausgeübt hat (Abs. 2 Bst. d). Da grundsätzlich ein Bewilligungsanspruch besteht, obliegt es dem Gemeinwesen am Bestimmungsort, welches den freien Marktzugang beschränkt, nachzuweisen, dass die Voraussetzungen dafür erfüllt sind (BGer 2C_57/2011 vom 3.5.2011, in ZBI 2011 S. 660 E. 3.3).

3.2 Der Beschwerdeführer verfügt unbestrittenermassen in mehreren Wasserversorgungsgebieten über Installationsbewilligungen; neben der Gemeinde C, wo er seine Einzelunternehmung führt (vgl. Vorakten [act. 3A], Beilage 10 zur Beschwerde), ist er unter anderem in den Versorgungsgebieten von Thun, Ostermundigen und Interlaken zugelassen, die zudem alle wesentlich grösser

sind als jenes der Wasserversorgung Ringgenberg. Bei diesen Gegebenheiten ist es aufgrund der Vermutung von Art. 2 Abs. 5 BGBM Sache der EG Ringgenberg, den Nachweis zu erbringen, dass die Zugangsvorschriften der betreffenden Gemeinden nicht gleichwertig sind. Solange diese Vermutung nicht umgestossen wird, ist gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. a BGBM auch der Schutz öffentlicher Interessen hinreichend gewährleistet und bleibt für eine zusätzliche Prüfung von Eignungskriterien kein Raum (BGE1351112 E. 2.4). BGE 103 Ia 594, auf den die Vorinstanz die vermeintliche Zulässigkeit eigener Marktzugangsbeschränkungen der EG Ringgenberg abgestützt hat, ist aufgrund der veränderten Rechtslage seit Inkrafttreten des BGBM überholt (BGer 2C_57/2011 vom 3.5.2011, in ZBI 2011 S. 660 E. 3.4).

3.3 Die EG Ringgenberg vermag die Vermutung, dass die Marktzugangsordnungen der Gemeinden, in denen der Beschwerdeführer bereits installationsberechtigt ist, zu ihrer eigenen gleichwertig sind, nicht umzustossen; zu Recht bestreitet sie die Gleichwertigkeit gar nicht ernsthaft: Die EG Ostermundigen umschreibt die „ausreichende berufliche Qualifikation“, welche die Erteilung einer Installationsbewilligung voraussetzt, genau gleich wie Art. 29 Abs. 2 WVR und verlangt „insbesondere ein eidgenössisches Diplom im Sanitärbereich oder eine gleichwertige Ausbildung“ (vgl. Art. 29 Abs. 2 des Wasserversorgungsreglements vom 16. Februar 2006). Die Gemeinden Thun, Interlaken und C orientieren sich ihrerseits an den Normen des SVGW, der eidgenössischen Fachorganisation der Gas- und Wasserversorgungsunternehmen (vgl. Art. 45 des Wasserversorgungsreglements der Energie Thun AG vom 7. Dezember 2012 und Art. 31 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Industriellen Betriebe Interlaken [IBI] vom 1. Januar 2010). Der SVGW hat im Jahr 2007 ein Reglement zur Erteilung der Installationsberechtigung an Personen, die Installationsarbeiten an Haustechnikanlagen für Trinkwasser ausführen (GW 101), herausgegeben, das die Zertifizierung der Fachkundigkeit von Spezialisten im Fachbereich Wasser detailliert regelt (Vorakten [act. 3A], Beilage 3 zur Beschwerde). Wer eine Zertifizierung des SVGW für entsprechende Installationsarbeiten beantragt, muss seine Fachkenntnis nachweisen, d.h. er muss über eine den jeweiligen Tätigkeitsbereichen angemessene Grundausbildung und Berufserfahrung besitzen, das nötige Fachwissen beherrschen und über die erforderlichen Weiterbildungen verfügen (Ziff. 2.1.1 und 3.1 GW 101). Die Anforderungen an die berufliche Weiterbildung richten sich dabei weitgehend nach den Prüfungsordnungen und Wegleitungen für den Erwerb des eidgenössischen Fachausweises bzw. des eidgenössischen Diploms im Sanitärgewerbe (Ziff. 4.1.2 GW 101). Wenn die Marktzugangsordnungen der genannten Gemeinden auf die Normen des SVGW verweisen, setzen sie das Erfüllen der Anforderungen jenes Regelwerks der eidgenössischen Fachorganisation voraus, das gerade dem Nachweis dient, dass Personen über die nötige Fachkunde für Installationsarbeiten an Haustechnikanlagen für Trinkwasser verfügen (Ziff. 1.1 GW 101). Damit verlangen auch die Gemeinden Thun Interlaken und C eine „ausreichende berufliche Qualifikation“ im Sinn von Art. 29 Abs. 2 WVR, weshalb der Marktzugang dort einer Regelung unterworfen ist, die mit jener der EG Ringgenberg gleichwertig ist.

3.4 Im Übrigen hat die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid ausdrücklich anerkannt, dass der Beschwerdeführer über langjährige einschlägige Berufserfahrung verfügt. Gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM sind Beschränkungen des Marktzugangs dann nicht verhältnismässig, wenn der hinreichende Schutz überwiegender öffentlicher Interessen durch die praktische Tätigkeit gewährleistet werden kann, welche die Anbieterin oder der Anbieter am Herkunftsort ausgeübt hat. Dieser Regelung liegt die Einschätzung des Bundesgesetzgebers zugrunde, dass eine einwandfreie Berufsausübung während dreier Jahre für eine Zulassung ausreichen kann, selbst wenn kein gleichwertiges Diplom vorliegt (vgl. die Botschaft des Bundesrats vom 24.11.2004 über die Änderung des Binnenmarktgesetzes, in BBI 2005 S. 486). Sollte hier - mit Blick auf die unbestrittenermassen anspruchsvolle und verantwortungsvolle Tätigkeit der Installation von Trinkwasseranlagen - für die Bewilligungserteilung eine längere Berufserfahrung verlangt werden dürfen, wäre die ausreichende Befähigung des Beschwerdeführers dennoch offensichtlich: Er ist inzwischen seit mehr als acht Jahren in der EG Interlaken zur selbständigen Installation von Hausanschlüssen und Hausinstallationen zugelassen (vgl. Beschwerdebeilage 6), führt seit 15 Jahren einen eigenen Sanitärbetrieb und verfügt insgesamt über fast 25 Jahre Berufserfahrung (vgl. vorne E. 2.2). Der Beschwerdeführer hätte deshalb selbst dann Anspruch auf Erteilung einer Installationsbewilligung der EG Ringgenberg, wenn er nicht über Bewilligungen von Gemeinden mit gleichwertigen Marktzugangsordnungen verfügen würde. Zudem ist er seit dem 31. März 2010 in das Register eingetragen, in dem der SVGW jene Personen zentral erfasst, die fachkundig und damit berechtigt sind, Installationen von Haustechnikanlagen durchzuführen (Schreiben des SVGW vom 31.3.2010 [Beschwerdebeilage 7]; vgl. auch <www.svgw.ch>, Rubriken „Fachbereich Wasser/Prüfen und Zertifizieren/Personen“).

3.5 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer gestützt auf Art. 2 und 3 BGBM grundsätzlich Anspruch auf Erteilung einer Installationsbewilligung der EG Ringgenberg gemäss Art. 29 WVR hat.

4.

Eine Verweigerung oder Einschränkung der Installationsbewilligung kommt nach dem Gesagten nur in Frage, wenn der Beschwerdeführer keine Gewähr für eine korrekte Erfüllung der Aufgabe bietet. Mit Blick auf die Gleichwertigkeit der Marktzugangsregelungen darf seine Befähigung zwar nicht, einem neuerlichen Zulassungsverfahren gleich, abermals individuell überprüft werden. Bestehen aber konkrete Anhaltspunkte dafür, dass er die Voraussetzungen für die seinerzeitige Marktzulassung am Herkunftsort gar nie erfüllt hat oder sie zwischenzeitlich nicht mehr erfüllt, ist die Verweigerung des Marktzugangs durch die EG Ringgenberg nicht unverhältnismässig (vgl. Art. 3 Abs. 2 Bst. a BGBM; BGer 2C_57/2010 vom 4.12.2010, E. 4.1; BGE 135 II 12 E. 2.4).

4.1 Diesbezüglich macht die EG Ringgenberg zunächst geltend, der Beschwerdeführer sei wohl irrtümlich in das Berufsregister des SVGW eingetragen worden, zumal das von ihm erlangte Zertifikat „Installationsrichtlinien

Trinkwasser“ nach dem Regelwerk GW 101 nicht zur Ausführung von Installationsarbeiten, sondern nur von Instandhaltungsarbeiten berechtigt. Demnach hätten ihm auch die IBI, denen die Wasserversorgung in Interlaken, Unterseen und Matten obliege, keine Bewilligung erteilen dürfen (Art. 11 und 13 der Beschwerdeantwort). Es mag zwar zutreffen, dass der vom Beschwerdeführer besuchte Kurs „Installationsrichtlinien Trinkwasser“ bloss zur fachgerechten Ausführung von Instandhaltungsarbeiten befähigen soll (vgl. <<http://www.svgw.ch>>, Rubriken „Aus- und Weiterbildung/Kurse/Wasser“). Im vorinstanzlichen Verfahren haben die IBI jedoch erklärt, sie hätten den Beschwerdeführer gestützt auf das Zertifikat „Installationsrichtlinien Trinkwasser“ und die langjährige Berufserfahrung als genügend befähigt erachtet, um Neuinstallationen vorzunehmen (Schreiben vom 25.3.2011; Vorakten [act.3A], Beilagen der EG Ringgenberg, pag. 19). Zuvor hatte bereits der SVGW gegenüber der EG Ringgenberg ausdrücklich bestätigt, dass der Beschwerdeführer zu Recht in das zentrale Register der zertifizierten Personen aufgenommen worden sei. Gemäss den einschlägigen Übergangsbestimmungen könnten Personen eingetragen werden, die über eine allgemeine Installationsbewilligung verfügen; damit werde stillschweigend vorausgesetzt, dass sie über längere Zeit Installationsarbeiten ausgeführt haben, die von der zuständigen Kontrollbehörde für gut befunden worden seien. Der Beschwerdeführer habe „über zehn Jahre“ lang im Versorgungsgebiet der IBI entsprechende Arbeiten zufriedenstellend ausgeführt (Schreiben vom 24.8.2010; Vorakten [act. 3A], Beilagen der EG Ringgenberg, pag. 32). Mithin kann von einem versehentlichen Registereintrag bzw. einer fehlerbehafteten Bewilligungserteilung keine Rede sein.

4.2 Weiter zieht die EG Ringgenberg die Zuverlässigkeit des Beschwerdeführers in Zweifel, sei dieser doch mehrmals ohne Bewilligung auf ihrem Versorgungsgebiet tätig geworden bzw. habe die von ihm vorgenommenen Arbeiten nicht ordnungsgemäss den Gemeindebehörden gemeldet. Die Nichterteilung der Installationsbewilligung dürfte denn auch weniger auf Bedenken hinsichtlich der fachlichen Kompetenz des Beschwerdeführers beruhen als auf den Umstand zurückgehen, dass es im Zusammenhang mit Arbeiten, die jener auf dem Gebiet der EG Ringgenberg vorgenommen hat, zu Spannungen zwischen ihm und den zuständigen Gemeindebehörden gekommen ist. Jedenfalls erteilte die EG Ringgenberg im Februar 2009 - und damit relativ kurz vor der abschlägigen Beurteilung des Gesuchs des Beschwerdeführers (vgl. vorne Bst. A) - einem Sanitärinstallateur eine Installationsbewilligung, der über dieselbe Ausbildung wie der Beschwerdeführer verfügt und damit die (nachträglich formulierten) Kriterien für eine „gleichwertige Ausbildung“ (vgl. vorne E. 2.3) ebenfalls nicht erfüllt. Diese unterschiedliche Handhabung von Art. 29 Abs. 2 WVR sucht die Beschwerdegegnerin mit dem Argument zu rechtfertigen, anders als der Beschwerdeführer sei der Betroffene seinen administrativen Verpflichtungen stets nachgekommen (Vorakten [act. 3A], pag. 17 f.). Ob der Beschwerdeführer unter diesen Umständen - wie er behauptet - unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten (vgl. Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung [BV; SR 101] bzw. Art. 10 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Bern [KV; BSG 101.1]) Anspruch auf Ertei-

lung einer Installationsbewilligung gemäss Art. 29 Abs. 2 WVR hätte, kann mit Blick auf die nachfolgenden Erwägungen offen bleiben.

4.2.1 Zu den angeblichen Pflichtverstössen des Beschwerdeführers lässt sich den Akten Folgendes entnehmen (vgl. zum Ganzen auch das Protokoll der Instruktionsverhandlung vom 5.5.2011; Vorakten [act. 3A], pag. 37 ff.): Am 27. April 2006 meldete dieser die Installation einer Wärmepumpe in einer Liegenschaft in Ringgenberg an und ersuchte zugleich ein erstes Mal um Erteilung einer ständigen Installationsbewilligung für Hausanschlussleitungen und Hausinstallationen (Vorakten [act. 3A], Beilagen der EG Ringgenberg, pag. 1 f.). Am 22. Mai 2006 wurde ihm eröffnet, es könne keine allgemeine Bewilligung erteilt werden, da er weder über ein eidgenössisches Diplom im Sanitärbereich noch über eine gleichwertige Ausbildung gemäss Art. 29 Abs. 2 WVR verfüge. Ausnahmsweise werde ihm eine „Objektkonzession“ für die Installation der Wärmepumpe erteilt.

Er müsse aber von Fall zu Fall wiederum ein Gesuch stellen (Vorakten [act. 3A], Beilagen der EG Ringgenberg, pag. 3). In der Folge beanstandete die EG Ringgenberg am 17. Dezember 2007, dass der Beschwerdeführer „wiederum“ Installationen an einer Liegenschaft vornehme, ohne im Besitz einer Bewilligung zu sein (Vorakten [act. 3A], Beilagen der EG Ringgenberg, pag. 4). Der Beschwerdeführer entgegnete darauf, er selber habe bloss eine Heizung installiert, was nicht bewilligungspflichtig sei; die Sanitärarbeiten würden durch ein anderes Unternehmen ausgeführt. Im Übrigen verfüge er über die allgemeine Installationsbewilligung der IBI und habe beim SVGW die Prüfung „Installationsrichtlinien Trinkwasser“ abgelegt, was ihn zum Erstellen von Hausinstallationen berechtige (Vorakten [act. 3A], Beilagen der EG Ringgenberg, pag. 5). Am 25. Februar 2010 monierte die EG Ringgenberg, dass der Beschwerdeführer an einem Doppeleinfamilienhaus unberechtigterweise bewilligungspflichtige Neuinstallationen vornehme. Der Kurs „Installationsrichtlinien Trinkwasser“ berechtige laut dem Regelwerk GW 101 bloss zum Ausführen von Instandhaltungsarbeiten. Der Beschwerdeführer habe unverzüglich ein „Objektkonzessionsgesuch“ einzureichen und dies in Zukunft jeweils unaufgefordert zu tun (Vorakten [act. 3A], Beilagen der EG Ringgenberg, pag. 10). Das entsprechende Gesuch vom 4. März 2010 wurde abschliessend abschlägig beurteilt, „wahrscheinlich in erster Linie, um einmal ein Exempel zu statuieren“, wie einem Auszug aus dem Protokoll der Gemeinderatssitzung vom 6. April 2010 zu entnehmen ist. Die Aufsicht über die betreffenden Installationsarbeiten wurden daraufhin von einem konzessionierten Unternehmen übernommen (Vorakten [act. 3A], Beilagen der EG Ringgenberg, pag. 12 ff.). Schliesslich wurde der Beschwerdeführer mit Schreiben der EG Ringgenberg vom 7. Juli 2010 unter Bussenandrohung verwarnet, weil er beim Umbau eines Einfamilienhauses erst nach Beginn der Installationsarbeiten um Erteilung einer „Objektkonzession“ ersucht habe. Diese wurde ihm zwar nachträglich erteilt, aber mit der Aufforderung verbunden, eine Installations- und Fertigstellungsanzeige eines konzessionierten Unternehmens einzureichen. Damit zeigte sich der Beschwerdeführer nicht einverstanden; er verlangte am 12. August 2010 von der EG Ringgenberg die Erteilung

einer Installationsbewilligung und den Rückzug der Verwarnung (Vorakten [act. 3A], Beilagen der EG Ringgenberg, pag. 17, 19 f.).

4.2.2 Der Beschwerdeführer bestreitet, mit seinem Verhalten Pflichten verletzt zu haben, und macht geltend, die Erfüllung administrativer Verpflichtungen stelle keine Zulassungsvoraussetzung dar. In der Tat enthält weder das kantonale noch das kommunale Recht eine Bestimmung, welche die Erteilung der Installationsbewilligung von anderen als von fachlichen Eigenschaften abhängig machen würde. Ob es deswegen unzulässig wäre, dem Beschwerdeführer die streitige Bewilligung zu verweigern, weil er seine administrativen Pflichten gegenüber der Gemeinde verletzt hat, ist fraglich, braucht aber nicht abschliessend entschieden zu werden. Selbst dort, wo die Regelung des Marktzugangs explizit auch auf persönliche Eigenschaften wie etwa die Vertrauenswürdigkeit der betroffenen Person abstellt, bedarf es mehr als bloss geringfügiger Verfehlungen, damit eine Bewilligung verweigert werden kann (vgl. BGER 2C_57/2010 vom 4.12.2010, E. 5.3). Umso weniger können vorliegend bereits geringfügige Unzulänglichkeiten eine Nichterteilung der streitigen Installationsbewilligung rechtfertigen. Gravierendes Fehlverhalten des Beschwerdeführers ist indes nicht erstellt: Zum einen hat es die EG Ringgenberg unterlassen, ihre Vorwürfe - obschon diese vom Beschwerdeführer weitgehend bestritten wurden - auf Sachverhaltserhebungen abzustützen. Weiter ist es ihr weder im vorinstanzlichen Verfahren, in dem eigens eine Instruktionsverhandlung durchgeführt wurde, noch vor Verwaltungsgericht gelungen, die behaupteten Pflichtverstösse des Beschwerdeführers näher zu substantiieren und zu belegen; aus diesem Grund verspricht eine Parteibefragung in dieser Hinsicht keine weiteren Erkenntnisse. Der Antrag auf Parteibefragung wird abgewiesen (zur antizipierten Beweiswürdigung etwa BVR 2011 S. 97 E. 4.2.1 mit Hinweisen). Zum andern steht ohnehin kein gewichtiges Fehlverhalten des Beschwerdeführers zur Diskussion: Bezüglich des ersten Vorfalles aus dem Jahr 2006 ist unklar, inwieweit überhaupt ein Versäumnis vorliegen soll. Der Beschwerdeführer hat von sich aus ein Gesuch um Erteilung der Installationsbewilligung eingereicht, wobei sich aus den Akten keine Hinweise darauf ergeben, dass er mit den fraglichen Arbeiten bereits begonnen hätte, bevor ihm die EG Ringgenberg die „Objektkonzession“ erteilte. Zudem macht der Beschwerdeführer geltend, für die Installation einer Wärmepumpe sei gar keine Installationsbewilligung erforderlich; hierzu hat sich die Beschwerdegegnerin auch im Lauf des Beschwerdeverfahrens nicht geäussert, sondern bloss auf die (nicht den Beschwerdeführer als Installateur treffende) Baubewilligungspflicht hingewiesen (vgl. Beschwerdeantwort S. 4 f.). Bezüglich des zweiten angeblichen Pflichtverstosses im Dezember 2007 ist ebenfalls streitig und ungeklärt, ob die ausgeführten Arbeiten eine Installationsbewilligung voraussetzen (vgl. vorne E. 4.2.1). Damit ist letztlich bloss erstellt, dass der Beschwerdeführer im Jahr 2010 zweimal Arbeiten angefangen hat, bevor er um eine „Objektkonzession“ ersucht hat; weil ihm eine solche zuvor jeweils erteilt worden ist, kann insoweit nicht ohne weiteres angenommen werden, er habe sich mit seinem Verhalten über die reglementarische Bewilligungspflicht hinwegsetzen wollen. Weitere Verfehlungen

des Beschwerdeführers sind nicht dargetan. Insbesondere ist nicht ersichtlich, inwiefern Gebührenforderungen hätten untergehen können, verjähren doch die einmaligen Gebühren gemäss Art. 39 WVR erst zehn, die wiederkehrenden Gebühren fünf Jahre nach Eintritt der Fälligkeit.

4.2.3 Massgeblich ins Gewicht fällt ferner, dass wenig klar ist, welchen konkreten administrativen Pflichten der Beschwerdeführer unterliegen soll. Die EG Ringgenberg scheint dessen Verpflichtung, jeweils vorgängig um eine „Objektkonzession“ zu ersuchen, auf Art. 29 WVR abzustützen (vgl. Beschwerdeantwort S. 4). Diese Bestimmung regelt indes die (ständige) Installationsbewilligung. Eine reglementarische Grundlage für „Objektkonzessionen“ oder Einzelbewilligungen kann darin nicht erblickt werden. Vielmehr ist die (ständige) Bewilligung - und nicht etwa nur eine solche im Einzelfall - dann zu erteilen, wenn die persönlichen und fachlichen Anforderungen dafür erfüllt sind. Laut dem Kommentar zum Musterreglement soll die Bewilligungspflicht sodann gewährleisten, dass gebührenpflichtige Änderungen „unverzüglich und ohne Aufforderung“ der zuständigen Gemeindebehörde gemeldet werden (vgl. vorne E. 2.1). Zwar kann das Musterreglement und der zugehörige Kommentar zur Auslegung des kommunalen Rechts beigezogen werden (BVR 2004 S. 117 E. 3e; vgl. auch BVR 2006 S. 508 E. 4.3.2); aus der zitierten Umschreibung der Zielsetzung der Bewilligungspflicht lassen sich aber kaum einzelne, klar umrissene Verpflichtungen des Beschwerdeführers ableiten. Dies umso weniger, als weder das WVR noch das Musterreglement eine klare Abgrenzung der Verpflichtungen von Grundeigentümerschaft und Installateurinnen und Installateuren vornimmt, was das Einholen der erforderlichen Bewilligungen sowie das Einreichen von Installationsanzeigen und Fertigstellungsmeldungen angeht (vgl. insbes. Art. 11 i.V.m. Art. 2 WVR sowie Art. 11 und Art. 2 des Musterreglements und S. 25 und 29 des zugehörigen Kommentars).

4.2.4 Zusammenfassend vermag das dem Beschwerdeführer vorgeworfene Fehlverhalten eine Verweigerung der Installationsbewilligung wegen mangelnder Zuverlässigkeit, namentlich auch mit Blick auf die wenig klaren reglementarischen Verpflichtungen, nicht zu rechtfertigen. In diesem Zusammenhang ist schliesslich noch zu bemerken, dass sich die Zusammenarbeit mit den IBI, für die der Beschwerdeführer bereits seit 2004 Installationsarbeiten erledigt, offenbar problemlos gestaltet; die IBI haben diesem jedenfalls „qualitativ sehr gute Arbeit“ attestiert und ausdrücklich erklärt, er habe ihre „Anforderungen [...] stets eingehalten“ (vgl. Schreiben vom 25.3.2011; Vorakten [act. 3A], pag. 19). Auch in den anderen Gemeinden, in denen der Beschwerdeführer Installationen vornimmt, liegen offenbar keine Beanstandungen vor.

4.3 Nach dem Gesagten hat der Beschwerdeführer Anspruch auf Erteilung einer ständigen Installationsbewilligung für Hausanschlüsse in der EG Ringgenberg.

5.

5.1 Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen, soweit darauf eingetreten wird. Der angefochtene Entscheid ist aufzuheben und die EG Ringgenberg anzuweisen, dem Beschwerdeführer eine Installationsbewilligung für

Hausanschlussleitungen und Hausinstallationen im Versorgungsgebiet der Wasserversorgung Ringgenberg zu erteilen. Das teilweise Nichteintreten auf die Beschwerde (E. 1.2) rechtfertigt keine Kostenausscheidung, weshalb keine Verfahrenskosten zu erheben sind (Art. 108 Abs. 1 und 2 VRPG) und die EG Ringgenberg zu verpflichten ist, dem obsiegenden Beschwerdeführer die Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG). Die Kostennote von dessen Rechtsvertreterin gibt zu keinen Bemerkungen Anlass.

5.2 [Parteientschädigung]

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird, und der Entscheid des Regierungsstatthalteramts Interlaken-Oberhasli vom 10. Februar 2012 wird aufgehoben. Die Einwoh-

nergemeinde Ringgenberg wird angewiesen, dem Beschwerdeführer die Installationsbewilligung für Hausanschlussleitungen und Hausinstallationen im Versorgungsgebiet der Wasserversorgung Ringgenberg zu erteilen.

2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. [Parteientschädigung]

Zu eröffnen:

- dem Beschwerdeführer
- der Einwohnergemeinde Ringgenberg - dem Regierungsstatthalteramt Interlaken-Oberhasli
- der Eidgenössischen Wettbewerbskommission

[Rechtsmittelbelehrung]

C Zivilrechtliche Praxis Pratique des tribunaux civils Prassi dei tribunali civili

C 1 Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali

C 1	1. Urteil vom 23. August 2013 der II. Zivilabteilung Obergericht Kanton Zug betreffend Kartellrecht, Vertragsverletzung, etc.
-----	--

Urteil vom 23. August 2013 der II. Zivilabteilung des Obergerichts Kanton Zug (Z2 2001 13) in Sachen Garage Walter Zimmermann AG in Hagendorn, vertreten durch [...], Klägerin, gegen Auto Wild AG Kriens, in Kriens, vertreten durch [...], Beklagte, betreffend Kartellrecht, Vertragsverletzung etc.

Rechtsbegehren

Klägerin

- „1. Die Beklagte sei zu verpflichten, den zwischen ihr und der Klägerin bestehenden Renault-Servicehändlervertrag zu erfüllen.
2. Die Beklagte sei mithin in Gutheissung von Ziff. 1 hiervor zu verpflichten, der Klägerin als Renault-Servicehändler
 - a) den Zugang zum RenaultNet freizuschalten;
 - b) die zur Ausführung von Wartungs- und Instandsetzungsdienstleistungen (inkl. Garantiearbeiten) für Renault-Kunden erforderlichen Originalersatzteile (oder qualitativ gleichwertige Ersatzteile) zu den Konditionen eines Renault-Servicehändlers zu liefern; und
 - c) die Verwendung der Renault-Identifikationselemente (Signalisation, Renault-Markenzeichen, Renault-Handelsname, etc.) zu gestatten.
3. Eventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, mit der Klägerin rückwirkend per 25. Januar 2011 einen Renault-Servicehändlervertrag abzuschliessen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten.“

Beklagte

- „1. Die Klage sei abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin.“

Sachverhalt

1. Die Automobile der Marke Renault werden in der Schweiz über ein sog. Selektives Vertriebssystem vertrieben, welches zweistufig organisiert ist. Die Importeurin Renault Suisse SA unterhält dabei nur mit

insgesamt elf sog. Primärnetzpartnern, welche als sog. Haupt- oder als sog. Regionalhändler fungieren, direkte vertriebsvertragliche Beziehungen. Diese Primärnetzpartner haben ihrerseits mit weiteren Garagen, welche bestimmte Selektionskriterien erfüllen müssen, sog. Sekundärnetzverträge abgeschlossen.

2.1 Die Garage Walter Zimmermann AG (nachfolgend: Klägerin) betreibt in Hagendorn im Kanton Zug eine Autogarage, in welcher sie mit Autos der Marken Renault und Volvo handelt und diese repariert. Seit 30 Jahren ist sie mittels vertraglicher Beziehungen zur Auto Wild AG Kriens (nachfolgend: Beklagte), welche ihrerseits den Statuts einer Renault-Regionalhändlerin innehat, an das Renault-Händlernetz angeschlossen. Zuletzt bestand zwischen den Parteien seit dem 22. Dezember 2006 ein sog. Provisionierter Händlervertrag.

2.2 Mit Schreiben vom 24. September 2008 kündigte die Beklagte den provisionierten Händlervertrag mit der Klägerin vom 22. Dezember 2006 per 30. September 2010. Nachdem die Renault Suisse AG mit E-Mails vom 2. März 2009 eine Anfrage der Klägerin betreffend mitfinanzierung eines Bauprojektes unter Hinweis auf das Auslaufen des provisionierten Händlervertrags zwischen den Parteien abschlägig beantwortet hatte, teilte die Klägerin der Renault Suisse AG mit Schreiben vom 30. März 2009 mit, die Kündigung des provisionierten Händlervertrags zwischen den Parteien ändere nichts daran, dass sie „wie bis anhin auch nach dem 30. September 2010 legitimiert [sei], für [ihre] Renault-Kunden Wartungs- und Instandsetzungsdienstleistungen auszuführen.“ Dieses Schreiben blieb sowohl seitens der Renault Suisse SA als auch seitens der Beklagten, welcher die Klägerin eine Kopie hatte zukommen lassen, unbeantwortet. Rund eineinhalb Jahre später, am 15. September 2010, wandte sich die Klägerin unter Bezugnahme auf die Kündigung des provisionierten Händlervertrags vom 24. September 2008 sowie auf ihr vorerwähntes Schreiben vom 30. März 2009 mit einem weiteren Schreiben erneut an die Renault Suisse SA. Darin machte sie im Wesentlichen wiederum geltend, sie sei auch nach Ablauf des provisionierten Händlervertrags weiterhin berechtigt, für Renault-Kunden zu den bisherigen Konditionen Wartungs- und Instandsetzungsdienstleistungen zu erbringen, wobei sie sich auf Ziffer 17 der Erläuterungen

der Wettbewerbskommission zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel stützte. Weiter erklärte sie, ohne anderslautenden Gegenbericht der Renault Suisse SA bis am 24. September 2010 gehen sie davon aus, dass diese sich damit einverstanden erkläre. Eine Kopie dieses Schreibens liess die Klägerin auch der Beklagten zukommen. Diese reagierte daraufhin ihrerseits mit Antwortschreiben vom 23. September 2010. Darin stellte sie sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, die Klägerin sei zwar, wie jedermann, weiterhin berechtigt, mit Service- und Reparaturarbeiten an Renault-Fahrzeugen fortzufahren, jedoch verfallende dann der Garantieanspruch der betroffenen Kunden. Weiter stellte sie in Aussicht, den seitens der Klägerin geltend gemachten Anspruch auf Abschluss eines „Servicevertrags“ zu prüfen, erklärte indes, sie benötige hierzu eine Bewerbung der Klägerin als „Renault Servicestelle“ in Form eines Businessplans. Weiter hielt sie fest, dass sie nicht bestätigen könne, dass die Klägerin die Standards für den „Servicehändlervertrag“ erfülle, weshalb sie vorschläge, dass ein Audit durchgeführt werde.

2.3 In der Folge gelangte die Klägerin am 28. September 2010 mit einem Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen an das Amtsgericht Luzern-Land, wobei sie im Wesentlichen den Erlass von Massnahmen zur Aufrechterhaltung des bisherigen Zustandes beantragte. Nachdem das angerufene Amtsgericht Luzern-Land die Begehren der Klägerin zunächst superprovisorisch geschützt hatte, wies es das Massnahmegesuch am 9. November 2010 vollumfänglich ab, welchen Entscheid das Obergericht des Kantons Luzern am 11. Januar 2011 letztinstanzlich bestätigte.

2.4 Während der Rechtshängigkeit ihres Massnahmegesuchs vom 28. September 2010 bewarb sich die Klägerin sodann mit zwei separaten Schreiben vom 18. November 2010 sowohl bei der Beklagten als auch direkt bei der Renault Suisse SA um den Abschluss eines sog. Servicehändlervertrags. Mit Schreiben vom 28. Januar 2011 lehnte die Beklagte die Bewerbung der Klägerin um Abschluss eines Servicehändlervertrags ab. Gleichentags teilte die Renault Suisse SA der Klägerin schriftlich mit, dass sie selbst keine Verträge an die Händler der zweiten Vertriebsstufe verbe. Bereits am Vortag hatte sie die Renault-Kunden der Klägerin brieflich darüber informiert, dass das Vertragsverhältnis mit der Klägerin per 25. Januar 2011 aufgelöst worden sei und diese somit nicht mehr dem Renault Händlernetz angehöre.

2.5 Mit Eingabe vom 10. Februar 2011 stellte die Klägerin beim Obergericht des Kantons Zug ein Gesuch um Erlass superprovisorischer und vorsorglicher Massnahmen gegen die Beklagte, in welchem sie inhaltlich weitgehend dieselben Anträge stellte wie in dem am 28. September 2010 beim Amtsgericht Luzern-Land eingeleiteten Massnahmeverfahren. Nachdem ihr Begehren um Erlass superprovisorischer Massnahmen am 14. Februar 2011 abgewiesen worden war, zog sie ihr Massnahmegesuch am 28. Februar 2011 zurück, worauf das entsprechende Verfahren (Z2 2011 7) am 18. März 2011 als erledigt am Protokoll abgeschrieben wurde.

3.1 Am 22. Februar 2011 erhob die Klägerin beim Obergericht des Kantons Zug Klage gegen die Beklagte und stellte die eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren.

3.2 In ihrer Klageantwort vom 23. Mai 2011 trug die Beklagte – wie eingangs ebenfalls erwähnt – auf kostenfällige Abweisung der Klage an.

3.3 Im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels hielten die Parteien – die Klägerin mit Replik vom 8. Juli 2011, die Beklagte mit Duplik vom 22. September 2011 – an ihren Begehren fest.

3.4 Auf die Ausführungen der Parteien in ihren Rechtsschriften wird – soweit entscheidrelevant – in den nachfolgenden Erwägungen Bezug genommen.

4. am 21. März 2012 wurde eine Instruktionenverhandlung mit persönlicher Befragung der Parteien durchgeführt.

5. An der Hauptverhandlung vom 10. April 2013 beharrten die Parteien auf ihren Standpunkten und hielten an ihren Anträgen fest.

Erwägungen

1. Die Klägerin stützt ihre gegenüber der Beklagten geltend gemachten Ansprüche auf Weiterführung des bisherigen Vertragsverhältnisses bzw. Abschluss eines neuen Vertrags im Wesentlichen auf kartellrechtliche Grundlagen. Da sie als angeblich geschädigte Person ihren Sitz im Kanton Zug hat, ist das angerufene Obergericht Zug gestützt auf Art. 36 ZPO örtlich und gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. B ZPO i.V.m. § 19 Bst. a GOG sachlich als einzige kantonale Instanz zur Beurteilung der vorliegenden Klage zuständig. Die funktionelle Zuständigkeit der II. Zivilabteilung des Obergerichts ergibt sich sodann aus § 5 Abs. 2 der Geschäftsordnung des Obergerichts vom 1. Oktober 2010. Soweit die Klägerin ihre Ansprüche aus dem bisherigen Vertragsverhältnis, dem provisionierten Händlervertrag vom 22. Dezember 2006, herleitet, käme allenfalls der dort in art. 17.4 vereinbarte ausschliessliche Gerichtsstand des sachlich zuständigen Handelsgerichts am Sitz des Partners der Netzstufe 1, d.h. vorliegend das sachlich zuständige Gericht des Kantons Luzern, in Betracht. Allein, nachdem sich die Beklagte im Sinne von Art. 18 ZPO auf den vorliegenden Prozess eingelassen hat, ist die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Obergerichts Zug ohne Weiteres auch insoweit begründet. Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen gegeben sind, steht dem Eintreten auf die Klage nichts entgegen (Art. 59 ZPO).

2. Die Klägerin stellt sich zunächst auf den Standpunkt, zwischen den Parteien bestehe zurzeit ein sog. „Renault-Servicehändlervertrag“, und verlangt mit ihrem Hauptantrag, die Beklagte sei zu verpflichten, diesen Vertrag zu erfüllen. Sie wirft der Beklagten vor, gegen das Kartellrecht (Art. 5 Abs. 1 und 4 sowie Art. 7 KG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 und 2 KG) sowie gegen die Bestimmungen des UWG zu verstossen, indem diese ihr zu Unrecht die „Weiter- bzw. Fortführung der Geschäftsbeziehung“ verweigere. Einerseits habe sie den strittigen Renault-Händlervertrag missbräuchlich gekündigt und andererseits verweigere sie der Klägerin

zu Unrecht bzw. in ungerechtfertigter und diskriminierender Weise den Status einer Renault-Servicehändlerin und die daraus resultierenden Verpflichtungen.

2.1 Die Klägerin führt dazu in ihrer Klageschrift im Wesentlichen aus, die Beklagte sei in der Auto Wild-Gruppe angesiedelt, welche betreffend Renault-Automobile über eine marktbeherrschende Stellung auf dem schweizerischen Markt verfüge, namentlich in der gesamten der Zentralschweiz. Mit Schreiben vom 24. September 2008 habe sie ihr (die Klägerin), nach Absprache mit der Generalimporteurin, den über mehr als 30 Jahre bestehenden Renault-Händlervertrag vom 26. September 2006 per 30. September 2010 gekündigt. Sie, die Klägerin, habe daraufhin mit Schreiben vom 30. März 2009 gegenüber der Beklagten erklärt, dass sie gestützt auf die WEKO-Bekanntmachungen weiterhin unter ihr tätig sein wolle, namentlich werde sie gestützt auf Ziff. 6 Abs. 2 und 17 Abs. 2 der WEKO-Bekanntmachungen weiterhin für Renault-Kunden Wartungs- und Instandsetzungsdienstleistungen (inkl. Garantiarbeiten) im Rahmen der von Renault angebotenen Serviceverträge ausführen. Diesen Willen, „weiterhin unter der Beklagten als Renault-Servicehändler, d.h. ‘zu den bisherigen Konditionen’ für Renault tätig zu sein“, habe sie mit Schreiben vom 15. September 2010 unterstrichen, da sie die seitens der Beklagten vorgegebenen Selektionskriterien erfülle, die sie zur Weiterführung des Servicehändlervertrages berechtigten. Zwischen der Klägerin und der Beklagten bestehe nach wie vor ein „Renault-Servicehändlervertrag“. Zumindest habe dies – wie dem Kundeninformationsschreiben vom 27. Januar 2011 entnommen werden könne – die Beklagte bis zum 25. Januar 2011 zu Recht gleich gesehen. Danach sei die Klägerin berechtigt, in der Eigenschaft als provisionierte Renault-Servicehändlerin Neuwagen der Marke Renault zu verkaufen, Garantiarbeiten sowie jede Art von Instandhaltung- und/oder Wartungsarbeiten an Renault-Automobilen auszuführen sowie die hierfür nötigen Renault-Originalersatzteile über das sogenannte RenaultNet zu vergünstigten Konditionen zu beziehen. Auf die vorerwähnten Schreiben der Klägerin habe die Beklagte damit reagiert, dass sie am 4. Februar 2010 durch den Businessmanager P & A die Umsatzziele für Automobilteile und Zubehör für das ganze Jahr 2010 veranschlagt habe. Des Weiteren habe ein Vertreter der Beklagten am 22. September 2010 die Klägerin besucht, um mit ihr die Massnahmen zwecks Zielerreichung hinsichtlich der Umsatzstatistik Ersatzteile und Zubehör bis 31. Dezember 2010 (und nicht etwa bis 30. September 2010) zu besprechen. Auch habe die Klägerin im Sommer 2010 nach Rücksprache mit der Beklagten die Renault-Winterreifen für die ganze Wintersaison 2010/2011 vorbestellen müssen. Sodann sei die Klägerin am 23. September 2010, d.h. sieben Tage vor der angeblichen Auflösung des Renault-Servicehändlervertrages, aufgefordert worden, ihren Mitarbeiter Niederberger zur Renault-Fachausbildung anzumelden. Einen Tag vor der angeblichen Auflösung des Vertrages habe die Beklagte noch die Anpassung des Garantiestundenansatzes ab Oktober 2010 mitgeteilt. Ferner habe die Klägerin am 23. August 2010 zwei Renault-Fahrzeuge bestellen können, welche erst

im Oktober 2010 (also nach angeblicher Vertragsbeendigung) ausgeliefert werden sollten, obschon ein Nichtrenault-Servicehändler aus dem offiziellen Renault-Händlerkanal nur Fahrzeuge bestellen könne, solange diese mit einer Endkundenbestellung verknüpft seien, was hier nicht der Fall gewesen sei. Die bestellten Fahrzeuge seien im Oktober/November 2010 geliefert worden, und erst noch mit einem Rabatt für Renault-Servicehändler. Im Vertrauen drauf, dass die Beklagte den Renault-Servicehändlervertrag weiterführe, habe sie (die Klägerin) nach dem 30. September 2010 Renault-Kunden betreut, Aufträge entgegengenommen und Neukunden akquiriert. Sie hätte darauf verzichtet, wenn die Beklagte nicht durch ihr konkludentes Verhalten von ihrer Kündigung abgewichen und den bestehenden Vertrag aktiv weitergeführt hätte. Sie habe in gutem Glauben erhebliche Investitionen u.a. in die Ausbildung ihrer Fachmitarbeiter tätigen müssen sowie auf Weisung der Beklagten die Winterreifen für die ganze Saison 2010/11 geordert, um damit letztlich die Zielvorgaben der Beklagten für 2010 und die Folgejahre zu erreichen. Die Beklagte habe die Klägerin zweifellos richtig verstanden, namentlich dass sie basierend auf den WEKO-Bekanntmachungen den Servicevertrag weiterführen wolle. Deshalb, d.h. im Wissen darum, dass der Anspruch der Klägerin begründet gewesen sei, habe die Beklagte den Servicehändlervertrag mit ihr weitergeführt und erst am 25. Januar 2011 plötzlich und einseitig aufgelöst. Durch die am 4. Februar 2011 vorgenommene Sperrung des RenaultNet-Zugangs könne die Klägerin keine Garantiarbeiten mehr ausführen, weder Original-Renault-Ersatzteile zu vergünstigten Konditionen bestellen noch irgendwelche Garantieleistungen abrechnen. Damit verletze die Beklagte den von ihr aus kartellrechtlicher Verpflichtung heraus aktiv weitergeführten Servicehändlervertrag.

2.2 Die Beklagte bestreitet, dass der provisionierte Händlervertrag als Servicehändlervertrag mit der Klägerin weiterbesteht oder ein solcher neu mit ihr konkludent abgeschlossen wurde. Sie habe den bestehenden sogenannten provisionierten Händlervertrag für Fahrzeuge und Ersatzteile der Marke Renault am 24. September 2008 unter Einhaltung einer zweijährigen Kündigungsfrist gemäss Art. 14.1 des Vertrags und Ziff. 17 der Bekanntmachung der Wettbewerbskommission über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel vom 21. Oktober 2002 (kurz: WEKO-Bekanntmachung; act. 1/9) ordentlich auf den 30. September 2010 gekündigt wegen einer Überzahl von Händlern in der Region (Restrukturierung des Netzes / wirtschaftliche Effizienz des Vertriebs in der Region; act. 1/7). Während der laufenden Kündigungsfrist habe die Klägerin keine Bewerbung um einen Servicehändlervertrag im Sinne der WEKO-Erläuterungen zu Ziff. 6 der WEKO-Bekanntmachung unterbreitet. Stattdessen habe sie Renault kurz vor Vertragsablauf mit der einseitigen Ankündigung konfrontiert, dass sie ab 1. Oktober 2010 weiterhin für Renault-Kunden „Wartungs- und Instandsetzungsdienstleistungen zu den bisherigen Konditionen ausführen“ werde. Es sei natürlich zulässig, dass ein Händler oder eine Werkstatt, die dem Renault-Händlernetz nicht angehöre, solche Arbeiten an Renault-Fahrzeugen

ausführe. Arbeiten im Rahmen der Gewährleistung, die Beteiligung an Rückrufaktionen sowie die Erfüllung von Serviceverträgen seien allerdings den Mitgliedern des offiziellen Renault-Netzes, z.B. den Servicehändlern, vorbehalten. Voraussetzung für den Abschluss eines Servicehändlervertrags sei unter anderem die Einhaltung der für alle Servicehändler im Renault-Netz einheitlich geltenden qualitativen Kriterien. Nach der einseitigen Mitteilung der Klägerin habe die Beklagte mit Schreiben vom 23. September 2010 festgehalten, dass für den Abschluss eines Servicehändlervertrages eine Bewerbung erforderlich sei, anhand derer sie wie bei allen anderen Vertragspartnern auf gleicher Stufe die Einhaltung der qualitativen Kriterien prüfen werde. Statt sich daraufhin um den Abschluss eines Servicehändlervertrages zu bemühen, habe die Klägerin am 28. September 2010 ein erstes Massnahmebegehren beim Amtsgericht Luzern-Land eingereicht, mit dem sie schliesslich (auch in zweiter Instanz) gescheitert sei. Erst danach habe sie sich am 18. November 2010 bei der Beklagten um einen Servicehändlervertrag beworben, allerdings erfolglos, weil sie die Selektionskriterien nicht erfüllt habe (act. 1/22). Hinzu komme, dass das Vertrauen der Beklagten in die Klägerin als Vertragspartnerin durch deren Schreiben vom 27. November 2010 (act. 6/6) an deren Renault-Kunden zusätzlich und nachhaltig erschüttert worden sei, sodass eine Wiederaufnahme der Vertragsbeziehungen für die Beklagte unzumutbar sei.

2.3.1 In tatsächlicher Hinsicht ist unstreitig, dass die Beklagte den provisionierten Händlervertrag vom 22. Dezember 2006 mit eingeschriebenem Brief vom 24. September 2008 per Ende September 2010 ordentlich kündigte. Unstreitig ist auch, dass dieses Kündigungsschreiben der Klägerin fristgerecht zuzuging. Die Beklagte beachtete sodann unbestrittenermassen die im Vertrag vorgesehene zweijährige ordentliche Kündigungsfrist ebenso wie das schriftliche Begründungserfordernis (act. 6/12, Art. 14.1). Damit hielt sie sich im Übrigen auch an die Vorgaben der Bestimmungen über die Vertragsauflösung (Ziff. 17) der Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 21. Oktober 2008 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel (im Folgenden: WEKO-Bekanntmachung; vgl. dazu unten Erw. 3.3.1), auf die der Händlervertrag ausdrücklich verweist. Die Klägerin bestreitet zwar heute die Zulässigkeit der Kündigung vom 24. September 2008 bezüglich des provisionierten Händlervertrags (act. 26 Ziff. III/1), indem sie geltend macht, die von der Beklagten hierfür angegebene Begründung sei unzutreffend und gleichermassen unsubstanziert. Indes behauptet sie nicht, die Vertragskündigung zu irgendeinem Zeitpunkt während der laufenden Kündigungsfrist angefochten oder auch nur infrage gestellt zu haben. Sie hat sich im Gegenteil noch im Rahmen des von ihr im Herbst 2010 beim Amtsgericht Luzern-Land eingeleiteten Massnahmeverfahrens gegen die Beklagte und die Renault Suisse SA auf den Standpunkt gestellt, sie habe Anspruch, weiterhin als Servicehändlerin/zugelassene Werkstatt für Renault tätig zu sein. Damit hat sie aber die Kündigung des (provisionierten) Händlervertrags offensichtlich akzeptiert und sich auf den Standpunkt gestellt, aus

Kartellrecht einen Anspruch auf Fortführung der Geschäftstätigkeit als zugelassene Werkstatt zu haben. Es erscheint deshalb widersprüchlich und damit rechtsmissbräuchlich, sich erst nach Ablauf einer zweijährigen Kündigungsfrist auf eine angebliche Ungültigkeit der Kündigung zu berufen. Widersprüchlich verhält sich die Klägerin aber auch im vorliegenden Prozess. So bezeichnet sie die Kündigung an einer Stelle in ihrer Replik im Zusammenhang mit ihrem Prozessantrag auf Beizug der WEKO i.S. von Art. 15 KG (act. 6 Rz 4) als missbräuchlich, während sie die Gültigkeit der Kündigung an anderer Stelle nicht mehr ausdrücklich bestreitet (vgl. act. 6 Rz 66 i.V.m. act. 9 Rz 26). Sodann erklärte sie an der Parteibefragung, dass es nach der Kündigung so gewesen sei, dass der Wagenhandel nicht mehr verhandelbar gewesen sei, während es beim anderen Vertrag (gemeint ist offenbar der blosser Servicehändlervertrag) Bestimmungen habe, welche sie so interpretiert habe, dass sie diese durchsetzen könnte (act. 23 Ziff. 5). Damit ging sie aber offenkundig selbst von einer gültigen Kündigung bzw. Auflösung des in Frage stehenden Vertrags vom 22. Dezember 2006 aus. Es kommt hinzu, dass sich die Frage, ob ein Vertrag wirksam gekündigt und aufgelöst wurde, einzig nach zivilrecht bestimmt. Ob der Vertrag allenfalls kartellrechtskonform war oder nicht, ist eine andere Frage, welche die Wirksamkeit der Vertragsauflösung nicht tangiert (Verfügung des Handelsgerichts Zürich vom 30.12.2010 in: RPW 2010/3, S. 807; vgl. Urteil Bundesgericht 4A_101/2011 vom 6. September 2011). Entsprechend kann eine Vertragskündigung als solche auch nicht gegen Kartellrecht verstossen. Eine andere Frage ist, ob die Kündigung im Ergebnis auf eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bzw. –behinderung hinausläuft, weil der Kündigende nicht bereit ist, mit dem Behinderten marktgerechte oder branchenübliche Verträge abzuschliessen, obschon dieser die – zulässigerweise allgemein geforderten – Voraussetzungen dazu erfüllt (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG). Darauf ist in anderem Zusammenhang weiter unten zurückzukommen.

Damit steht aber als Zwischenergebnis fest, dass der zwischen den Parteien ursprünglich bestehende provisionierte Händlervertrag vom 22. Dezember 2006 rechtsgültig aufgelöst worden ist. Demzufolge erweist sich aber auch der Prozessantrag auf eine Begutachtung durch die WEKO gemäss Art. 15 Abs. 1 KG im Zusammenhang mit der Kündigung des Händlervertrags vom 22. Dezember 2006 als gegenstandslos.

2.3.2 Aber selbst wenn die Frage nach der Gültigkeit der Kündigung materiell geprüft werden müsste, wäre der Klägerin damit nicht geholfen, gelingt es ihr doch nicht darzutun, dass die Kündigung gegen Wettbewerbsrecht oder das Missbrauchsverbot verstösst.

Die Beklagte begründete ihre Kündigung folgendermassen: Nachdem sie ab dem 1. Mai 2008 die Regionalvertretung für das Gebiet Bern und die entsprechenden Verträge von Autohaus Steffisburg-Thun übernommen und eine vertiefte Überprüfung der Struktur des Netzes und der Partner vorgenommen habe, habe sich aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz die Notwendigkeit ergeben, eine Bereinigung des Netzes vorzunehmen,

die unter anderem auch eine strategische Neuausrichtung für das Gebiet der Garage der Klägerin mit sich bringe (act. 1/7). Die Klägerin hält nun dafür, das Schreiben der Renault-Suisse SA vom 23. Februar 2011 (act. 9/30) beweise genau das Gegenteil, dass nämlich die Händlerdichte im Kanton Zug „nicht sehr intensiv“ sei. Demnach sei die Kündigung der Beklagten einzig dadurch motiviert gewesen, dass die Beklagte als direkte Konkurrentin der Klägerin im Kanton Zug deren Renault-Kunden zum Nulltarif habe übernehmen und die Klägerin aus dem Markt drängen wollen. Die Klägerin wirft der Beklagten also vor, mit der Kündigung gegen Kartellrecht verstossen zu haben. Indes lässt sich allein aufgrund der relativ vagen Aussage im vorerwähnten Schreiben der Renault-Suisse SA vom 23. Februar 2011 offensichtlich nicht der Nachweis erbringen, dass die in der Kündigung angeführte Begründung nicht stichhaltig bzw. nur vorgeschoben sei und die Beklagte in Tat und Wahrheit dadurch beabsichtigte, unentgeltlich zu den Renault-Kunden der Klägerin zu kommen. Die Beklagte erklärte denn auch an der Parteibefragung, ein ausschlaggebender Punkt, der schliesslich zur Kündigung des provisionierten Händlervertrages geführt habe, sei die Aussage Walter Zimmermanns gegenüber Reto Wild gewesen, wonach man mit Renault kein Geld verdienen könne (act. 23 Ziff. 47). Diese Aussage blieb unbestritten. Unbestritten ist aber auch, dass die Klägerin die vorgegebenen Verkaufszahlen von Neuwagen bei weitem nie erreichte (act. 6 Rz 84, 92-94; act. 9 Rz 32, 34). Wenn dem aber tatsächlich so war, kann wohl kaum von einer missbräuchlichen Kündigung und davon gesprochen werden, die Beklagte habe sich in Tat und Wahrheit lediglich die Renault-Kunden der Klägerin zum Nulltarif aneignen wollen.

2.3.3 Es wird nun nicht ganz klar, was die Klägerin damit meint, wenn sie ausführt, zwischen ihr und der Beklagten bestehe „nach wie vor ein Renault-Servicehändlervertrag“ (act. 1 Rz II/9). Soweit sie damit den bisherigen provisionierten Händlervertrag im Auge haben sollte (act. 1 Rz II/10), kann dem von vornherein nicht gefolgt werden. Bei der Kündigung handelt es sich um ein Gestaltungsrecht. Einmal ausgesprochen, tritt ihre Auflösungswirkung unmittelbar (ex nunc) ein, und kann die Kündigung grundsätzlich nicht mehr zurückgenommen werden (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 9. A., Zürich/Basel/Genf 2010, N 156). Die Rechtsbehauptung der Klägerin, wonach zwischen den Parteien zurzeit ein Servicehändlervertrag bestehe, setzt deshalb voraus, dass zwischen ihnen im Nachgang zur erfolgten Kündigung ein – natürlicher oder normativer – Konsens darüber zustande gekommen ist, den (aufgelösten) provisionierten Händlervertrag vom 22. Dezember 2006 nach dessen Beendigung nahtlos entweder durch einen gleichlautenden, neuen provisionierten Händlervertrag oder durch einen blossen Servicehändlervertrag zu ersetzen. Der wesentliche Unterschied zwischen diesen beiden Vertragsarten bezüglich ihres Gegenstands besteht darin, dass der sog. Sekundärpartner des „provisionierten Händlervertrags“ neben dem Vertrieb von Renault-Ersatzteilen und dem Erbringen von Wartungs- und Instandstellungsdienstleistungen (einschliesslich Garantieleistungen und Rückrufaktionen) als Beauftragter des sog. Primärnetzpartners auch noch Neuwagen

verkauft; beim „Servicehändlervertrag“ ist der Neuwagenverkauf hingegen nicht Vertragsgegenstand (vgl. act. 6/12; act. 23 Ziff 1 und 2). Sodann legen die beiden Vertragsarten teilweise auch unterschiedliche Selektionskriterien fest, denen ein Sekundärpartner zu genügen hat.

2.3.4 Dass die Parteien durch den Austausch - ausdrücklicher – übereinstimmender Willenserklärungen vereinbart hätten, einen neuen Vertrag (provisionierten Händlervertrag oder einen Servicehändlervertrag) abzuschliessen, behauptet die Klägerin nicht. Es ist unbestritten, dass zwischen den Parteien keine (ausdrücklichen) Verhandlungen über einen Vertragsschluss stattfanden. Vielmehr macht die Klägerin geltend, aufgrund des konkludenten Verhaltens der Beklagten habe sie selbst davon ausgehen können und dürfen, dass die Beklagte „den abgeschlossenen Renault-Servicehändlervertrag – trotz Kündigung – nach dem 30. September 2010 [weiterführe]“. Wie es sich damit verhält, ist im Folgenden näher zu prüfen.

2.3.5 Zum Abschluss eines Vertrags ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich. Sie kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein (Art. 1 Abs. 1 und 2 OR). Die Annahme ist die zeitlich zweite Vertragserklärung. Mit ihr erklärt der Antragsempfänger gegenüber dem Antragsteller, dessen Antrag annehmen zu wollen. Die Annahme ist grundsätzlich an keine bestimmte Form gebunden. Sie kann ausdrücklich oder stillschweigend erklärt werden. Eine stillschweigende Annahmeerklärung ist zum Beispiel das Realakzept. Es ist keine Erklärung durch konkludentes Verhalten. Der Antragsempfänger erklärt die Annahme dadurch, dass er eine dem angebotenen Vertrag entsprechende Erfüllungshandlung vornimmt, z. B. eine angebotene Kaufsache bezahlt oder eine Teillieferung ausführt (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., N 435 ff.; KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. A., Bern 2006, § 3 Rz 122). Eine stillschweigende Willensäusserung kann jedoch nur bei Vorliegen eines eindeutigen Verhaltens angenommen werden, dessen Auslegung keine vernünftigen Zweifel hervorruft. Diese Einschränkung beruht auf dem Vertrauensprinzip. Ein rein passives Verhalten kann somit grundsätzlich nicht als Äusserung eines Verpflichtungswillens ausgelegt werden, insbesondere nicht als Annahme eines Antrags (BGE 123 III 53 E. 5a = Pra 86 [1997] Nr. 87).

Im schweizerischen Vertragsrecht gilt bei Fragen des Konsenses oder der Auslegung der Grundsatz des Primats des subjektiv übereinstimmend Gewollten vor dem objektiv Erklärten, subjektiv aber unterschiedlich Verstandenen. Im Konsens- wie im Auslegungstreit hat das Gericht daher vorab zu prüfen, ob die Parteien sich tatsächlich übereinstimmend geäussert, verstanden und in diesem Verständnis geeinigt haben (Art. 18 Abs. 1 OR; BGE 123 III 35 E. 2b). Ist dies zu bejahen, liegt ein tatsächlicher Konsens vor. Haben die Parteien sich in den Vertragsverhandlungen zwar übereinstimmend verstanden, aber nicht geeinigt, besteht ein offener Dissens. Haben sie sich übereinstimmend geäussert, aber abweichend verstanden, liegt ein versteckter Dissens vor, welcher zum Vertragsschluss führt, wenn eine der Parteien nach dem Vertrauensgrundsatz in ihrem Verständnis der gegnerischen Willensäusserung zu schützen und

damit die andere auf ihrer Äusserung in deren objektivem Sinn zu behaften ist. Diesfalls liegt ein sog. normativer Konsens vor (BGE 123 III 35 ff. E. 2b). Ziel der Vertragsauslegung ist es aufgrund des Gesagten in erster Linie, den übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen festzustellen (Art. 18 Abs. 1 OR). Diese subjektive Vertragsauslegung beruht auf Beweiswürdigung. Steht eine tatsächliche Willensübereinstimmung fest, bleibt für eine Auslegung nach dem Vertrauensgrundsatz kein Raum. Erst wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärung der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Massgebend ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Nachträgliches Parteiverhalten ist bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung; es kann allenfalls auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen (BGE 132 III 626 ff. E. 3.1 m.w.H.).

2.3.6 Die Tatsache, dass die Beklagte den Vertrag auf Ende September 2010 vorbehaltlos gekündigt hat, spricht an sich bereits klar gegen den Abschluss eines neuen – identischen – Vertrags mit der Klägerin. Bringt eine Partei unmissverständlich ihren Willen zum Ausdruck, die vertraglichen Beziehungen zu beenden, müssen an das konkludente Verhalten, aus dem die Gegenpartei den Willen zum Abschluss eines neuen, identischen Vertrags herleitet, hohe Anforderungen gestellt werden, zumal dies darauf hinausläuft, dass die Partei auf ihre Kündigung zurückkommt. Dementsprechend kommt es in erster Linie auf das – aktive – Verhalten der kündigenden Partei an. Deren reine Passivität gegenüber dem Verhalten und Handeln der Gegenpartei kann hingegen nicht ausschlaggebend sein. Stillschweigend gilt nach der Praxis nur dann als Willenserklärung, wenn das Erklärungsverhalten eindeutig ist, wenn also klar daraus hervorgeht, dass die betreffende Person mit dem Schweigen einen bestimmten Geschäftswillen kundgeben will; ein rein passives Verhalten genügt dazu regelmässig nicht. Hat der „Erklärende“ ein bestimmtes Verhalten gar nicht als Willenserklärung gemeint, so wird dessen Vertrauen dahingehend geschützt, dass das betreffende Verhalten nicht als Willenserklärung „gilt“, und zwar auch dann nicht, wenn der Empfänger es als Willenserklärung verstanden hat (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., N 218). Andererseits gilt nach dem Vertrauensprinzip auch ein Verhalten ohne Erklärungsbeusstsein als Willenserklärung (mit bestimmten Inhalt), wenn es vom „Empfänger“ in guten Treuen als solche Erklärung verstanden werden durfte und musste (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., N 190a und N 221 mit Hinweisen). Die Klägerin macht nun aber keinerlei Anhaltspunkte namhaft und solche sind denn auch nicht ersichtlich, die darauf schliessen lassen würden, dass die Beklagte irgendwelche Signale ausgesandt hätte, die Kündigung zurückzunehmen bzw. mit der Klägerin einen neuen, identischen Vertrag (provisionierten Händlervertrag) abzuschliessen, der zeitlich nahtlos an den beendeten anschliesst. Als erste Reaktion auf die Kündigung fand am 2. Oktober 2008 eine Besprechung zwischen den Parteien und weiteren Beteiligten von der Renault Suisse SA über Umbaupläne und die Möglichkeiten der

künftigen Geschäftsbeziehungen statt. Nachdem dann die Renault Suisse SA in der Folge am 2. März 2009 nicht bereit war, sich an diesem Umbauprojekt in irgendeiner Form zu beteiligen, war für die Klägerin nach ihren eigenen Aussagen an der Parteibefragung klar, „dass der provisionierte Vertrag nicht mehr weitergeführt werden“ könne (act. 23 Ziff. 16). Ihre nächste Reaktion war dann das Schreiben vom 30. März 2009 an die Renault Suisse SA, von welchem sie der Beklagten lediglich eine Orientierungskopie zukommen liess. Damit fällt aber eine Weitergeltung des bisherigen provisionierten Händlervertrags vom 22. Dezember 2006 ausser Betracht und die Klägerin kann ihre Begehren nicht darauf abstützen.

2.3.7 Auch der konkludente Abschluss eines neuen sog. Servicehändlervertrages, also eines Vertrags über den Vertrieb von Renault-Ersatzteilen und das Erbringen von Wartungs- und Instandstellungsdienstleistungen (einschliesslich Garantieleistungen und Rückrufaktionen), ist nicht erwiesen. Die Klägerin führt diesbezüglich zwar verschiedene Indizien an, die aber insgesamt den Abschluss eines neuen Vertrags mit der Beklagten nicht zu beweisen vermögen, wie nachfolgend im Einzelnen zu zeigen ist:

Nachdem der Klägerin aufgrund des Scheiterns einer Beteiligung der Renault Suisse SA an ihrem Umbauprojekt klar geworden war, dass eine Weiterführung des Händlervertrags mit der Beklagten nicht mehr in Betracht kam, machte sie sich Gedanken darüber, wie sie das Servicegeschäft behalten könne (act. 23 Ziff. 17). Sie ging offenbar davon aus, dass dies kein Problem sei (act. 23 Ziff. 18) und sie nichts weiter unternehmen müsse, oder, wie sie sich ausdrückt, keine Veranlassung gehabt habe, einen neuen Vertrag „durchzusetzen“ bzw. darauf „hinzuarbeiten“, zumal sie von der WEKO eine entsprechende Auskunft erhalten haben will (act. 23 Ziff. 19). Sie beruft sich in diesem Zusammenhang auf ihr Schreiben vom 30. März 2009. Daraus lässt sich jedoch nichts zur Stützung ihres Standpunkts herleiten. Sie erklärte darin kurzerhand gegenüber der Renault Suisse SA (nicht etwa gegenüber der Beklagten) unter Bezugnahme auf deren ablehnende Stellungnahme zur finanziellen Beteiligung an ihrem Bauvorhaben, dass dies nichts daran ändere, „dass wir wie bis anhin auch nach dem 30. September 2010 legitimiert sind, für unsere Renault-Kunden Wartungs- und Instandsetzungsdienstleistungen auszuführen“. Dabei verwies sie auf die Ziffern 6 und 17 der weko-Bekanntmachung und erklärte, dass sie bekanntlich ohne weiteres in der Lage sei, die von Renault Suisse SA vorgegebenen qualitativen Kriterien für das Erbringen von Servicedienstleistungen zu erfüllen. Zum einen war das Schreiben an die Renault Suisse SA (die nicht Vertragspartnerin der Klägerin war) und nicht direkt an die Beklagte gerichtet, welche lediglich mit einer Orientierungskopie bedient wurde. Die Beklagte hatte also gar keine Veranlassung, in irgendeiner Weise darauf zu reagieren, zumal das Schreiben sich auf die abschlägige Stellungnahme der Renault Suisse AG zum Bauvorhaben der Klägerin bezog, wie der Betreffzeile unschwer entnommen werden kann. Zum andern könnte – selbst wenn das Schreiben an die Beklagte gerichtet gewesen wäre – aus dem Schweigen der Beklagten nicht einfach geschlossen werden, sie stimme der Klägerin zu einem Vertragsabschluss zu.

Blosses Stillschweigen des Empfängers einer Offerte gilt nur ausnahmsweise als Annahme. Es bedarf hierzu besonderer Umstände oder einer besonderen Natur des Geschäfts (Art. 6 OR). Der Offerent muss einerseits in guten Treuen der Überzeugung sein dürfen, der Empfänger habe den Zustimmungswillen und würde andernfalls widersprechen, und der Empfänger muss sich andererseits darüber Rechenschaft zu geben vermögen, dass der Offerent sein Schweigen als Zustimmung ansieht (GUHL/KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9.A., Zürich 2000, § 13 N 32). Davon kann aber im vorliegenden Zusammenhang keine Rede sein. An der Parteibefragung hat die Klägerin erklärt, dass sie als erste Reaktion auf die Kündigung des Händlervertrags an einer Sitzung vom 2. Oktober 2008 mit Vertretern der Renault Schweiz und der beklagten „der geplante Umbau und wie es danach weiter gehen sollte“ besprochen habe. Daraufhin habe man mit der Bauabteilung (der Generalimporteurin) weiterverhandelt und die Umbaupläne für zwei mögliche Szenarien (eventuelle Beibehaltung des Vertrags oder Zurückgehen auf einen Servicehändlervertrag) „neu aufbereitet“. Nachdem dann am 2. März 2009 die Bauabteilung nach Prüfung dieser Pläne mitgeteilt habe, das Projekt in keiner Form mitzutragen, sei für die Klägerin klar gewesen, dass der provisierte Händlervertrag nicht mehr weitergeführt werden könne, und sie habe sich Gedanken gemacht, wie sie das Servicegeschäft noch behalten könne. Dies sei auch der Grund gewesen weshalb die Stellungnahme vom 30. März 2009 an die Generalimporteurin mit Kopie an die Beklagte gegangen sei (act. 23 Ziff. 16). Unter diesen Umständen konnte aber die Klägerin nicht in guten Treuen annehmen, die Beklagte stimme ihrem Ansinnen stillschweigend zu. Dasselbe ist grundsätzlich zu sagen mit Bezug auf das Schreiben vom 15. September 2010, das ebenfalls nicht an die Beklagte, sondern an die Renault Suisse SA gerichtet war. Gemäss Parteiaussage der Klägerin sollte mit diesem Schreiben in erster Linie sichergestellt werden, dass die Konditionen nicht verloren gehen, d.h. gleich bleiben würden (act. 23 Ziff. 18). Die Beklagte hat aber mit Schreiben vom 23. September 2010 (act. 6/9) daraufhin klargestellt, dass für den Abschluss eines Servicehändlervertrags eine Bewerbung in der Form eines businessplanes sowie ein Audit über die Erfüllung der Standards notwendig seien. Im Übrigen wies sie die Klägerin darauf hin, dass es für Service- und Reparaturarbeiten an Renault-Fahrzeugen, im Gegensatz zu Garantiarbeiten, keines Servicehändlervertrags bedürfe. Auch aus der Tatsache, dass die Renault Suisse AG (nicht die Beklagte, wie die Klägerin falschlich erwähnt) den Kunden am 27. Januar 2011 mitteilte, dass das Vertragsverhältnis per 25. Januar 2011 aufgelöst worden sei und die Klägerin nicht mehr dem Renault Händlernetz angehöre, kann nicht abgeleitet werden, dass auch nach Auffassung der Beklagten der Vertrag zumindest bis zu diesem Zeitpunkt weitergeboten bzw. ein neuer Vertrag bestanden habe. Der von der Beklagten diesbezüglich geltend gemachte Irrtum der Importeurin, die ohnehin nicht Partei des bisherigen Vertragsverhältnisses mit der Klägerin war, lässt sich in der Tat mit den Vorgängen und Verwirrungen rund um die Aufhebung der von der Klägerin erwirkten superprovisorischen Massnahmen in Luzern und des vermeintlichen Suspensiveffekts für das Rekursverfahren, das erst

am 11. Januar 2011 entschieden wurde, zwanglos erklären (vgl. act. 6 Rz 42). Wenn im Übrigen die Beklagte während dieser vermeintlich unsicheren Rechtslage darauf verzichtete, die Vertragsbeendigung trotzdem sofort umzusetzen, konnte die Klägerin daraus nicht auf eine konkludente Weiterführung bzw. einen Neuabschluss des Vertragsverhältnisses schliessen. Aber auch die übrigen von der Klägerin ins Feld geführten Umstände und Vorgänge lassen weder einzeln noch in ihrer Gesamtheit auf einen konkludenten Vertragsabschluss schliessen. Dass die Umsatzziele am 4. Februar 2010 für das gesamte Jahr 2010 und nicht nur bis zum Vertragsende, also für die ersten drei Quartale 2010 veranschlagt wurden (act. 1/12), ist ohne weiteres nachvollziehbar, zumal die Ziele unbestrittenermassen üblicherweise Anfang Jahr vereinbart werden und bei einer Vertragsbeendigung während des betreffenden Kalenderjahres eine proportionale Beurteilung der Zielerreichung erfolgt. Nach der nicht substantiiert bestrittenen Darstellung der Beklagten behörten die monatlichen Besuche des damaligen Aussendienstmitarbeiters Faraone (act. 1/14) zum „courant normal“ der Vertragsabwicklung, so dass darin offensichtlich keine konkludente Zustimmung zu einem Vertragsschluss erblickt werden kann. Ebenso offensichtlich lässt sich aus der „Vororder“ der Klägerin für Winterreifen im Sommer 2010 kein Indiz für einen konkludenten Abschluss eines Servicehändlervertrages herleiten, wie sich aus den ebenfalls nicht substantiiert bestrittenen Darstellungen der Beklagten (act. 6, Rz 49) ohne weiteres ergibt. Die von der Klägerin angerufene E-Mail der Generalimporteurin vom 23. September 2010 betreffend Anmeldung eines Mitarbeiters der Klägerin zu einem Weiterbildungskurs (act. 1/15) taugt offensichtlich ebenso wenig als Indiz für einen konkludenten Vertragsabschluss wie deren Mitteilung des Garantiestundenansatzes vom 29. September 2010 (act. 1/16). Bei der fraglichen E-Mail handelt es sich, wie daraus hervorgeht, um eine automatisch generierte Erinnerung für bereits angemeldete Kursteilnehmer, die überdies nicht einmal von der Beklagten stammt. Ebenso wurde der ab Oktober 2010 geltende Garantiestundenansatz nicht von der Beklagten, sondern von der Generalimporteurin und offenbar routinemässig allen damals erfassten Händlern und damit auch die Klägerin mitgeteilt. Unschliesslich kann auch in der Fahrzeugbestellung vom 23. August 2010 (act. 1/17), die also noch innerhalb der Vertragsdauer erfolgte, und deren späteren Auslieferung und Rechnungstellung (act. 1/18) kein Indiz für einen konkludenten Vertragsschluss erblickt werden, wie die Darlegungen der Beklagten (act. 6 Rz 53), die ohne substantiierte Bestreitung geblieben sind, überzeugend festhalten. Der Klägerin ist es nicht gelungen, ihre Behauptung zu beweisen, wonach sie sich nach der Kündigung vehement für die Weiterführung des Renault-Servicehändlervertrages eingesetzt habe. Wie sie selbst an der Parteibefragung darlegte, war sie zunächst daran interessiert, den Status eines Lokalhändlers (der nächsthöheren Stufe nach dem provisionierten Händler) zu erwerben. Erst als sie einsehen musste, dass dies scheitern würde, verlegte sie sich offenbar darauf, nach Beendigung des Händlervertrags zumindest noch als zugelassene Werkstatt für die Marke Renault tätig zu bleiben (act. 23 Ziff. 5). Dass die Klägerin ständig mit der Beklagten den Kontakt gesucht haben will, ändert eben-

falls nichts daran, dass es der Klägerin nicht gelungen ist, das Zustandekommen eines neuen Vertrags zu beweisen.

2.4 Damit steht fest, dass es der Klägerin misslungen ist, das Bestehen eines Servicehändlervertrages zwischen den Parteien (sei es eines provisionierten oder eines einfachen) nachzuweisen. Besteht aber keine vertragliche Grundlage, fehlt den Hauptanträgen der Klägerin das Fundament. Die Klage ist in ihren Hauptanträgen Ziffern 1 und 2 daher abzuweisen.

3. Zu prüfen bleibt der Eventualantrag Ziff. 3, wonach die Beklagte zu verpflichten sei, mit der Klägerin rückwirkend per 25. Januar 2011 einen Renault-Servicehändlervertrag abzuschliessen.

3.1 Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, die Beklagte habe sich mit der Generalimporteurin kartellrechtswidrig abgesprochen, um das Händlernetz kontinuierlich und systematisch zu ihrem eigenen Vorteil auf dem Rücken kleiner Garagen zu reorganisieren, ohne Rücksicht darauf, ob diese Betriebe die qualitativen Selektionskriterien erfüllten oder nicht. Dadurch würden insbesondere Merkmarkenbetriebe wie die Klägerin, deren Umsatz mit Renault-Kunden im Jahre 2009 einen Drittel des Gesamtumsatzes ausmache, systematisch zum Vorteil der grossen Renault-Garagenbetriebe wie der Beklagten aus ihrem Markt verdrängt. Es sei offensichtlich, dass die Beklagte der Klägerin nur aus diesem Grund die Kündigung des Renault-Servicehändlervertrags ausgesprochen und ihre Bewerbung absolut willkürlich bzw. überhaupt nicht geprüft habe. Obwohl die Klägerin nachweislich stets sämtliche Kriterien der Beklagten für einen Renault-Servicehändler erfüllt habe und nach wie vor erfülle, verweigere die Beklagte ihr heute in diskriminierender Weise sowohl die Weiterführung als auch den Neuabschluss eines Renault-Servicehändlervertrages und verstosse damit namentlich gegen Art. 5 Abs. 1 und 4 KG. Die Klägerin vertritt die Auffassung, dass sie gestützt auf die WEKO-Bekanntmachung bzw. die WEKO-Erläuterung (Ziff. 6 Abs. 2 und Ziff. 17 Abs. 2) und aufgrund der Tatsache, dass sie einen Servicevertrag wolle und auch in der Lage sei, die qualitativen Kriterien zu erfüllen bzw. diese wie bisher erfülle, gegenüber der Beklagten einen kartellrechtlichen (und auch vertragsrechtlichen) Anspruch auf die Weiterführung des bestehenden oder den Abschluss eines neuen Renault-Servicehändlervertrags habe, der die Klägerin wie bis anhin als Servicehändler bzw. als zugelassene Werkstatt im Sinne der WEKO-Bekanntmachung berechtige, Instandsetzungs- und Servicedienstleistungen (inkl. Garantiarbeiten) auszuführen.

Im Einzelnen macht die Klägerin namentlich geltend, die Generalimporteurin habe sie am 28. Januar 2011, einen Tag nachdem diese die Renault-Kunden bereits über ihr Ausscheiden aus dem Renault Händlernetz informiert gehabt habe, wissen lassen, dass die Beklagte ihre Bewerbung für einen Servicehändlervertrag sorgfältig prüfen werde. Gleichentags habe ihr die Beklagte aber bereits mitgeteilt, dass sie ihre Bewerbung ablehne, da sie die Selektionskriterien, welche sie aber seit 30 Jahren erfüllt habe, nun angeblich nicht mehr erfülle. Die Klägerin habe in Tat und Wahrheit über all die Jahre die glei-

chen Selektionskriterien erfüllt, was sowohl durch die Bestätigung des letzten, namentlich von Reto Wild persönlich und erfolgreich durchgeführten Audits vom 4. Januar 2005 (act. 1/23) als auch aufgrund des Auditberichts des unabhängigen, zertifizierten und branchen- anerkannten Vereins Ate Services vom 16. November 2010 (act. 1/24) erwiesen sei. Tatsache sei, dass die Beklagte die Bewerbung weder sorgfältig habe prüfen wollen noch überhaupt geprüft habe. Die Klägerin erfülle nach wie vor sämtliche qualitative Vorgaben (Selektionskriterien) für einen Renault-Servicehändlervertrag. Vom Schreiben der Generalimporteurin vom 27. Januar 2011 an die Renault-Kunden betreffend ihr Ausscheiden aus dem Renault Händlernetz habe sie im Übrigen erst Anfang Februar 2011 durch einen ihrer langjährigen Kunden Kenntnis erhalten. Das Verhalten der Beklagten verstosse klar gegen Ziff. 6 Abs. 2 und Ziff. 17 Abs. 2 der WEKO-Bekanntmachung und damit auch gegen das Kartellrecht. Die Forderung der Beklagten, dass insbesondere die Kundenempfangszone „markenspezifisch“ ausgestaltet sein müsse, basiere auf reiner Willkür, sie diskriminierend und demnach kartellrechtlich unhaltbar. In diversen anderen Mehrmarkenbetrieben seien die Empfänger – wie bei der Klägerin – entweder markenneutral oder – wie die ins Recht gelegten Beispiele beweisen würden (act. 1/25 – 28) – sogar fremdmarkenspezifisch, obwohl diese Mehrmarkenhändler anstandslos als Renault-Servicehändler zugelassen seien. Auch werde bei zahlreichen anderen Renault-Garagen, die eine Zweitmarke vertreten würden, toleriert, dass für die Marke „Renault“ keine eigene Telefonnummer geführt werde, was bei ihr neuerdings bemängelt werde, obschon das schon immer so gewesen sei. Der Vorwurf im Ablehnungsschreiben vom 28. Januar 2011, die Klägerin habe nie an einem Händlermeeting in Kriens teilgenommen, treffe nicht zu. Der weitere Vorwurf bezüglich vereinbarter Neuwagenverkaufsziele sei, selbst wenn er zutreffen würde, irrelevant; das Erreichen der Verkaufsziele sei nämlich kein qualitatives Selektionskriterium für einen Servicehändlervertrag. Aufgrund der geschilderten Fakten sei klar: Die Beklagte habe sich mit der Generalimporteurin abgesprochen, andernfalls hätte diese die Vorgehensweise der Beklagten aufgrund der WEKO-Bekanntmachung (insbesondere Ziff. 6 Abs. 2) rügen müssen und würde sie auch rügen. Das beweise die kartellrechtlich unzulässige Abrede.

3.2 Die Beklagte wendet dagegen im Wesentlichen ein, in der Schweiz existiere für niemanden ein unbedingter „Anspruch (gegen die Beklagte) auf einen Servicevertrag“. Sie sei im Rahmen des selektiven Vertriebs in der Schweiz berechtigt und verpflichtet, ihre Vertragspartner gestützt auf die von der Importeurin aufgestellten qualitativen Kriterien für die Wartung ihrer Produkte zuzulassen. Sie verhalte sich damit weder marktmächtig noch behindere sie den Wettbewerb, sondern bewege sich im Einklang mit den wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen. Die Importeurin wiederum sei ausdrücklich ermächtigt, zum Schutz der Sicherheit der Konsumenten und zur Gewährleistung eines effizienten Vertriebs ihrer Produkte sicherzustellen, dass die zugelassenen Partner die nötigen Selektionskriterien in der Ausübung ihrer Tätigkeit einhalten würden. Sie, die Beklagte, habe die Bewerbung der Klägerin geprüft und ihre Ablehnung einerseits mit der Nichteinhaltung der Selektionskriterien

und der vertraglichen Abmachungen generell, andererseits aber eben auch mit dem Verhalten begründet, das die Klägerin nach dem 30. September 2010 an den Tag gelegt habe. Von einer „auf reiner Willkür basierenden und diskriminierenden Argumentation“ könne keine Rede sein. Entgegen ihrer Behauptung habe die Klägerin die für provisionierte Händler geltenden Selektionskriterien auch schon in den vergangenen Jahren nicht eingehalten. Die Auditbestätigung vom 4. Januar 2005 (act. 1/23) habe den an demselben Datum abgeschlossenen, auf Ende 2006 gekündigten und durch den hier in Frage stehenden ersetzenden Händlervertrag betroffen und enthalte eine Liste der damals nicht erfüllten Kriterien mit Fristansetzung zur Verbesserung. Auch der Auditbericht des Vereins Ate Services vom 16. November 2010 (act. 1/24) bestätige nicht, dass die für Servicehändler geltenden Selektionskriterien (zu denjenigen für provisionierte Händler äussere er sich nicht) erfüllt seien; er schildere lediglich den Ist-, nicht aber den Soll-Zustand. Dass sie, die Beklagte, dies im Zusammenhang mit der Kandidatur der Klägerin nun auch in die Waagschale werfe, sei durchaus berechtigt und nachvollziehbar. Die Beklagte bestreitet sodann, ihr Händlernetz in der Region Zentralschweiz zum Nachteil kleinerer Händlerbetriebe und somit ausschliesslich nur zu ihrem Vorteil als grosser Händlerbetrieb zu restrukturieren und kleinere, insbesondere Mehrmarkenbetriebe systematisch aus dem Markt zu drängen; sie hält die von der Klägerin hierfür angerufenen Dokumente für nicht beweiskräftig. Die Klägerin zeige auch in keiner Weise auf, dass der Umfang der Garantiewerke und Arbeiten aus Renault-Serviceverträgen (zu blossen Reparaturarbeiten sei sie ja weiterhin berechtigt) im Vergleich zu ihren sonstigen Tätigkeiten einen wesentlichen Teil ausmachen würden. Die Beklagte bestreitet schliesslich, zur Klägerin in irgendeinem Konkurrenzverhältnis gestanden zu haben oder zu stehen. Im Gegenteil habe sie den Vertrag im Hinblick auf die ihr als Primärnetzpartnerin aufgetragene wirtschaftliche Effizienz gekündigt. Sie wäre aber ohne weiteres bereit gewesen, eine weitere Zusammenarbeit mit der Klägerin zu prüfen, wenn diese sich zur Einhaltung der „Standards und Gepflogenheiten von Vertragspartner“ bereit gezeigt hätte. Die Klägerin sei aber immer weniger bereit gewesen, sich für die Marke Renault konstruktiv einzusetzen. Insofern seien auch die während der gesamten Vertragslaufzeit nie auch nur annähernd erreichten – vereinbarten - Neuwagenverkaufsziele sehr wohl relevant und zeigten, dass die Klägerin das Potenzial des Einzugsgebiets ihrer Garage bei Weitem verfehlt habe. Zwar habe ein als Verkäufer für Renault- und Volvofahrzeuge tätiger Mitarbeiter der Klägerin an den Händlermeetings teilgenommen, indes sei der Inhaber und Geschäftsführer der Klägerin nie an einem solche Meeting erschienen, was aber bei den R2-Händlern üblich gewesen sei, da dabei sowohl Ersatzteil- als auch Fahrzeughandel betreffende Themen besprochen worden seien. Dies zeige deutlich das Desinteresse, welches die Klägerin ihrer Vertragspartnerin und ihren Verpflichtungen als provisionierte Renault-Händlerin ihrer Vertragspartnerin und ihren Verpflichtungen als provisionierte Renault-Händlerin entgegengebracht habe. Dass die Klägerin nicht zu einer konstruktiven Zusammenarbeit bereit gewesen sei, gehe im Übrigen aus deren Klagenflut klar hervor. Den Vorwurf willkürlicher und

diskriminierender Anwendung der Selektionskriterien durch die Beklagte bezeichnet diese als haltlos. Die als Beispiele hierfür angeführten Renault-Händler seien nicht Vertragspartner der Beklagten und deren Betriebe lägen ausserhalb des beklagten Marktbeobachtungsgebiets. Sie, die Beklagte, sei deshalb nicht für die Überprüfung der Einhaltung der Selektionskriterien durch diese Händler verantwortlich. Sie bestreitet sodann, dass zahlreiche Renault-Garagen mit Zweitmarken keine markenspezifische Telefonnummer hätten. Was sie selbst betreffe, sei für die Renault- und Dacia-Vertretung, Fahrzeuge des Renault-Konzerns, keine separaten Telefonnummern oder eine markenspezifische Telefonansage vorgesehen.

3.3 Wer durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wird, hat gemäss Art. 12 KG u.a. Anspruch auf Beseitigung oder Unterlassung der Behinderung (Abs. 1 Bst. 1). Diesen Anspruch hat auch, wer durch eine zulässige Wettbewerbsbeschränkung über das Mass hinaus behindert wird, das zur Durchsetzung der Wettbewerbsbeschränkung notwendig ist (Abs. 3). Als Wettbewerbsbehinderung fallen insbesondere die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen sowie Diskriminierungsmassnahmen in Betracht (Abs. 2). Zur Durchsetzung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs kann das Gericht auf Antrag des Klägers namentlich u.a. anordnen, das der oder die Verursacher der Wettbewerbsbehinderung mit dem Behinderten marktgerechte oder branchenübliche Verträge abzuschliessen habe (Art. 13 Bst. b KG). Der Kontrahierungszwang ist die Rechtsfolge, die dem Zweck der missachteten wettbewerbsrechtlichen Vorschriften entspricht (ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2.A., Bern 2005, Rz 888). Die Artikel 12 f. KG enthalten dabei keine materiell zivilrechtlichen Bestimmungen, sondern haben lediglich dienende Funktion, um den materiellen Bestimmungen der Artikel 5-8 KG auf dem Wege des Zivilprozesses zum Durchbruch zu verhelfen (REGULA WALTER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Vorbem. zu art. 12-17 KG N10).

3.3.1 Es stellt sich zunächst die Frage, ob die Weigerung der Beklagten, mit der Klägerin einen Servicehändlervertrag abzuschliessen, unter den gegebenen Umständen eine – unzulässige – Wettbewerbsbeschränkung darstellt. Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen können in unzulässigen Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG und in unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen gemäss Art. 7 KG bestehen. Bei diesen materiellen Kartellrechtsbestimmungen handelt es sich um Doppelnormen, die also sowohl öffentliche als auch private Interessen schützen (JACOBS/GIGER, in: Basler Kommentar Kartellgesetz, Basel 2010, Art. 12 N 5 mit Hinweis). Sie gelten gleichermaßen für das Kartellzivil- wie auch für das Kartellverwaltungsrecht (ZÄCH, a.a.O., Rz 334). Gemäss Art. 5 KG sind 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, unzulässig (Abs. 1). Wettbewerbsabreden sind durch Gründe der

wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie: (a) notwendig sind, um die Herstellung 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 beseitigen (Abs. 2). Nach Art. 6 Abs. 1 KG kann die Wettbewerbskommission (kurz WEKO) in allgemeinen Bekanntmachungen die Voraussetzungen umschreiben, unter denen einzelne Arten von Wettbewerbsabreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von art. 5 Abs. 2 KG in der Regel als gerechtfertigt gelten. Das hat sie u.a. bezüglich der wettbewerbsrechtlichen Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel mit Beschluss vom 21. Oktober 2002 getan (WEKO-Bekanntmachung). Diese Bekanntmachung verdeutlicht zunächst das Tatbestandsmerkmal der Erheblichkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG. Sie wurde aber auch in analoger Anwendung von art. 6 KG beschlossen und führt Abredeklauseln auf, die im Regelfall zu erheblichen Wettbewerbsbeschränkungen führen, die nach Auffassung der WEKO nicht nach art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt sind. Die Bekanntmachung konkretisiert Art. 6 Abs. 1 Bst. c KG, allerdings in „negativer“ Weise, und – da sie den Wirtschaftszweig des Autohandels betrifft – Art. 6 Abs. 2 KG (ZÄCH, a.a.O., Rz 519). Sodann hat die WEKO die wichtigsten Grundsätze, die im Rahmen der Umsetzung dieser Bekanntmachung zur Anwendung kommen, in ihren Erläuterungen zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel (WEKO-Erläuterungen) näher umschrieben, wobei sie ihrer Praxiserfahrungen der letzten Jahre und dem neuen rechtlichen Rahmen auf europäischer Ebene ab 1. Juni 2010 Rechnung trug. Die Bekanntmachungen und Erläuterungen der WEKO sind allerdings für die Zivilgerichte bei der Auslegung der kartellrechtlichen Bestimmungen grundsätzlich nicht bindend. Sie sind es auch nicht für die dem Kartellgesetz unterstellten Unternehmen (KLAUS NEFF, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Basel 2010, Art. 6 N 27). Hingegen sind sie, soweit der zu subsumierende Sachverhalt klar ist, für das Zivilgericht zumindest im Sinne einer gutachterlichen Äusserung massgebend, nachdem die WEKO gemäss Art. 15 KG zur Begutachtung beizuziehen ist, wenn die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung für das Gericht fraglich ist.

Die WEKO erachtet gemäss Ziff. 11 i.V.m. Ziff. 17 WEKO-Bekanntmachung u.a. Bestimmungen über die Vertragsauflösung grundsätzlich als erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG, die nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden können, wenn die Kündigung nicht schriftlich begründet ist und wenn sie gewissen Kündigungsmodalitäten (Ziff. 17 Bst. a-c) nicht entsprechen. In ihren Erläuterungen zu dieser Bestimmung hält die WEKO fest, dass mit dem Erfordernis der schriftlichen Begründung verhindert werden soll, dass die Kraftfahrzeuglieferanten wegen an sich von der Bekanntmachung geschützter Verhaltensweise kündigten. Des Weiteren führt die WEKO an besagter Stelle aus, dass ein zugelassener Händler, der gleichzeitig auf dem Gebiet des Verkaufs und des Kundendienstes tätig sei, eine dieser

Tätigkeiten beenden dürfe, ohne über einen neuen Vertrag mit dem Kraftfahrzeuglieferanten für die verbleibende Tätigkeit verhandeln zu müssen. Ein zugelassener Händler, der einen Vertrag geschlossen habe, der sowohl den Verkauf als auch den Kundendienst umfasse, und wünsche, sich von der Verkaufstätigkeit neuer Kraftfahrzeuge zurückzuziehen, um seine Tätigkeit als zugelassene Werkstatt fortzuführen oder umgekehrt, dürfe dies aufgrund der zwischen ihm und seinem Kraftfahrzeuglieferanten bereits bestehenden Vereinbarung machen.

In Ziff. 6 der WEKO-Bekanntmachung wird der Begriff der „zugelassenen Werkstatt“ als Erbringer von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen für Kraftfahrzeuge, der einem vom Kraftfahrzeuglieferanten errichteten Vertriebssystem angehört, umschrieben. Gemäss den dazugehörigen WEKO-Erläuterungen müssen Kraftfahrzeuglieferanten ihr Netz zugelassener Werkstätten gestützt auf ein selektives Vertriebssystem organisieren, welches ausschliesslich auf qualitativen Kriterien beruht. Das hat nach den WEKO-Erläuterungen zur Folge, dass all jene Werkstätten, welche in der Lage sind, die entsprechenden Kriterien zu erfüllen, als zugelassene Werkstatt ins Werkstattnetz aufgenommen werden müssen (Kontrahierungszwang). Dies umfasse insbesondere die zugelassenen Händler, deren Vertrag aufgelöst worden sei, die aber weiterhin als zugelassene Werkstatt tätig sein wollten. Kraftfahrzeuglieferanten seien aber von Abschluss eines entsprechenden Werkstattvertrags befugt zu überprüfen, ob die Bewerber die vorgegebenen Kriterien, in deren Wahl und Festlegung sie grundsätzlich frei seien, erfüllten. Die entsprechenden qualitativen Kriterien dürften aber nicht über das hinausgehen, was eine sachgemässe Ausführung der Reparatur- und Wartungsarbeiten erfordere. Sodann müssten identische qualitative Kriterien statuiert und auf dieselbe Art und Weise auf alle Werkstätten (bereits zugelassene oder Neubewerber), die sich in einer ähnlichen Lage befänden (Grundsatz der Nichtdiskriminierung), angewendet werden. Aus wirtschaftlichen Gründen (Aktivitätszone, Art von Kundschaft) könnten differenzierte Kriterien festgesetzt werden, wobei aber innerhalb jeder dieser Kategorien der Grundsatz der Nichtdiskriminierung ebenfalls Anwendung finde.

3.3.2 Die Parteien sind sich darin einig, dass vorliegend ein selektives Vertriebssystem gemäss Ziff. 3 Abs. 2 der WEKO-Bekanntmachung infrage steht. Die Klägerin bestreitet nicht, dass die von der Beklagten bzw. der Generalimporteurin aufgestellten selektiven Kriterien für einen Servicehändler bzw. eine zugelassene Werkstatt qualitativer Natur und mit der WEKO-Bekanntmachung konform sind. Sie macht auch nicht geltend, dass ihr diese nicht bekannt oder zugänglich waren bzw. sind. Soweit sie den Standpunkt vertreten sollte, sie habe gestützt auf die WEKO-Bekanntmachung bzw. die WEKO-Erläuterungen einen Anspruch darauf, dass der bisherige, gekündigte provisionierte Servicehändlervertrag in seinem Teilbereich Kundendienst (zugelassene Werkstatt) auf ihr einseitiges Bekunden und ohne Zustimmung der Klägerin weitergeführt werde, kann dem nicht gefolgt werden. Selbst die WEKO-Erläuterungen, auf die sich die Klägerin beruft, halten klar fest, dass der Kraftfahrzeuglieferant befugt ist, vor Abschluss eines Werk-

stattvertrags mit einem zugelassenen Händler, dessen Vertrag aufgelöst worden ist, der aber weiterhin als zugelassene Werkstatt tätig sein will, zu überprüfen, ob er die vorgegebenen Kriterien erfüllt. Daraus ergibt sich unmissverständlich, dass einerseits ein Bewerbungsverfahren zulässig und andererseits eine Bewerbung notwendig ist, um als zugelassene Werkstatt tätig zu sein. Auf die WEKO-Erläuterungen zu Ziffer 17 der WEKO-Bekanntmachung kann sich die Klägerin sodann von vornherein nicht berufen, da diese voraussetzen, dass noch ein Händlervertrag besteht, was aber hier – wie unter Erwägung 2.3 hiervoor gezeigt – nicht mehr der Fall ist.

3.3.3 Die Klägerin macht geltend, die Beklagte habe ihre Bewerbung vom 18. November 2010 um einen Servicehändlervertrag zu Unrecht abgelehnt. Sie habe die vorausgesetzten Selektionskriterien erfüllt und erfülle diese nach wie vor. Die Beklagte bestreitet das. Sie hält unter Hinweis auf Ziff. 2.1 des provisionierten Händlervertrags (act. 6/12) dafür, dass die Einhaltung der Selektionskriterien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses und während der gesamten Laufzeit des Vertrages erfüllt sein müssten. Sie macht geltend, die Klägerin verfüge nur über eine kundenneutrale Empfangszone, obwohl die Kriterien eine markenspezifische vorschreiben würde. Die Klägerin bestreitet das ohne nähere Substanziierung mit dem Verweis auf die Auditberichte Ate vom 16. November 2010 und vom 27. Januar 2011 (act. 1/24 bzw. act. 9/32) sowie den Bericht der Revisionsstelle (angeblich act. 1/26), welche beweisen würden, dass sie sämtliche Selektionskriterien als Renault-Servicehändlerin erfülle (vgl. act. 9 Rz 10). Indes bestätigt der Bericht vom 16. November 2010 (act. 1/24) im Gegenteil, dass eben lediglich eine kundenneutrale Empfangszone vorhanden sei. Die Klägerin bestreitet aber andererseits nicht, dass das Selektionskriterium 309 („Empfang für den Kundendienst“) tatsächlich eine „Kundenempfangszone mit Markenidentifikation“ und eine „separate Telefonnummer pro Marke“ verlangt. Die Klägerin irrt, wenn sie glaubt, nur mit einem Gutachten der WEKO gemäss Art. 15 Abs. 1 KG lasse sich der Beweis erbringen, dass sie die Selektionskriterien tatsächlich erfülle. Die WEKO nimmt keine eigenen Sachverhaltsklärungen vor (PRISCA SCHLEIFFER, in: Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Bern 2007, Art. 15 N 18). Es ist Sache der Klägerin, den Beweis zu erbringen, dass sie die Selektionskriterien erfüllt und von daher grundsätzlich als zugelassene Werkstatt ins Renault-Netz aufgenommen werden müsste. Wenn sie an anderer Stelle argumentiert, die Beklagte habe die wenigen Abweichungen in den Selektionskriterien über die Gesamtzeit ihrer Geschäftsbeziehungen mit der Klägerin geduldet, räumt sie letztlich selbst ein, dass sie nicht sämtliche Kriterien erfüllt. Dass das Beharren auf der Einhaltung dieser Kriterien im Hinblick auf einen neuen Vertragsabschluss rechtsmissbräuchlich sei, kann nicht gesagt werden. Schliesslich könnte der Beklagten auch kein Vorwurf gemacht werden, wenn sie unter der Geltung des früheren Vertrags die Einhaltung der Kriterien gefordert hätte, nachdem es sich dabei um eine vertragliche Verpflichtung handelte. Die Klägerin behauptet aber nicht, die Selektionskriterien seien als solche kartellrechtswidrig und daher unzulässig. Soweit die Klägerin hingegen geltend macht, die vorausgesetzten Standards würden willkürlich und dis-

kriminierend angewandt, und hierfür verschiedene andere Mehrmarkenbetrieben mit Renault-Vertretung anführt, bei denen die Empfänge – wie bei der Klägerin - markenneutral oder sogar fremdmarkenspezifisch seien, geht sie fehl. Die als Beispiele angeführten Betriebe gehören – wie die Beklagte bemerkt – nur teilweise zu ihrem Marktbeobachtungsgebiet und ihren Vertragspartner; soweit sie zum Zentralschweizer Netz gehören, hat die Beklagte dargetan, dass sie die Kriterien grösstenteils erfüllen und vereinzelte Abweichungen korrigiert werden. Bezüglich des von der Beklagten neu übernommenen Berner Netzes hat die Beklagte nachvollziehbar dargelegt, dass sie dort daran ist, die Behebung der teilweise tatsächlich vorhandenen Mängel durchzusetzen und Anforderungen auf das Niveau der Zentralschweiz zu heben. Unter diesen Umständen kann aber der Beklagten nicht anhand eines einzelnen Kriteriums (Empfangsbereich) vorgeworfen werden, sie wende die Selektionskriterien willkürlich und diskriminierend an.

3.3.4 Darüber hinaus begründet die Beklagte ihre Ablehnung der Bewerbung der Klägerin aber auch generell mit der Nichteinhaltung der früheren vertraglichen Abmachungen (Art. 6 Rz 69) und dem Verhalten der Beklagten nach dem 30. September 2010, also nach Auflösung des provisionierten Händlervertrages. Entgegen der Auffassung der Klägerin erscheint das grundsätzlich zulässig. Auch wenn die WEKO-Erläuterungen von einem Kontrahierungszwang ausgehen, sofern die entsprechenden qualitativen Kriterien erfüllt sind, bedeutet das keineswegs, dass ein Vertragsverhältnis nicht von anderen, sachlich begründeten Voraussetzungen (wie z.B. Zahlungsmoral des Händlers) abhängig gemacht werden dürfte. Das Kartellrecht begründet denn auch keine absolut geschützten Rechtspositionen, sondern schützt im Gegenteil den wirksamen Wettbewerb (JACOBS/GIGER, in: Basler Kommentar Kartellgesetz, Art. 12 N 2). Es wird auch in diesem Rechtsbereich die Vertragsfreiheit als solche, einem der fundamentalen Prinzipien der schweizerischen Privatrechtsordnung und der Marktwirtschaft (AMSTUTZ/CARRON, in: Basler Kommentar Kartellgesetz, Art. 7 N 114), keineswegs ausser Kraft gesetzt. Sie wird lediglich eingeschränkt. So sieht Art. 13 Bst. b AG einen Kontrahierungszwang im zivilrechtlichen Verfahren zur Durchsetzung eines kartellrechtlichen Beseitigungsanspruchs vor. Ein Vertragsabschluss kann von der WEKO oder vom Zivilgericht nur angeordnet werden, wenn dem sich weigernden Unternehmen einerseits Marktbeherrschung und andererseits Missbrauch nachgewiesen werden kann (Art. 7 KG; KLAUS NEFF, in: Basler Kommentar Kartellgesetz, Art. 6 Ziff. 7 Kfz-BM N 7). Es erscheint deshalb grundsätzlich nicht ausgeschlossen, dass die Beklagte auch das Verhalten der Klägerin als frühere Vertragspartnerin gegen eine Neuabschluss eines Servicehändlervertrags ins Feld führen kann. Auch die WEKO selbst räumt ein, dass es weitere Gründe als die in ihrer Bekanntmachung genannten geben kann, die eine Weigerung zum Vertragsabschluss zu rechtfertigen vermögen (vgl. RPW 2008/3 519 ff., E. III/c und E. IV/B/b).

3.3.5 Wie die Beklagte festhält, war für ihren abschlägigen Bescheid vom 18. Januar 2011 zur Bewerbung der Klägerin als Servicehändlerin (act. 1/22) nicht nur die Nichteinhaltung der Selektionskriterien, sondern auch

das Verhalten als ehemalige Vertragspartnerin ausschlaggebend. Die Klägerin bestreitet auch gar nicht, dass sie – wie die Beklagte in diesem Zusammenhang geltend macht – die vereinbarten Neuwagenverkaufsziele nie auch nur annähernd erreicht und das Demowagenreglement nicht eingehalten habe. Ebenso wenig bestreitet sie, entgegen der Vorschrift des früheren Vertrages nur über eine kundenneutrale Empfangszone verfügt zu haben. Unbestritten ist auch, dass die Beklagte entgegen den Kriterien für einen provisionierten Händler über keine Showroom für die Renault-Fahrzeuge verfügte und diese deshalb immer draussen auf dem Vorplatz präsentiert wurden, während die Volvo-Fahrzeuge im Innenraum ausgestellt wurden (act. 6 Rz 79, act. 23 Ziffn. 20, 28 ff.). Dass die Klägerin nachgewiesenermassen Anstrengungen unternahm, um einen solchen Showroom zu erstellen (allerdings offenbar nur unter der Voraussetzung einer finanziellen Mitbeteiligung der Generalimporteurin), ändert letztlich nichts daran, dass sie über all die Jahre dieses Selektionskriterium nicht erfüllte. Wenn die Klägerin sodann in ihrem Schreiben vom 27. November 2010 während des laufenden Massnahmeverfahrens in Luzern ihren Renault-Kunden mitteilte, dass sie den Status als Renault-Servicepartner für Reparaturen und Wartungen unverändert beibehalten werde, auch wenn Renault allenfalls das Gegenteil behaupten sollte, um ein unabhängiges Gutachten belegen, dass sie die dazu nötigen qualitativen Anforderungen erfülle (was im Übrigen – wie vorstehend erwähnt - unzutreffend ist), ist das in der Tat geeignet, das für Vertragsbeziehungen vorausgesetzte Vertrauen der Beklagten in die Klägerin zu erschüttern. Auch das konkrete gerichtliche Vorgehen der Klägerin ist nicht geeignet, dieses Vertrauen zu festigen: Zwar kann für das Massnahmebegehren der Klägerin in Luzern durchaus Verständnis aufgebracht werden und steht ihr dieser Rechtsweg zu, ohne dass ihr daraus ein Vorwurf gemacht werden könnte. Hingegen erscheint die Tatsache nicht gerade vertrauensfördernd, wenn die Klägerin nur kurze Zeit nach den abweisenden Entscheidungen der Luzerner Gerichte ein Massnahmeverfahren vor dem zugerichten Richter einleitete im Wesentlichen mit demselben Ziel und auf demselben Klagefundament. Wenn auch die einzelnen Vorwürfe zu ihrem Verhalten als Vertragspartnerin und ihrem Verhalten nach Auflösung des Vertrags je für sich alleine allenfalls nicht zu genügen vermöchten, der Klägerin die Aufnahme ins Servicehändler-Netz zu verwehren, so macht doch die Summe der Gründe nachvollziehbar, dass die Beklagte eine Weiterführung zu verstossen. Inwiefern ein Verstoss gegen das Lauterkeitsrecht vorliegen soll, ist ohnehin nicht ersichtlich und hat die Klägerin auch nicht näher dargelegt. Zu bedenken ist sodann, dass die Klägerin – unbestrittenermassen – nicht gehindert ist, sämtliche Reparatur- und Instandstellungsarbeiten an Fahrzeugen der Marke

Renault durchführen zu können, und auch die notwendigen Originalersatzteile, Spezialwerkzeuge und Diagnoseapparate unbehindert beziehen kann bzw. darauf Zugriff hat (act. 23 Ziff. 39, 44 und 45), wenn auch zu anderen Konditionen als eine zugelassene Werkstätte.

3.3.6 Ist es der Beklagten mithin gelungen nachzuweisen, dass sie sachliche Gründe hat, mit der Klägerin keine Vertragsbeziehung mehr einzugehen, ist ein Missbrauch ihrer angeblichen Marktbeherrschenden Stellung ausgeschlossen und ist die Klage auch im Eventualbegehren abzuweisen. Unter diesen Umständen ist auch ein Beizug der WEKO im Sinne von Art. 15 Abs. 1 KG, wie dies die Klägerin verlangt, obsolet. Ist ein Missbrauch ausgeschlossen, und das ist im vorliegenden Fall wie gezeigt auch ohne gutachterliche Abklärung durch die WEKO klar, kommt nicht darauf an, ob die Beklagte marktbeherrschend ist oder nicht, weshalb sich auch diesbezüglich eine Begutachtung durch die WEKO erübrigt.

4. Die Klage erweist sich daher insgesamt als unbegründet und ist daher abzuweisen.

Bei diesem Ausgang wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtsgebühren und die Parteientschädigung richten sich nach § 11 i.V.m. § 4 Abs. 1 KoV OG bzw. §§ 3, 5 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 und Abs. 2 und 3 AnwT.

Der Streitwert ist aufgrund der Angaben und Schätzungen der Parteien (act. 1 Rz I/4; act. 6 Rz I/6; act. 9 Rz 3; act. 12 Rz 18) aufgrund CHF 40'000.- zu beziffern.

Urteilsspruch

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Der Klägerin wird eine Entscheidungsbüher von CHF 5'000.- auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Die Klägerin hat der Beklagten für das vorliegende Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 13'200.- (MWSt und Auslagen inbegriffen) zu bezahlen.
4. Gegen diesen Entscheid ist die Beschwerde in Zivilsachen nach den Art. 72 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) zulässig; die Beschwerdegründe richten sich nach den Art. 95 ff. BGG. Eine allfällige Beschwerde ist innert 30 Tagen seit Zustellung des Entscheids schriftlich begründet und mit bestimmten Anträgen sowie unter Beilage des Entscheids und der Beweismittel (vgl. Art. 42 BGG) beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Die Beschwerde hat nach Art. 103 Abs. 1 BGG grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung.
5. [Mitteilung]

C 2

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale

C 2

1. Urteil vom 5. Juni 2013 in Sachen Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich – Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. September 2012

Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts (2C_1054/2012). Verfahrensbeteiligte: Startickets AG in Zollikon, Ticketino AG in Root Längenbold und Ticketportal AG in St. Gallen, alle drei vertreten durch [...] gegen Aktiengesellschaft Hallenstadion Zürich in Zürich und Ticketcorner AG in Rümlang beide vertreten durch [...] und Wettbewerbskommission in Bern. Gegenstand: Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich, Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II vom 19. September 2012

Sachverhalt:

A.

A.a. Am 2. Februar 2010 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (WEKO) eine Untersuchung gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gegen die Aktiengesellschaft Hallenstadion Zürich (nachfolgend: AGH) und die Ticketcorner AG betreffend den Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich.

A.b. Der Gegenstand der Untersuchung lässt sich wie folgt zusammenfassen: Die AGH sieht in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB; Stand: 2011) vor, dass Veranstalter verpflichtet sind, der AGH ein Kontingent von mindestens 50 Prozent der Tickets aus sämtlichen Kategorien zu Standardkonditionen in Konsignation zur Verfügung zu stellen. Ticketing-Partner der AGH ist die Ticketcorner AG. Die von ihnen getroffene Kooperationsvereinbarung sieht vor, dass mindestens 50 Prozent aller Tickets für Veranstaltungen im Hallenstadion durch die Ticketcorner AG vertrieben werden. Diese 50%-Klauseln in den AGB und der Kooperationsvereinbarung wirken sich nach den Erkenntnissen im Untersuchungsverfahren wie 100%-Klauseln aus. Das bedeutet, dass Veranstalter zwar die Möglichkeit hätten, mehrere Ticketvertriebsunternehmen mit dem Ticketvertrieb für Veranstaltungen im Hallenstadion zu betrauen, davon jedoch regelmässig absehen.

A.c. Im Untersuchungsverfahren räumte das Sekretariat der WEKO der Starticket AG, der Ticketino AG und der ticketportal AG Parteistellung nach Art. 6 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) ein.

B.

Mit Verfügung vom 14. November 2011 stellte die WEKO die Untersuchung ein. Dagegen erhoben die Starti-

cket AG, die Ticketino AG und die ticketportal AG Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Dieses trat mit Urteil vom 19. September 2012 mangels Beschwerdebefugnis nicht auf die Beschwerde ein.

C.

Vor Bundesgericht beantragen die Starticket AG, die Ticketino AG und die ticketportal AG, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. September 2012 aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, auf die Beschwerde vom 23. Januar 2012 einzutreten und die materiellen Rügen zu behandeln, eventualiter die Vorinstanz anzuweisen, das Verfahren zur Neu Beurteilung an die WEKO zurückzuweisen.

Die WEKO, das Bundesverwaltungsgericht und das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung verzichteten auf eine Vernehmlassung. Die AGH und die Ticketcorner AG beantragen die Abweisung der Beschwerde.

D.

Die Beschwerdeführerinnen haben am 18. Februar 2013 eine Replik eingereicht, worauf die Beschwerdegegnerinnen am 4. März 2013 dupliziert haben.

Erwägungen:

1.

1.1. Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit bzw. die Zulässigkeit des Rechtsmittels von Amtes wegen (Art. 29 Abs. 1 BGG) und mit freier Kognition (BGE 138 III 471 E. 1 S. 475; 137 III 417 E. 1 S. 417).

1.2. Öffentlich-rechtliche Entscheide der WEKO können beim Bundesverwaltungsgericht und hernach mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 31, Art. 32 i.V.m. Art. 33 Bst. f VGG [SR 173.32] bzw. Art. 82, Art. 83 i.V.m. Art. 86 Abs. 1 Bst. a BGG; vgl. Urteil 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 1.1, zur Publikation vorgesehen). Das angefochtene Urteil schliesst das Verfahren durch das Nichteintreten auf die Beschwerde ab und ist demnach ein Endentscheid (Art. 90 BGG). Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet ausschliesslich die verfahrensrechtliche Frage, ob das Bundesverwaltungsgericht zu Recht nicht auf die Beschwerde eingetreten ist. Die Beschwerdeführerinnen sind diesbezüglich beschwerdebefugt (Art. 89 Abs. 1 BGG; Urteil 2C_642/2011 vom 20. Februar 2012 E. 1.2 mit Hinweisen, nicht publ. in: BGE 138 II 162; 131 II 497 E. 1 S. 500 [noch zum OG]). Die übrigen Sachurteilsvo-

raussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass, sodass auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten einzutreten ist.

2.

2.1. Die Vorinstanz hat die Beschwerdebefugnis anhand von Art. 48 VwVG geprüft. Wo Wettbewerbsbeschränkungen strittig seien, könne eine Beschwerdebefugnis des Konkurrenten nur bejaht werden, wenn zusätzlich zur Konkurrenzsituation eine erhebliche Behinderung der wirtschaftlichen Position durch die wettbewerbsbeschränkende Massnahme hinzutrete. Aus der (Einstellungs-) Verfügung der WEKO ergebe sich, dass die Beschwerdeführerinnen nicht erheblich im Wettbewerb unter den Ticketleistungsanbietern behindert seien, auch wenn sie durch das Auftreten der Ticketcorner AG möglicherweise einen wirtschaftlichen Nachteil erleiden würden. Die durch die 50%-Klauseln eingeräumte privilegierte Stellung der Ticketcorner AG führe bei den Beschwerdeführerinnen nicht zu einem erheblichen Nachteil, der eine besondere, nahe Beziehung der Beschwerdeführerinnen zur Streitsache schaffen würde. Das Kartellrecht als solches vermittele die erforderliche Beziehungsnähe nicht, da es den freien Wettbewerb an sich, nicht aber die einzelnen Konkurrenten voneinander schütze. Die Beschwerdebefugnis sei daher zu verneinen.

2.2. Die Beschwerdeführerinnen rügen eine bundesrechtswidrige Aberkennung der Beschwerdebefugnis. Dabei habe die Vorinstanz den Sachverhalt offensichtlich falsch festgestellt, wenn sie die erhebliche Behinderung im Wettbewerb mit der Begründung verneine, dass etliche Veranstalter mit zwei verschiedenen Ticketanbietern zusammenarbeiten würden. Die Beschwerdeführerinnen seien in ihrem durch das Kartellgesetz geschützten Anspruch auf Teilnahme am Wettbewerb beeinträchtigt. Eine besondere Nähe zum Streitgegenstand ergebe sich dadurch, dass dieser Anspruch der Beschwerdeführerinnen bzw. Konkurrentinnen durch wettbewerbsbeschränkende Praktiken verletzt werde. Entscheidend sei, dass die Beschwerdeführerinnen durch diese Praktiken vom Wettbewerb ausgeschlossen seien bzw. faktisch nicht in den Markt eintreten könnten. Zu Unrecht setze sich die Vorinstanz darüber hinweg, dass bereits die WEKO den Beschwerdeführerinnen Parteistellung zuerkannt habe. Zudem vermische die Vorinstanz (materielle) Kriterien der kartellrechtlichen Zulässigkeit mit den (formellen) Kriterien der Beschwerdebefugnis. Schliesslich habe die Vorinstanz verkannt, dass die Schlussfolgerungen der WEKO betreffend Marktabgrenzung und Marktanteilen unzutreffend bzw. unvollständig seien. Bereits die WEKO habe eine falsche Eingrenzung der relevanten Märkte vorgenommen.

2.3. Die Beschwerdegegnerinnen wenden ein, es gehe vorliegend allein darum, ob die Beschwerdeführerinnen eine deutlich spürbare Verschlechterung ihrer Wettbewerbsposition und damit einen deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteil erleiden würden. Zu Recht habe die Vorinstanz dies verneint. Es gelinge den Beschwerdeführerinnen nicht, eine konkrete, deutlich spürbare Behinderung der wirtschaftlichen Position, d.h. einen kausalen Umsatzrückgang, nachzuweisen. Nicht entscheidend sei, ob die Beschwerdeführerinnen im Verfah-

ren vor der WEKO als Parteien eingestuft worden seien, zumal das Sekretariat der WEKO diese Frage nur oberflächlich geprüft habe. Soweit die Beschwerdeführerinnen ihre privaten Interessen durchsetzen wollen, stehe ihnen der Zivilrechtsweg offen (Art. 12 ff. KG). Die weiteren von den Beschwerdeführerinnen erhobenen Sachverhalts- und materiell-rechtlichen Rügen seien für die Eintretensfrage nicht wesentlich.

3.

3.1. Auf die kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren sind die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht (Art. 39 KG; BGE 137 II 199 E. 6.4 S. 218). Das Kartellgesetz enthält keine Bestimmung (mehr) zum Beschwerdeverfahren (vgl. Art. 44 aKG) und regelt namentlich die Beschwerdebefugnis nicht ausdrücklich. Es gilt daher für das Verfahren vor der Vorinstanz grundsätzlich die allgemeine Ordnung des Art. 48 VwVG (vgl. Art. 37 VGG; Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [nachfolgend: Botschaft Kartellgesetz], BBl 1995 I 468, 617 Ziff. 256.6; VINCENT MARTENET, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl., 2013, N. 132 zu Art. 39 KG; PETER HÄNNI, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, N. 19 ff. zu Nach Art. 43 KG; PAUL RICHLI, Kartellverwaltungsverfahren, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/2, Kartellrecht, 2000, S. 417 ff., 506 ff.).

3.2. Gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Nach Art. 48 Abs. 2 VwVG sind ferner jene Personen, Organisationen und Behörden zur Beschwerde berechtigt, denen ein anderes Bundesgesetz dieses Recht einräumt. Eine Konstellation im Sinne von Art. 48 Abs. 2 VwVG besteht vorliegend nicht. Die Beschwerdebefugnis beurteilt sich somit nach Art. 48 Abs. 1 VwVG, der Art. 89 Abs. 1 BGG entspricht und in Anlehnung an diesen auszulegen ist (Urteil 2C_119/2013 vom 9. Mai 2013 E. 2.2, zur Publikation vorgesehen; Urteile 2C_94/2012 vom 3. Juli 2012 E. 2.1; 9C_823/2011 vom 23. März 2012 E. 1.3).

3.3. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts (Urteil 2C_485/2010 vom 3. Juli 2012 E. 1.2.4, nicht publ. in: BGE 138 I 378, mit Hinweis auf BGE 127 II 264 E. 2c S. 269; 125 I 7 E. 3d S. 9) sind Konkurrenten nicht schon aufgrund der blossen Befürchtung, einer verstärkten Konkurrenz ausgesetzt zu sein, beschwerdebefugt; diese Art des Berührtseins liegt vielmehr im Prinzip des freien Wettbewerbs. Erforderlich ist eine schutzwürdige besondere Beziehungsnähe, die sich aus der einschlägigen gesetzlichen Ordnung ergibt. So kann ein schutzwürdiges Interesse für Konkurrenten in Wirtschaftszweigen vorliegen, in welchen sie durch wirtschaftspolitische oder sonstige spezielle Regelungen in eine solche besondere Beziehungsnähe untereinander versetzt werden (Urteil 2C_694/2009 vom 20. Mai 2010 E. 1.1, nicht publ. in: BGE 136 II 291; vgl. auch BGE 135 II 243 E. 1.2 S. 246 f.; MOOR/POLTIER, Droit administratif,

Bd. 2, 3. Aufl., 2011, S. 740). Ferner ist ein Konkurrent beschwerdebefugt, soweit er geltend macht, andere Konkurrenten würden privilegiert behandelt. Hingegen kann das bloss allgemeine Interesse der Konkurrenten, dass die für alle geltenden Vorschriften gegenüber den anderen Wirtschaftsteilnehmern korrekt angewendet werden, keine Beschwerdebefugnis begründen (BGE 125 I 7 E. 3g/bb S. 11 f.; 123 II 376 E. 4b/bb S. 380 f.), und zwar auch nicht zugunsten der Konkurrenten, welche befürchten, infolge einer angeblich rechtswidrigen Zulassung neuer Produkte einen Umsatzrückgang zu erleiden (BGE 123 II 376 E. 5b S. 382 ff.; Urteil 2C_348/2011 vom 22. August 2011 E. 2.3). Konkurrenten sind sodann nicht beschwerdebefugt, wenn sie nicht eine Dritten zugestandene Begünstigung rügen, sondern im Gegenteil verhindern wollen, dass - ohne Vorliegen einer "Schutznorm" im genannten Sinne - Dritten das zugestanden wird, was ihnen auch zusteht (BGE 131 I 198 E. 2.6 S. 203 ff.).

3.4. Das Bundesgericht hatte bisher nicht zu entscheiden, ob die Kartellgesetzgebung die Konkurrenten untereinander in eine besondere Beziehungsnähe versetzt. Allerdings hat das Bundesgericht mit Bezug auf die Konkurrentenbeschwerde im Bereich des Versicherungswesens darauf hingewiesen, dass die Interessen der Konkurrenten an einem wirksamen Wettbewerb über das Wettbewerbsrecht und insbesondere die Kartellgesetzgebung geschützt werden (BGE 138 I 378 E. 9.4 S. 401; Urteil 2C_94/2012 vom 3. Juli 2012 E. 2.10). Im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung des Art. 48 VwVG ist zu berücksichtigen, dass die Konkurrentenbeschwerde im Bereich der Kartellgesetzgebung dazu beiträgt, die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Konkurrenten (Art. 27 i.V.m. Art. 35 Abs. 3 BV) und damit wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten (Art. 96 BV). Während sich Konkurrenten gegen staatliche Wettbewerbsverzerrungen unter Anrufung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Konkurrenten zur Wehr setzen können (vgl. BGE 138 I 378 E. 6.1 S. 385; 136 I 1 E. 4.4 S. 16 f. mit Hinweisen), gewährleistet das Kartellgesetz den wirksamen Wettbewerb zwischen Marktteilnehmern. Das spiegelt sich im Regelungszweck der Kartellgesetzgebung wider, die den Wettbewerb als Institution wie auch die Persönlichkeit der einzelnen Wettbewerbsteilnehmer schützt (BGE 129 II 18 E. 5.2.1 S. 24, 497 E. 6.4.2 S. 538; Urteil 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 10.1.2 und E. 10.4.2, zur Publikation vorgesehen). Spricht ansonsten das Prinzip des freien Wettbewerbs und seine verfassungsrechtliche Anerkennung gegen die besondere Beziehungsnähe unter den Konkurrenten, verhält es sich im Bereich des Wettbewerbsrechts gerade anders: Die Konkurrenten setzen sich - wenn auch in eigenem, "egoistischen" Interesse - für die Gewährleistung wirksamen Wettbewerbs ein.

3.5. Diese rechtliche Ausgangslage bekräftigt das Vorliegen eines prozessrechtlichen Rechtsschutzinteresses, auf das es bei der Beschwerdebefugnis nach Art. 48 VwVG ankommt (BGE 135 II 172 E. 2.1 S. 174; 133 I 185 E. 4.1 S. 192; 123 II 376 E. 4c S. 381; 121 I 267 E. 3c S. 270; vgl. FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., 1983, S. 152; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2008, Rz 2.70). Das Kartellgesetz als Ordnung zur

Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs versetzt die Konkurrenten in eine besondere, beachtenswerte, nahe Beziehung zueinander. Sie sind von einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung direkt und unmittelbar betroffen und haben an deren Beseitigung ein praktisches und schutzwürdiges Interesse. Nicht abschliessend zu beantworten ist an dieser Stelle, inwiefern dies auch für andere Marktteilnehmer (insb. Abnehmer und Lieferanten) gilt, da die Beschwerdeführerinnen unstrittig in einem aktuellen Konkurrenzverhältnis zur Ticketcorner AG stehen.

4.

4.1. Bei der Umschreibung der Beschwerdebefugnis nach Art. 48 VwVG sind die Wechselwirkungen zwischen dem Verwaltungsverfahrensgesetz und den kartellrechtlichen Verfahrensvorschriften zu berücksichtigen: Die allgemeinen Regeln des VwVG sind kartellrechtskonform und die Sonderregeln des Kartellgesetzes VwVG-konform auszulegen (vgl. Art. 4 VwVG und Art. 39 KG; STEFAN BILGER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, N. 16 zu Vor Art. 39-44 KG; vgl. BGE 135 II 172 E. 2.3.2 S. 178, 60 E. 3.1.3 S. 69; Urteil 2C_119/2013 vom 9. Mai 2013 E. 2.3, zur Publikation vorgesehen). Dabei sind nach der Systematik des Verwaltungsverfahrensgesetzes Parteistellung (Art. 6 VwVG) und Beschwerdebefugnis (Art. 48 VwVG) aufeinander abgestimmt (BGE 131 II 587 E. 5.2 S. 592; Urteil 2C_119/2013 vom 9. Mai 2013 E. 2.2, zur Publikation vorgesehen). Art. 6 VwVG umschreibt den Parteibegriff offen und knüpft über den Verweis auf die Beschwerdebefugnis nach Art. 48 VwVG an das Rechtsschutzinteresse an. Zu den Parteien zählen damit neben materiellen Verfügungsadressaten auch Dritte, die in einem besonders engen, spezifischen Verhältnis zum Verfügungsgegenstand stehen und deren Situation durch den Ausgang des Verfahrens in relevanter Weise beeinflusst werden kann (Urteil 2C_119/2013 vom 9. Mai 2013 E. 2.2, zur Publikation vorgesehen; Urteil 2C_762/2010 vom 2. Februar 2011 E. 4.1).

4.2. Daraus folgt, dass über den Kreis der beschwerdebefugten Konkurrenten (Art. 48 VwVG) mittelbar auch die Parteien (Art. 6 VwVG) im Kartellverwaltungsverfahren umschrieben werden. Es bestehen damit Berührungspunkte zu Art. 43 KG, der die Beteiligung Dritter am kartellrechtlichen Untersuchungsverfahren (Art. 27 ff. KG) ausdrücklich regelt. Am Verfahren können sich nach Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG unter anderem Personen beteiligen, die aufgrund der Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder in der Ausübung des Wettbewerbs behindert sind. Dazu zählen die aktuellen Konkurrenten, die sich auf dem Markt bewegen, auf dem sich die Wettbewerbsbeschränkung auswirkt (BILGER, a.a.O., N. 12 zu Art. 43 KG; PHILIPPE BORENS, Die Rechtsstellung Dritter im Kartellverwaltungsverfahren der Europäischen Gemeinschaft und der Schweiz, 2000, S. 213). Die Beteiligung Dritter liegt dabei nicht nur in deren Interesse, sondern trägt auch Wesentliches zur Klärung des rechtserheblichen Sachverhalts bei und erhöht damit die Qualität der Entscheide. Daneben dient die Ordnung des Art. 43 KG einem effizienten Verfahren. Dies zeigt sich besonders in der abschliessenden Umschreibung des Kreises der Beteiligungsberechtigten, dem Anmeldeerfordernis für die Beteiligung (Art. 43 Abs. 1 KG i.V.m.

Art. 28 Abs. 2 KG) sowie der Möglichkeit, eine gemeinsame Vertretung zu verlangen und die Beteiligungsrechte auf eine Anhörung zu beschränken (Art. 43 Abs. 2 KG). Art. 43 KG stimmt demnach das Interesse der unter Umständen zahlreichen Dritten an der Mitwirkung auf die Erfordernisse eines rechtmässigen und effizienten Verfahrens ab (vgl. BORENS, a.a.O., S. 107 ff.; VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., 2008, Rz 1707 ff.; RICHLI, a.a.O., S. 495 f.).

4.3. Hingegen äussert sich Art. 43 KG nach zutreffender Auffassung nicht dazu, ob den nach Art. 43 Abs. 1 KG beteiligungsberechtigten Dritten auch Parteistellung im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG zukommt. Vielmehr richtet sich diese Verfahrensfrage nach Art. 6 VwVG. So setzt Art. 43 KG die Unterscheidung zwischen beteiligungsberechtigten Dritten und Parteistellung voraus, indem Art. 43 Abs. 2 KG die Beschränkung der Beteiligung auf eine Anhörung nur zulässt, soweit Dritten keine Parteistellung zukommt. Diese Unterscheidung geht denn auch ausdrücklich aus den Materialien hervor (Botschaft Kartellgesetz, BBl 1995 I 468, 616 Ziff. 256.5) und hat sich in der jüngeren Lehre durchgesetzt (z.B. BILGER, a.a.O., N. 21 ff. zu Art. 43 KG; BORENS, a.a.O., S. 215 ff.; CHRISTIAN BOVET, Les tiers devant les Commissions fédérales des banques, de la concurrence et de la communication, in: Les tiers dans la procédure administrative, 2004, S. 145 ff., 156; BENOÎT MERKT, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl., 2013, N. 8 ff. und N. 19 zu Art. 43 KG; RICHLI, a.a.O., S. 495 ff.; anders JÜRGEN BORER, Wettbewerbsrecht I, 3. Aufl., 2011, N. 6 zu Art. 43 KG).

4.4. Die in Art. 43 KG angelegte Unterscheidung zwischen beteiligungsberechtigten Dritten mit und ohne Parteistellung hat bei der Auslegung der VwVG-Normen, namentlich von Art. 6 und 48 VwVG, einzufließen. Der Kreis der nach Art. 43 Abs. 1 KG beteiligungsberechtigten Dritten kann - je nach den Umständen - einen beachtlichen Umfang annehmen. Wollte man ihnen ohne Weiteres ein Rechtsschutzinteresse nach Art. 6 und 48 VwVG zusprechen, würde die über Art. 43 KG angestrebte Abstimmung der Beteiligungsrechte auf die Bedürfnisse eines raschen und korrekten Verfahrens zu einem guten Stück unterlaufen. Wird dagegen zwischen beteiligungsberechtigten Dritten mit und ohne Parteistellung unterschieden, kann der Kreis der beteiligungsberechtigten Dritten nach Art. 43 Abs. 1 KG relativ weit gefasst werden (BORENS, a.a.O., S. 213; RICHLI, a.a.O., S. 498). Das trägt zur Rechtsverwirklichung bei, ohne ein effizientes Verfahren auch bei einer Vielzahl von Beteiligten zu verunmöglichen (vgl. Art. 43 Abs. 2 KG) und das Beschwerderecht in Richtung einer unerwünschten Popularbeschwerde zu öffnen. Hinzu kommt, dass das kartellrechtliche Verwaltungsverfahren primär der Durchsetzung öffentlicher Interessen dient, während für die Durchsetzung vorrangig privater Interessen der Zivilrechtsweg nach Art. 12 ff. KG offensteht (BGE 131 II 497 E. 5.5 S. 514; 130 II 521 E. 2.9 S. 529, 149 E. 2.4 S. 156; Urteil 2A.161/2006 vom 12. Oktober 2006 E. 3.2). Angesichts dieser gesetzlich vorgesehenen Gabelung des Rechtsschutzes ist zu vermeiden, dass das Verwaltungsverfahren zu stark auf private Interessen ausgerichtet wird.

4.5. Aus den genannten Gründen ist einem Konkurrenten ungeachtet seiner Beteiligung am Untersuchungsverfahren nach Art. 43 Abs. 1 KG nicht ohne Weiteres die Parteistellung (Art. 6 VwVG) und die Beschwerdebefugnis (Art. 48 VwVG) einzuräumen, sondern nur dann, wenn er einen deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteilerleidet (im Ergebnis ebenso STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen [nachfolgend: Verwaltungsverfahren], 2002, S. 214 ff., 224 ff.; BORENS, a.a.O., S. 209 f.; jeweils mit Hinweis auf einen Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen [REKO/WEF] vom 25. April 1997, publ. in: RPW 2/1997 S. 243 ff.). Ein deutlich spürbarer wirtschaftlicher Nachteil setzt eine konkrete, individuelle Betroffenheit voraus und liegt vor, wenn sich die beanstandete Abrede oder Verhaltensweise in wesentlichem Ausmass nachteilig auf den Konkurrenten auswirkt, namentlich indem er eine Umsatzeinbusse erleidet. Eine besondere Schwere ist dabei nicht vorausgesetzt. Hingegen hat der beschwerdeführende Konkurrent im Rahmen seiner Mitwirkungs- und Begründungspflicht darzulegen, dass er einen deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteil erleidet, soweit dies nicht klar aus den Akten ersichtlich ist (Art. 13 VwVG und Art. 52 Abs. 1 VwVG; BGE 120 Ib 431 E. 1 S. 433 mit Hinweis).

4.6. Über das Vorliegen eines wirtschaftlichen Nachteils im umschriebenen Sinne hinaus kann jedoch entgegen der Vorinstanz keine weitere Schranke für die Beschwerdebefugnis gesetzt werden. So kann sie nicht erst dann bejaht werden, wenn der wirksame Wettbewerb nicht mehr funktioniert (so aber BILGER, Verwaltungsverfahren, S. 215; RICHLI, a.a.O., S. 509). Damit würde die materiell-rechtliche Beurteilung auf der Stufe der Beschwerdebefugnis vorweggenommen, mit der Folge, dass der Rechtsschutz von Konkurrenten weitgehend ausgeschlossen wäre, sofern die WEKO eine Einstellungsverfügung getroffen und damit das Vorhandensein von wirksamem Wettbewerb bejaht hat. Einen solchen Ausschluss der Beschwerdebefugnis und damit der gerichtlichen Kontrolle der Tätigkeit der Wettbewerbsbehörden hat der Gesetzgeber jedoch bei der Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen - im Unterschied zur Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 43 Abs. 4 KG; BGE 131 II 497 E. 5 S. 508 ff.) - gerade nicht vorgesehen. Es muss daher für die Beschwerdebefugnis genügen, dass sich die Abrede oder Verhaltensweise in wesentlichem Ausmass nachteilig auf den Konkurrenten auswirkt.

5.

5.1. Vorliegend hat die Vorinstanz ausgeführt „dass trotz der 50%-AGB-Klausel etliche Veranstalter - z.B. aus Gründen der besseren Verfügbarkeit von Tickets im Ausland oder aus örtlichen Gründen - mit zwei verschiedenen Ticketanbietern zusammenarbeiten“. Zu Recht wenden die Beschwerdeführerinnen ein, dass diese Ausführungen mit Bezug auf die Veranstaltungen im Hallenstadion klar aktenwidrig sind. Die WEKO hat in ihrer Verfügung festgestellt, „dass sich die 50%-AGB-Klausel jedenfalls in den allermeisten Fällen wie eine 100%-ige Klausel auswirkt. Die Veranstalter hätten zwar rechtlich die Möglichkeit, mehrere Ticketvertriebsunternehmen mit dem Ticketvertrieb zu betrauen, faktisch

sehen sie jedoch von einer Nutzung dieser Möglichkeit regelmässig ab.“ Inwiefern von dieser Sachverhaltsfeststellung abzuweichen ist, begründet die Vorinstanz nicht, sondern verweist gerade auf die Ausführungen der WEKO. Es ist daher auf die Erkenntnisse des Untersuchungsverfahrens abzustellen (Art. 105 Abs. 2 BGG).

5.2. Die Beschwerdeführerinnen 1 und 3 haben bereits im Verfahren vor der WEKO anhand konkreter Veranstaltungen dargelegt, dass sie aufgrund der beanstandeten Abrede bzw. Verhaltensweise (50%-Klauseln) deutlich spürbare wirtschaftliche Nachteile in Form von Umsatzeinbussen erleiden. Unter Verweis darauf hat die WEKO den Beschwerdeführerinnen 1 und 3 Parteistellung zuerkannt. Damit ist auch die Beschwerdebefugnis der Beschwerdeführerinnen 1 und 3 aufgrund der Akten erstellt und zu bejahen. Dagegen hat die Beschwerdeführerin 2 zu keinem Zeitpunkt ihre Beschwerdebefugnis näher dargelegt. Die WEKO bejahte die Parteistellung im Sinne einer „dynamischen Betrachtungsweise“, da die 50%-AGB-Klausel verhindere, dass die Beschwerdeführerin 2 überhaupt erst Kunden gewinnen könne, die ihr den Ticketvertrieb für im Hallenstadion stattfindende Anlässe übertragen würden. Darin liegt jedoch nichts anderes als ein Hinweis auf die allgemeine Wirkung der 50%-Klauseln, ohne dass ersichtlich ist, ob die Beschwerdeführerin 2 einen konkreten, individuellen wirtschaftlichen Nachteil erleidet. Dies ist aufgrund der Akten nicht klar erstellt und wird von der Beschwerdeführerin 2 nicht dargelegt. Namentlich konnte sie den erlittenen wirtschaftlichen Nachteil nicht beziffern. Weder vor der Vorinstanz noch im bundesgerichtlichen Verfahren hat die Beschwerdeführerin 2 hierzu Näheres ausgeführt. Die Vorinstanz hat daher die Beschwerdebefugnis der Beschwerdeführerin 2 im Ergebnis zu Recht verneint.

6.

6.1. Aufgrund des Ausgeführten ist die Beschwerdebefugnis der Beschwerdeführerinnen 1 und 3 nach Art. 48 VwVG zu bejahen, während die Vorinstanz zu Recht nicht auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin 2 eingetreten ist. Infolgedessen wird die Beschwerde teilweise gutgeheissen und der angefochtene Entscheid insofern aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen, als den Beschwerdeführerinnen 1 und 3 die Beschwerdebefugnis abgesprochen worden ist. Das Bundesverwaltungsgericht hat dem Ausgang des vorliegenden Verfahrens entsprechend die vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfrage neu zu regeln (vgl. Art. 107 Abs. 2 i.V.m. Art. 67 und 68 Abs. 5 BGG).

6.2. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten des bundesgerichtlichen Verfahrens anteilmässig den unterliegenden Beschwerdegegnerinnen und der Beschwerdeführerin 2 aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 und 5 BGG). Die Beschwerdeführerin 2 hat den Beschwerdegegnerinnen einen angemessenen Anteil der Parteikosten zu ersetzen, während die Beschwerdegegnerinnen die obsiegenden Beschwerdeführerinnen 1 und 3 angemessen zu entschädigen haben (Art. 68 i.V.m. Art. 66 Abs. 5 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Der angefochtene Entscheid wird insoweit aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an das Bundesverwaltungsgericht zurückgewiesen, als den Beschwerdeführerinnen 1 und 3 die Beschwerdebefugnis abgesprochen worden ist. Mit Bezug auf die Beschwerdeführerin 2 wird die Beschwerde abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 5'000.- werden den Beschwerdegegnerinnen unter Solidarhaft zu Fr. 3'333.- und der Beschwerdeführerin 2 zu Fr. 1'667.- auferlegt.

3.

Die Beschwerdeführerin 2 hat die Beschwerdegegnerinnen als Solidargläubigerinnen für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 1'677.- zu entschädigen.

4.

Die Beschwerdegegnerinnen haben unter Solidarhaft die Beschwerdeführerinnen 1 und 3 als Solidargläubigerinnen für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 3'333.- zu entschädigen.

5.

Die Sache wird zur Neuverlegung der Kosten und der Parteientschädigung des vorangegangenen Verfahrens an das Bundesverwaltungsgericht zurückgewiesen.

6.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, und dem Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung schriftlich mitgeteilt.

Abkürzungsverzeichnis

Registre des abréviations

Indice delle abbreviazioni

		GebrV	and Trade Verordnung über Gebrauchsgegenstände
		GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
		GU	Gemeinschaftsunternehmen
A		H	
AF	Arrêté fédéral	HGer	Handelsgericht
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics	HMG	Heilmittelgesetz
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)	I	
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin	IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts	IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel	J	
B		JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
BA	Bundesamt	JdT	Journal des Tribunaux
BB	Bundesbeschluss	K	
BBI	Bundesblatt	KG	Kartellgesetz
BG	Bundesgesetz	KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt	KSG	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung	KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung
BGer	Bundesgericht	L	
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats	LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national	LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen	LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
BR	Bundesrat	LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction	LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale	LCsl	Legge federale contro la concorrenza sleale
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati	LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur
BV	Bundesverfassung	LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess	LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
C		LF	Loi fédérale / Legge federale
CC	Code civil	LL	Legge federale sul lavoro
CE	Communauté Européenne	LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
CE	Conseil des Etats	LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
CF	Conseil fédéral	LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
FR.	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri	LOTG	Legge federale sugli ostacoli tecnici commercio
CO	Code des obligations	LPM	Loi fédérale sur la protection des marques
Cost.	Costituzione federale	LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
CPC	Code (cantonal) de procédure civile	LSPr	Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi
CPS	Code pénal suisse	M	
cst.	Constitution fédérale	N	
D		O	
DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)	O	Ordonnance
DPC	Droit et politique de la concurrence (=RPW)	OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique
DG	Direction Générale (UE)	OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico
E			
EU	Europäische Union		
F			
FF	Feuille fédérale		
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)	U	
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	UE	Union Européenne
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
PüG	Preisüberwachungsgesetz	URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
Q		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, 288
 Abrede 285 ff., 312 ff., 321 f., 326 f., 350 f., 357 ff., 380, 287 ff., 456 ff., 470 f.
 Acquiring -
 Anhörung 470
 Apotheker/innen -
 Ärzte(-Verband) -
- B**
- Banken 316, 321, 323, 356, 367, 402, 441
 Befristung des Entscheids -
 Breitbanddienste -
 Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten -
 Domestic Interchange Fee -
- E**
- Effizienzgründe -
 Effizienzprüfung -
 Einstellung einer Untersuchung -
 einvernehmliche Regelung -
 Erheblichkeit 312 f., 464
 Exklusivvertrieb -
- 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 293, 316, 318, 327, 350, 356, 358, 380, 386, 390 f.
 Koppelungsgeschäft -
- Kostenraster -
 Krankenversicherer -
 Kreditkarten 327
 Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons -
- M**
- Marktaufteilung 312
 marktbeherrschende Stellung 317, 325 ff., 330 ff., 352, 355, 360 f., 379, 382, 385, 388, 393 f., 397, 457
 Marktgegenseite 293, 296, 299 f., 320, 328 f., 352, 354, 361 f., 382 f., 394 f.
 Marktorganisation -
 Marktstruktur 317, 358
 Marktzutrittsschranken 409
 Meldepflicht 316 ff., 325 ff., 351 f., 357, 360 f., 381 f., 390, 392 ff., 403 f., 409
 Missbrauch 393, 458, 465 f.
- N**
- Netzwerk 350, 352 ff., 383
 Netzwerkkosten -
 Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten -
 potenzieller Wettbewerb -
 Preisabrede -
 Preisbindung zweiter Hand -
- Q**
- Quersubventionierung -
- R**
- Rabatte -
 Reduktion der Sanktion -
- S**
- Sanktionen 324, 446
 Senkung Herstellkosten -
 Submission -
 Submissionskartell -
- T**
- Tarife 302, 344, 399
 Tarifvertrag -
 Tierärzte/innen -

Transparenzmassnahmen -

vorgezogene Recyclinggebühren -

U

Umstossung der Vermutung -

W

Untersuchung 321 ff., 391, 399 f., 411, 441 ff., 467, 469 ff.

Wettbewerb um den Markt -

unzulässige Wettbewerbsabrede -

X

V

Y

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -

Z

Veröffentlichung -

Zahlungsmittel -

Verschulden -

zweiseitige Märkte 354, 367 ff., 378, 383

Vierparteiensysteme -

vorbehaltene Vorschriften 286, 327, 351, 359, 381, 392
