

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

**2012/3**

---

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern  
(Herausgeber)

Vertrieb:  
BBL  
Vertrieb Bundespublikationen  
CH-3003 Bern

[www.bundespublikationen.admin.ch](http://www.bundespublikationen.admin.ch)

Preis Einzelnummer:  
CHF 30.-  
Preis Jahresabonnement:  
CHF 120.- Schweiz  
CHF 145.- Ausland  
(Form: 727.000.12/3)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la  
concurrence  
CH-3003 Berne  
(Editeur)

Diffusion:  
OFCL  
Diffusion publications  
CH-3003 Berne

[www.publicationsfederales.admin.ch](http://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](http://www.pubblicazionifederali.admin.ch)

Prezzo per esemplare:  
CHF 30.-  
Prezzo dell'abbonamento:  
CHF 120.- Svizzera  
CHF 145.- estero

---

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

2012/3

**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 2012

---

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

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

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

<b>B</b>	<b>Verwaltungsrechtliche Praxis</b> <b>Pratique administrative</b> <b>Prassi amministrativa</b>	
<b>B 1</b>	<b>Sekretariat der Wettbewerbskommission</b> Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
<b>1.</b>	<b>Vorabklärungen</b> <b>Enquêtes préalables</b> <b>Inchieste preliminari</b>	
	1. Erdgas Zentralschweiz AG	459
	2. Elektrovelos Flyer	476
	3. 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	482
<b>4.</b>	<b>Beratungen</b> <b>Conseils</b> <b>Consulenze</b>	
	1. Rabattdifferenzierung bei Lieferungen in die Schweiz	524
<b>5.</b>	<b>BGBM</b> <b>LMI</b> <b>LMI</b>	
	1. Die Niederlassungsfreiheit für juristische Personen am Beispiel einer Zahnarztklinik / La liberté d'établissement pour les personnes morales à l'exemple d'une clinique de soins médicaux dentaires	526
	2. Interkantonaler Marktzugang für fachlich selbständige Rettungssanitäter	530
<b>B 2</b>	<b>Wettbewerbskommission</b> Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
<b>2.</b>	<b>Untersuchungen</b> <b>Enquêtes</b> <b>Inchieste</b>	
	1. BMW	540
	2. Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäreanlagen	615
	3. Recommandations tarifaires de l'Union suisse des professionnels de l'immobilier – Section Neuchâtel	657
<b>3.</b>	<b>Unternehmenszusammenschlüsse</b> <b>Concentrations d'entreprises</b> <b>Concentrazioni di imprese</b>	
	1. Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet	669
	2. Tamedia/Giacomo Salvioni/20 minuti/TIO	680
	3. GIM/Fluxys/Swissgas/FluxSwiss/Transitgas	692
<b>5.</b>	<b>Andere Entscheide</b> <b>Autres décisions</b> <b>Altre decisioni</b>	
	1. Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäreanlagen – Verfügung betreffend Geschäftsgeheimnisse/Verfügungspublikation	700
<b>8.</b>	<b>BGBM</b> <b>LMI</b> <b>LMI</b>	
	1. Interkantonaler Marktzugang einer Assistenz Zahnärztin aus dem Kanton Appenzell A. Rh.	708
<b>B 3</b>	<b>Bundesverwaltungsgericht</b> Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale	
	1. Beschluss des Bundesstrafgerichts vom 11. Juli 2012 – Entsiegelung (Art. 50 Abs. 3 VStrR)	716

---

<b>E</b>	<b>Divers</b>	
	<b>Divers</b>	
	<b>Diversi</b>	
<b>E 2</b>	<b>Gutachten</b>	
	Avis	
	Pareri	
	1. Avis de droit FTTH Lausanne – Projet d'accord de coopération entre les Services industriels de Lausanne et Swisscom (Schweiz) AG	721
	2. Avis de droit Partenariat RER/EWZ – Projet de coopération Eoliennes de Provence SA	737
	<b>Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)</b>	740
	<b>Index (deutsch, français e italiano)</b>	742

---



## B Verwaltungsverfahrenliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa

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

B 1	<b>1. Vorabklärungen</b> Enquêtes préalables Inchieste preliminari
B 1.1	<b>1. Erdgas Zentralschweiz AG</b>

*Schlussbericht vom 8. Mai 2012 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Erdgas Zentralschweiz AG wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG*

#### A Sachverhalt

##### A.1 Gegenstand der Vorabklärung

1. Die vorliegende Vorabklärung betrifft das Verhalten der Erdgas Zentralschweiz AG (nachfolgend EGZ) bei Gesuchen Dritter um Netznutzung bzw. Speichernutzung. Konkret geht es um die unterschiedlichen Verfahren, die die EGZ zur Berechnung der Netznutzungs- bzw. Speichernutzungsentgelte für Aktionäre und Dritte anwendet. Ziel der Vorabklärung ist die Beurteilung, ob Anhaltspunkte für eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinn von Art. 7 Abs. 2 Bst. b des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) bestehen, welche Anlass für die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 Abs. 1 KG geben.

2. Die EGZ ist eine regionale Erdgastransport- und Handelsgesellschaft mit Sitz in Luzern. Sie beschafft, transportiert und speichert Erdgas im Auftrag der lokalen Gasversorgungsunternehmen der Zentralschweiz sowie für Dritte. Zu diesem Zweck betreibt die EGZ ein eigenes Hochdruckrohrleitungsnetz. Über dieses Netz erfolgt der Erdgastransport zu den lokal tätigen Versorgungsunternehmen, die gleichzeitig die Aktionäre der EGZ sind, sowie zu Dritten.<sup>1</sup>

3. Mehrheitsaktionärin der EGZ ist die Energie Wasser Luzern Holding AG (nachfolgend EWL) mit einem Aktienanteil von 64,95 Prozent; die Wasserwerke Zug AG (nachfolgend WWZ) hält 35 Prozent der Aktien und das Elektrizitätswerk des Bezirks Schwyz 0,05 Prozent. Die Geschäftsführung der EGZ wird durch die EWL wahrgenommen.<sup>2</sup>

4. Am 7. Dezember 2010 schlossen die beiden Hauptaktionäre der EGZ einen Aktionärbindungsvertrag ab. Gleichzeitig traf die EGZ mit der EWL und der WWZ eine Vereinbarung betreffend den Transport und die Speicherung von Erdgas und eine solche betreffend die Belieferung mit Erdgas. Das Inkrafttreten sowohl des Aktionärbindungsvertrags wie auch der beiden Vereinbarungen wurde auf den 1. Januar 2011 festgelegt.<sup>3</sup>

5. Im Rahmen der Vereinbarung betreffend die Belieferung mit Erdgas haben sich die EWL und die WWZ – nachfolgend auch Partner genannt – (u. a.) prinzipiell verpflichtet, die gesamten von ihnen bzw. ihren Gruppengesellschaften benötigten Erdgasmengen von der EGZ zu beziehen.<sup>4</sup> Zudem wurde vereinbart, dass die Preise, die die EGZ ihren Partnern in Rechnung stellt, grundsätzlich gleich sein müssen.<sup>5</sup>

6. Gegenstand des Aktionärbindungsvertrags bildet sodann die Transportkapazitätsnutzung für Erdgas, wobei auch entsprechende Gesuche Dritter thematisiert werden. Es wird diesbezüglich im Wesentlichen festgehalten, dass die EGZ solche Gesuche Dritter um Netznutzung behandelt, entscheidet und allenfalls umsetzt. Die EGZ wende dabei „die jeweils anwendbaren gesetzlichen Regeln und allfällige Branchenstandards“ an.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Vgl. Meldung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG vom 23. Dezember 2010 (nachfolgend Meldung), Ziff. 1.1; www.egz.ch.

<sup>2</sup> Vgl. www.egz.ch.

<sup>3</sup> Vgl. Aktionärbindungsvertrag zur EGZ zwischen EWL und WWZ vom 7. Dezember 2010 (nachfolgend Aktionärbindungsvertrag), Ziff. 17.3.2; Vereinbarung betreffend den Transport und die Speicherung von Erdgas vom 7. Dezember 2010 (nachfolgend Vereinbarung betreffend den Transport und die Speicherung), Ziff. 16.1; Vereinbarung betreffend die Belieferung mit Erdgas vom 7. Dezember 2010 (nachfolgend Vereinbarung betreffend die Belieferung), Ziff. 15.1.

<sup>4</sup> Vgl. Vereinbarung betreffend die Belieferung, Ziff. 2.2; vgl. auch Aktionärbindungsvertrag, Ziff. 9.1.1.

<sup>5</sup> Vgl. Vereinbarung betreffend die Belieferung, Ziff. 7.2; vgl. auch Aktionärbindungsvertrag, Ziff. 7.

<sup>6</sup> Vgl. Aktionärbindungsvertrag, Ziff. 8.2.3.

Dies impliziert insbesondere, dass das Entgelt, welches die EGZ Dritten für die Benutzung ihres Hochdruckrohrleitungsnetzes in Rechnung stellt, nach den Regeln der „Transportkoordinationsvereinbarung NBE Regional“ ermittelt wird. Das Netznutzungsentgelt, welches die Partner zu entrichten haben, besteht demgegenüber aus den Selbstkosten der EGZ zuzüglich einer Risiko- und Gewinnmarge<sup>7</sup>. Details zur Berechnung der Kosten bzw. des Entgelts finden sich in den Anhängen zur Vereinbarung betreffend den Transport und die Speicherung von Erdgas. Da der Aktionärbindungsvertrag somit zur Berechnung des Netznutzungsentgelts bei Partnern eine andere Methode vorsieht als bei Dritten, ist es möglich, dass Dritte für eine Transportdienstleistung der EGZ einen höheren Preis bezahlen müssen als die EWL und die WWZ (bzw. deren Tochtergesellschaften).

7. Das soeben Ausgeführte gilt grundsätzlich gleichermaßen für die Speichernutzung. Auch hier basieren die Nutzungsentgelte, die Aktionäre zu entrichten haben und jene, die für Dritte zur Anwendung gelangen, auf unterschiedlichen Berechnungsmethoden. Gemäss Aktionärbindungsvertrag bezahlen die Partner (bzw. deren Tochtergesellschaften) ein Speichernutzungsentgelt, welches aus den Selbstkosten der EGZ für den Betrieb der Speichereinrichtungen und einer Risiko- und Gewinnmarge besteht. Bei Drittspeichernutzung ist für die Berechnung des Entgelts wiederum die Anwendung der gesetzlichen Regeln und allfälliger Branchenstandards vorgesehen.<sup>8</sup> Derartige Branchenstandards existieren zurzeit jedoch keine.

8. Gegenstand der Vorabklärung bildet zusammenfassend die in den genannten Verträgen vom 7. Dezember 2010<sup>9</sup> vorgesehene einseitige Anwendung der Transportkoordinationsvereinbarung NBE Regional gegenüber Dritten – nicht aber gegenüber Aktionären.

## A.2 Verfahren

9. Mit Schreiben vom 23. Dezember 2010 reichte die EGZ beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat) eine Meldung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG ein. Gegenstand dieser Meldung war die gebündelte Erdgasbeschaffung der EWL und WWZ über die EGZ sowie das Verhalten der EGZ bei Gesuchen Dritter um Netznutzung bzw. Speichernutzung. Die gebündelte Erdgasbeschaffung wurde von der EGZ als möglicherweise unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinn von Art. 5 Abs. 3 KG gemeldet; das geplante Vorgehen bei Netznutzungs- und Speichernutzungsgesuchen als eine möglicherweise unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinn von Art. 7 KG.

10. Durch die Meldung der EGZ wurde ein Widerspruchsverfahren eingeleitet. Ziel dieses Widerspruchsverfahrens war zu entscheiden, ob das gemeldete Verhalten wettbewerbsrechtlich bedenklich sein könnte und demgemäss weiter abgeklärt werden müsste.

11. Aufgrund der eingereichten Unterlagen gelangte das Sekretariat zum Schluss, dass die gebündelte Erdgasbeschaffung nicht als kartellrechtlich problematische Wettbewerbsabrede zu werten ist. Kritischer beurteilte es indes das gemeldete Verhalten der EGZ bezüglich Drittnutzung und Drittspeichernutzung und es stellte

fest, dass diesbezüglich möglicherweise eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens vorliegen könnte.

12. Entsprechend eröffnete das Sekretariat am 20. Mai 2011 innerhalb der fünfmonatigen Widerspruchsfrist gegen die EGZ eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG und teilte dieser dabei insbesondere Folgendes mit:<sup>10</sup>

*„Im Rahmen des Widerspruchverfahrens wurde die gemeinsame Erdgasbeschaffung von ewl und WWZ über EGZ nicht als eine kartellrechtlich problematische Wettbewerbsabrede gewertet. Betreffend die gebündelte Erdgasbeschaffung besteht derzeit somit kein Anlass für eine Verfahrenseröffnung nach Art. 26 KG. Die eröffnete Vorabklärung des Sekretariats beschränkt sich deshalb auf das gemeldete Verhalten von EGZ bei der Behandlung von Gesuchen Dritter um Netznutzung und/oder Speichernutzung. In diesem Zusammenhang erscheinen dem Sekretariat insbesondere die Ziffern 8.2.1, 8.2.3, 10.2.2 und 10.2.4 des Aktionärbindungsvertrags sowie die damit verbundenen Ziffern 1.5.2, 8.1 und 8.2 der Transportvereinbarung als kartellrechtlich problematisch. Durch die Vorabklärung soll ermittelt werden, ob die einseitige Anwendung der Branchenstandards gegenüber Dritten – nicht aber gegenüber Aktionären – als unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG zu qualifizieren ist.“*

13. Am 21. Juni 2011 fand ein Treffen zwischen dem Sekretariat und dem Rechtsvertreter der EGZ statt. In erster Linie ging es dabei um das weitere Vorgehen in der vorliegenden Vorabklärung. In diesem Zusammenhang wurde die EGZ darauf aufmerksam gemacht, dass sie, um einer allfälligen Sanktionierung zu entgehen, das beanstandete Verhalten einstellen könne. Zudem wurde die Frage nach der Bedeutung früherer Meldungen der Erdgaswirtschaft für die Sanktionierbarkeit des vorliegend gemeldeten Verhaltens aufgeworfen. Mit Eingabe vom 29. Juni 2011 liess die EGZ zu dieser Frage überdies schriftlich Stellung nehmen.

14. Mit E-Mail vom 23. September 2011 informierte der Rechtsvertreter der EGZ das Sekretariat über die Verwaltungsratssitzung vom 22. September 2011. Demnach hätten die EGZ und die beteiligten Gesellschaften beschlossen, die vom Sekretariat beanstandeten Bestimmungen rückwirkend per 1. Januar 2011 nicht mehr anzuwenden. Am 12. Dezember 2011 liess die EGZ dem Sekretariat einen unterzeichneten Protokollauszug über die 205. Verwaltungsratssitzung der EGZ vom 22. September 2011 zukommen.

<sup>7</sup> Vgl. Aktionärbindungsvertrag, Ziff. 8.2.1.

<sup>8</sup> Vgl. Aktionärbindungsvertrag, Ziff. 10.2.2 ff.

<sup>9</sup> Vgl. Rz 4.

<sup>10</sup> Vgl. Schreiben des Sekretariats vom 20. Mai 2011.

<sup>11</sup> Vgl. dazu hinten Rz 116 f.

<sup>12</sup> Vgl. Entscheidung der REKO/WEF, RPW 2004/3, 873 E. 3.2, *Unique*, m. w. H.

<sup>13</sup> Vgl. RPW 2010/4, 641 Rz 9, *EDV-Hilfsmittel für Blinde und Sehbehinderte*; RPW 2010/4, 655 Rz 54, *Hors-Liste Medikamente*.

<sup>14</sup> Vgl. Urteil des BGER 2A.142/2003 vom 5. September 2003, RPW 2003/4, 917 f. E. 4.1, *Cablecom/Teleclub*, m. w. H.; RPW 2010/4, 655 Rz 55, *Hors-Liste Medikamente*; RPW 2007/4, 520 Rz. 23, *Beschaffung von LTSH durch armasuisse*.

15. Auf entsprechende Nachfrage des Sekretariats vom 22. Februar 2012 nahm der Rechtsvertreter der EGZ mit Eingabe vom 19. März 2012 zur Frage der konkreten Umsetzung des vorerwähnten Verwaltungsratsbeschlusses Stellung<sup>15</sup>.

## B Erwägungen

### B.1 Geltungsbereich

16. 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).

17. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Die EGZ ist als solches Unternehmen zu qualifizieren.

### B.2 Vorbehaltene Vorschriften

18. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen (Art. 3 Abs. 1 KG). Dies ist insbesondere für Regelungen der Fall, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Bst. a) oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Bst. b). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben (Art. 3 Abs. 2 KG). Letzteres ist für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts nicht von Bedeutung.

19. Art. 3 KG regelt 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)<sup>12</sup> oder zu sozial unerwünschten Verteilungen führt (sog. Verteilungsprobleme).<sup>13</sup> Nicht jede staatliche Intervention führt indes zwingend zur Ausschaltung des Wettbewerbsprinzips auf einem bestimmten Markt: Lässt der gesetzliche Rahmen und das dadurch geschützte öffentliche Interesse dafür Raum, so kommen die wettbewerbsrechtlichen Regeln auch hier zum Tragen.<sup>14</sup>

20. Die Wettbewerbsbehörden haben das Vorliegen von vorbehaltenen Vorschriften im Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes wegen zu klären.<sup>15</sup> 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 allerdings nicht Sache der rechtsanwendenden Behörden zu überprüfen, ob im konkreten Bereich tatsächlich Marktversagen oder Verteilungsprobleme vorliegen.<sup>16</sup>

21. Vorbehaltene Vorschriften können sich grundsätzlich aus dem Bundesrecht, dem kantonalen Recht und allenfalls aus dem kommunalen Recht ergeben.<sup>17</sup>

22. Unter „Vorschriften“ im Sinn von Art. 3 Abs. 1 KG sind zunächst generell-abstrakte Normen zu verstehen, die von einem verfassungsmässig legitimierten Gesetzgeber ausgehen und referendumsfähig sind. Sofern die Grundsätze der Gesetzesdelegation eingehalten sind, fallen allenfalls auch auf der Verordnungsstufe erlassene Normen in Betracht. Blosser Verwaltungsakte genügen hingegen für sich allein nicht. Dies gilt insbesondere auch für Konzessionen. Eine Konzession kann allerdings insofern von Bedeutung sein, als sie einen gesetzlichen Auftrag, dessen Erfüllung einen Wettbewerbsausschluss bedingt, konkretisieren kann. In diesem Fall ist der wettbewerbswidrige Eingriff letztlich aber nicht durch die Konzession an sich, sondern durch das zugrundeliegende Gesetz legitimiert.<sup>18</sup>

23. Im Folgenden ist zu untersuchen, ob für das Netzgebiet der EGZ eine staatliche Markt- oder Preisordnung betreffend den Transport von Erdgas vorliegt (vgl. nachfolgend Rz 24 ff.) bzw. ob die EGZ zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben vom Gesetzgeber mit besonderen Rechten ausgestattet wurde (vgl. nachfolgend Rz 33 ff.).

#### B.2.1 Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG

24. Eine staatliche Markt- oder Preisordnung im Sinn von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG liegt vor, wenn die massgeblichen ökonomischen Parameter wie Produktion, Verteilung und Preisgestaltung in entscheidender Weise und in Abweichung von den Grundsätzen des freien Marktes durch öffentliches Recht festgelegt werden (z. B. Produktions- oder Handelskontingentierung).<sup>19</sup> Öffentliche Unternehmen oder Unternehmen, die im Rahmen von staatlichen Marktordnungen tätig sind, unterstehen jedoch dem Kartellgesetz (gegebenenfalls unter Berücksichtigung von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG), soweit die Interventionsgesetzgebung Wettbewerb zulässt. Selbst wenn eine öffentlich-rechtliche Vorschrift einen Wettbewerbsparameter reguliert, bleibt zu prüfen, inwiefern dadurch die Anwendung des Kartellgesetzes zurückgedrängt und insofern Wettbewerb als Ordnungsprinzip tatsächlich ausgeschlossen wird.<sup>20</sup>

<sup>15</sup> Vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2006/2, 315 E. 3, *Swissgrid*; RPW 2010/4, 655 Rz 57, *Hors-Liste Medikamente*.

<sup>16</sup> Vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2006/4, 632 Rz 38, *Flughafen Zürich AG (Unique) - Valet. Parking*; RPW 2010/4, 655 Rz 56, *Hors-Liste Medikamente*.

<sup>17</sup> Vgl. RPW 2011/2, 336 Rz 17, *Gutachten betreffend Gebühren für die Lieferung von Elektrizität*; RPW 2006/2, 230 Rz 26, *Vertriebspartnerschaften der AEW Energie AG und der Axpo Vertrieb AG (ehemals Axpo AG), des Elektrizitätswerks des Kantons Thurgau AG und der Axpo Vertrieb AG (ehemals Axpo AG), des Elektrizitätswerks des Kantons Zürich und der Axpo Vertrieb AG (ehemals Axpo AG), der St. Gallisch-Appenzellischen Kraftwerke AG und der Axpo Vertrieb AG (ehemals Axpo AG)*.

<sup>18</sup> PETER MÜNCH, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 3 Abs. 1 N 10, m. w. H. insb. auf BGE 129 II 497, 527 f. E. 5.4.7 (= RPW 2003/4, 950 f. E. 5.4.7), *Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)*.

<sup>19</sup> RPW 2010/4, 655 f. Rz 59, *Hors-Liste Medikamente*, m. w. H.; BSK-KG MÜNCH (Fn 18), Art. 3 Abs. 1 N 15.

<sup>20</sup> Vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2004/3, 875 E. 3.2.2, *Unique*; RPW 2010/4, 655 f. Rz 59, *Hors-Liste Medikamente*.

25. Will der Staat den Preiswettbewerb in einem bestimmten Bereich beschränken, so hat er mittels einer gesetzlichen Grundlage ein Monopol zu schaffen oder einen Tarif zu fixieren. Dabei kann genügen, wenn ein Markteingriff nur bei der Preisgestaltung erfolgt, da durch die Festlegung des Preises der Wettbewerb ebenfalls ausgeschlossen werden kann. Von einer staatlichen Marktordnung gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG ist indes nur dann auszugehen, wenn es tatsächlich die Absicht des Gesetzgebers war, das Wettbewerbsprinzip für den fraglichen Bereich auszuschalten.<sup>21</sup>

26. Gemäss Art. 91 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) ist die Gesetzgebung über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brennstoffe Sache des Bundes. Dabei handelt es sich um eine umfassende Gesetzgebungskompetenz mit nachträglich derogatorischer Wirkung.<sup>22</sup> D. h. die Kompetenz deckt den ganzen genannten Sachbereich ab. Zudem liegt eine sog. „konkurrierende Kompetenz“ vor: Solange der Bund von seiner Kompetenz nicht Gebrauch macht, bleiben die Kantone zuständig. Die kantonale Kompetenz geht sodann in dem Umfang unter, als der Bund seine Zuständigkeit durch Erlass von Gesetzen ausfüllt.<sup>23</sup>

27. Der Bund hat von seiner Zuständigkeit<sup>24</sup> durch Erlass des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1963 über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brennstoffe (Rohrleitungsgesetz, RLG; SR 746.1) Gebrauch gemacht. Im Bereich von Hochdruckleitungsanlagen (d. h. Rohrleitungen mit einem Druck grösser als 5 bar<sup>25</sup>) hat der Bund nach Art. 1 Abs. 2 Bst. a RLG abschliessend legiferiert. In diesem Bereich besteht damit keine kantonale Kompetenz mehr. Vorbehaltene Vorschriften im Sinn von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG können sich daher bezüglich der Hochdruckrohrleitungsanlagen höchstens aus dem Bundesrecht ergeben.

28. Nach Art. 2 RLG unterliegen die Hochdruckleitungsanlagen der Plangenehmigung durch den Bund. Zwar ist in Art. 3 RLG für die Plangenehmigung nicht vorausgesetzt, dass sich im fraglichen Gebiet nicht schon eine andere Hochdruckleitungsanlage befindet. Eine gewisse Monopolisierung ist aber vom Gesetzgeber durchaus gewollt: In der Botschaft zum Rohrleitungsgesetz wird zu Art. 13 RLG festgehalten, dass mit der Transportpflicht einerseits die Ausnützung einer monopolistischen Stellung des Rohrleitungsinhabers und andererseits der Bau unnötiger, parallel verlaufender Leitungen verhindert werden soll.<sup>26</sup> Die Botschaft äussert sich aber weder explizit noch implizit zur Frage, ob Wettbewerb beim Betrieb von Rohrleitungsanlagen als Ordnungsprinzip ausgeschlossen werden soll. Hierzu finden sich auch keine Wortmeldungen in den Protokollen zur parlamentarischen Debatte.<sup>27</sup> Die Vorlage des Bundesrates ist vom Parlament ohne wesentliche Änderungen übernommen worden.

29. Das Rohrleitungsgesetz auferlegt den Betreibern von Hochdruckrohrleitungsanlagen eine Transportpflicht für Dritte. Gemäss Art. 13 RLG ist eine Unternehmung verpflichtet, vertraglich Transporte für Dritte zu übernehmen, wenn sie technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar sind, und wenn der Dritte eine angemessene

Gegenleistung anbietet (Abs. 1). Im Falle von Streitigkeiten entscheidet das Bundesamt für Energie (BFE) über die Verpflichtung des Vertragsabschlusses sowie über die Vertragsbedingungen (Abs. 2). Über zivilrechtliche Ansprüche aus dem Vertrag entscheiden die Zivilgerichte (Abs. 3).

30. Die Transportpflicht von Art. 13 RLG vermag keine staatliche Markt- oder Preisordnung im Sinn von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG zu begründen. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen die Parteien zuerst über die Bedingungen des Dritttransports verhandeln. Zur Durchsetzung der Transportpflicht interveniert das BFE nur subsidiär, wenn sich die Parteien über die Vertragsbedingungen nicht einigen können. Die Vertragsfreiheit unter den Beteiligten geht somit dem behördlichen Eingriff vor. Das BFE interveniert sodann nur zwischen den Streitparteien und im konkreten Fall. Das heisst es erlässt keine allgemeingültige Tarifordnung. Art. 13 Abs. 2 RLG unterscheidet sich damit etwa von der Interventionsordnung von Art. 22 Abs. 2 Bst. b des Bundesgesetzes über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 734.7), wonach die Elektrizitätskommission (EiCom) Netznutzungstarife und -entgelte sowie Elektrizitätstarife von Amtes wegen überprüft und Absenkungen verfügen oder Erhöhungen untersagen kann.

31. Die Regelung in Art. 13 Abs. 2 RLG entspricht eher der Bestimmung zur Interkonnektion im Fernmeldewesen gemäss Art. 11a Abs. 1 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10). Danach verfügt die Kommunikationskommission (ComCom) auf Gesuch einer Partei und auf Antrag des Bundesamtes für Kommunikation (BAKOM) die Bedingungen des Zugangs, wenn sich die Anbieterinnen von Fernmeldediensten nicht innerhalb von drei Monaten darüber einigen können. Die Preisregulierung durch die ComCom ist subsidiär.<sup>28</sup> Auch hier geht die Vertragsfreiheit unter den Beteiligten dem behördlichen Eingriff vor.<sup>29</sup> Das Bundesgericht hat diesbezüglich festgehalten, dass die Interkonnektionsregelung im Fernmelderecht zur wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutritt und diese nicht ausschliesst.<sup>30</sup> Da die ComCom nur intervenieren kann,

<sup>21</sup> RPW 2010/4 656 Rz 60, *Hors-Liste Medikamente*, m. w. H.

<sup>22</sup> Vgl. RENÉ SCHAFFHAUSER, in: *Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung*, Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), 2. Auflage, 2008, Art. 91 N 17.

<sup>23</sup> Vgl. Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1, 227.

<sup>24</sup> Ursprünglich gestützt auf die Kompetenznorm von Art. 26<sup>bis</sup> aBV, eingeführt durch Bundesbeschluss vom 14. Dezember 1960 (BBl 1960 II 1581), angenommen in der Volksabstimmung vom 5. März 1961.

<sup>25</sup> Vgl. Art. 2 Abs. 1 Bst. a der Rohrleitungsverordnung vom 2. Februar 2000 (RLV; SR 746.11) in Verbindung mit Art. 1 Abs. 2 Bst. a RLG.

<sup>26</sup> Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend den Entwurf zu einem Bundesgesetz über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brennstoffe vom 28. September 1962, BBl 1962 II 791, 817.

<sup>27</sup> Amtliches Bulletin der Bundesversammlung (AB) 1962 N 711 ff.; AB 1963 II S 131 ff.; AB 1963 III N 401 ff.; AB 1963 III S 267 f.; AB 1963 III N 566; AB 1963 III S 298.

<sup>28</sup> Vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2004/1, 219 E. 5.2, *Swisscom Mobile AG/WEKO* (bezogen auf den inhaltlich Art. 11a Abs. 1 FMG entsprechenden altrechtlichen Art. 11 Abs. 3 aFMG).

<sup>29</sup> Vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2004/1, 223 E. 6.2, *Swisscom Mobile AG/WEKO*.

<sup>30</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.503/2000 vom 3. Oktober 2001, E. 6.c.

wenn die Parteien keine Einigung erzielen und ein Beteiligter die Intervention beantragt, muss auch in Fällen, in welchen bewusst überhöhte Interkonnektionstarife festgesetzt werden, eine kartellrechtliche Prüfung möglich sein. Zudem kann, selbst wenn ein Verfahren nach Art. 11a Abs. 1 FMG durchgeführt wird, von der Com-Com nicht geprüft werden, ob Preisabsprachen zwischen den Mobilfunkteilnehmern stattgefunden haben.<sup>31</sup>

32. Da auch bei Art. 13 Abs. 2 RLG keine behördliche Intervention von Amtes wegen vorgesehen ist und das BFE nur tätig wird, wenn sich die Parteien nicht einigen können, kann bezüglich vorbehaltener Vorschriften auf die soeben zitierte Rechtsprechung des Bundesgerichts und der REKO/WEF zu Art. 11a FMG (bzw. Art. 11 Abs. 3 aFMG) abgestellt werden. Daraus folgt, dass Art. 13 RGL in Bezug auf die Transportbedingungen keine vorbehaltene Vorschrift im Sinn von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG darstellt. Dem Rohrleitungsgesetz sind auch sonst keine Bestimmungen zu entnehmen, welche den Wettbewerb in Bezug auf die Transportbedingungen für Dritte auf dem Hochdruckrohrleitungsnetz im Sinn von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG einschränken würden.

### B.2.2 Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG

33. Besondere Rechte im Sinn von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG werden häufig als Sonderfall einer staatlichen Marktordnung im Sinn von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG verstanden. Darunter fallen jedoch nur solche besondere Rechte, welche den Wettbewerb einschränken. So ist etwa das Enteignungsrecht in Art. 10 RLG durchaus ein besonderes Recht eines Rohrleitungsunternehmens. Dieses zielt jedoch nicht auf den Wettbewerb ab. Auch bei Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG greift der Vorbehalt nur soweit, als die fraglichen Vorschriften, welche den Leistungsauftrag des mit besonderen Rechten ausgestatteten Unternehmens definieren, die massgeblichen Wettbewerbsparameter staatlich festlegen und damit den Marktkräften entziehen.<sup>32</sup>

34. Die Hochdruckrohrleitungsanlagen unterliegen wie erwähnt<sup>33</sup> dem Plangenehmigungsverfahren durch den Bund. Den Kantonen ist es damit verwehrt, die örtlichen Hochdruckleitungsunternehmen mit besonderen Rechten auszustatten. Der Bund bestimmt, welchem Unternehmen eine Planbewilligung zukommt.

35. Bezüglich den Transportbedingungen für Dritte auf dem Hochdruckrohrleitungsnetz billigt das Rohrleitungsgesetz den Leitungseigentümern keine besonderen, den Wettbewerb einschränkenden Rechte zu. Die Bedingungen unterstehen der Vertragsfreiheit der Parteien. Die Bedingungen können im Streitfall nicht von der Leitungseigentümerin selbständig festgelegt werden. Nach Art. 13 Abs. 2 RLG hat diesfalls wie zuvor erwähnt das BFE zu entscheiden.

### B.2.3 Fazit

36. Betreffend den Transport von Erdgas über Hochdruckrohrleitungsanlagen liegen keine vorbehaltenen Vorschriften vor. Es sind sodann auch keine anderen vorbehaltenen Vorschriften im Sinn von Art. 3 Abs. 1 KG ersichtlich, die für den vorliegenden Fall von Bedeutung sind.

## B.3 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

37. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG).

38. In Art. 7 Abs. 2 KG werden solche Verhaltensweisen beispielhaft aufgezählt, wobei es sich nach herrschender Lehre und Praxis nicht um eine abschliessende Aufzählung handelt. Zudem müssen die in Art. 7 Abs. 1 KG enthaltenen allgemeinen Kriterien in jedem Fall gegeben sein. Umgekehrt kann die Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG aber auch Sachverhalte erfassen, die im Beispieldatensatz nicht aufgezählt sind.<sup>34</sup>

39. Um abklären zu können, ob Anhaltspunkte für eine unzulässige Verhaltensweise im Sinn von Art. 7 KG bestehen, ist in erster Linie zu prüfen, ob die EGZ eine marktbeherrschende Stellung innehat (B.3.1), wozu vorab die relevanten Märkte abzugrenzen sind (B.3.1.1 ff.). Erst in einem nachfolgenden Schritt ist zu klären, ob und welche unzulässigen Verhaltensweisen vorliegend erfüllt sein könnten (B.3.2).

### B.3.1 Marktbeherrschende Stellung

40. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG).

41. Um feststellen zu können, ob sich die EGZ tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

#### B.3.1.1 Marktabgrenzung

42. Die Praxis der Wettbewerbskommission bezüglich Marktabgrenzungen im Erdgasbereich lehnt stark an die Praxis der EU-Kommission an.<sup>35</sup>

43. Erdgas wird ähnlich wie Strom durch ein Leitungsnetz vom Produzenten zum Endverbraucher transportiert. Der Transport und die Verteilung von Erdgas wird in der Regel als natürliches Monopol angesehen, da es zu kostenintensiv wäre, wenn andere Anbieter ein paralleles Rohrleitungsnetz aufbauen würden.<sup>36</sup>

<sup>31</sup> Vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2004/1, 224 f. E. 6.4, *Swisscom Mobile AG/WEKO*.

<sup>32</sup> Vgl. BSK-KG MÜNCH (Fn 18), Art. 3 Abs. 1 N 18.

<sup>33</sup> Vgl. oben Rz 28.

<sup>34</sup> Vgl. RPW 2011/4, 499 Rz 136, *Gebäudeversicherung Bern (GVB)*.

<sup>35</sup> Vgl. RPW 2011/4, 674 ff. Rz 77 ff., *Fluxys/Swissgas/Transitgas*.

<sup>36</sup> Vgl. RPW 2011/4, 674 Rz 78, *Fluxys/Swissgas/Transitgas*, unter Hinweis auf den Entscheid der EU-Kommission vom 21.12.2005 im Fall *COMP/M.3696 – E.ON/MOL*, Rz 97 f.

44. Aufgrund des Monopolcharakters des Leitungsnetzes kann zwar grundsätzlich kein Wettbewerb beim Transport und der Verteilung von Erdgas stattfinden, unter einer geeigneten Regulierung des Netzzugangs ist es aber trotzdem möglich, dass Wettbewerb bei der Erdgasversorgung entsteht. Dem ist dadurch Rechnung zu tragen, indem zwischen *Märkten für den Verkauf von Erdgas* (auf welchen Wettbewerb möglich ist) und *infrastrukturbezogenen Märkten* (auf welchen in der Regel kein Wettbewerb stattfinden kann) unterschieden wird.<sup>37</sup>

45. Konkret können im Gasbereich insbesondere<sup>38</sup> die folgenden, sachlich relevanten Märkte abgegrenzt werden:

*Infrastrukturbezogene Märkte:*

- Markt für Erdgastransport (über ein Hochdruckrohrleitungsnetz)
- Markt für Erdgasverteilung (über ein Niederdruckrohrleitungsnetz)
- Markt für Erdgasspeicherung

*Märkte für den Verkauf von Erdgas:*

- Markt für Erdgaslieferung an Wiederverkäufer
- Markt für Erdgaslieferung an Endkunden<sup>39</sup>

46. Betreffend die geographische Dimension der infrastrukturbezogenen Märkte ist gemäss der Praxis der Wettbewerbskommission üblicherweise von einem engen relevanten Markt auszugehen. In der Regel wird angenommen, dass die Ausdehnung der einzelnen Transport- und Verteilnetze eigene geographische Märkte definieren.<sup>40</sup>

47. In Anlehnung an die europäische Praxis ist davon auszugehen, dass die geographische Dimension der Märkte für den Verkauf von Erdgas stark vom Regulierungsrahmen des zu untersuchenden Marktes abhängt. Entscheidend ist dabei insbesondere die Frage nach dem Netzzugang für Dritte. Demgemäss kann betreffend Erdgaslieferung von einem nationalen oder gar internationalen Markt ausgegangen werden, wenn erstens ein Versorgerwahlrecht für die jeweiligen Nachfrager besteht und zweitens ein nichtdiskriminierender Zugang zu den Transport- und Verteilnetzen gewährt ist. Sind diese Bedingungen nicht erfüllt, so ist eine engere Marktabgrenzung vorzunehmen. In diesem Fall ist üblicherweise anzunehmen, dass jeder einzelne Gasversorger mit seinem historisch gewachsenen Leitungsnetz auch einen eigenen abgeschlossenen räumlichen Markt definiert.<sup>41</sup>

*System Erdgas Schweiz*

48. Der Erdgassektor der Schweiz ist durch einige Besonderheiten gekennzeichnet. Im Gegensatz zu vielen anderen Branchen verlaufen die Beteiligungsverhältnisse nämlich nicht entlang der Wertschöpfungskette, sondern die lokalen Gasversorgungsunternehmen sind an den in der Wertschöpfungskette vorgelagerten Unternehmen beteiligt und können dadurch auch entsprechend Einfluss auf deren Verhalten nehmen.

49. Die Schweizer Erdgasbranche ist in drei Ebenen gegliedert<sup>42</sup>:

- Die erste Ebene besteht im Import von Gas über Erdgashochdruckleitungen in die Schweiz. Da in der Schweiz kein Erdgas erzeugt wird, muss sämtliches Erdgas importiert werden. Die Swissgas AG (nachfolgend Swissgas) importiert ca. 70 % des in der Schweiz verbrauchten Erdgases. Die übrigen 30 % werden hauptsächlich direkt durch die vier Regionalgesellschaften EGZ, Erdgas Ostschweiz AG (nachfolgend EGO), Gasverbund Mittelland AG (nachfolgend GVM) und Gaznat S.A. (nachfolgend Gaznat) importiert. Hauptaktionäre der Swissgas sind die vier Regionalgesellschaften.<sup>43</sup>
- Das von der Swissgas importierte Erdgas wird dann mittels Hochdruckleitungen an die vier genannten Regionalgesellschaften geliefert. Diese Regionalgesellschaften stellen die zweite Ebene dar.
- Die Regionalgesellschaften wiederum liefern das Erdgas an lokal tätige Gasversorgungsunternehmen, welche gleichzeitig die Anteilseigner der Regionalgesellschaften darstellen. Diese Gasversorgungsunternehmen liefern das Erdgas schliesslich an ihre Endkunden, grösstenteils über Niederdruckrohrleitungen, teilweise auch über Hochdruckleitungen. Somit stellen die Gasversorgungsunternehmen die dritte Ebene dar.

50. In der EU wird es durch die Umsetzung des dritten Liberalisierungspakets zum europäischen Energiebinnenmarkt zu geografisch breiteren Marktabgrenzungen kommen. Das dritte Liberalisierungspaket beinhaltet insbesondere Vorschriften hinsichtlich des diskriminierungsfreien Zugangs zu Erdgasfernleitungsnetzen<sup>44</sup> sowie hinsichtlich der weiteren Entflechtung der Erdgasfernleitungsnetze von der Erdgaserzeugung und –versorgung<sup>45</sup>. Demgegenüber weist der Schweizer

<sup>37</sup> Vgl. RPW 2011/4, 674 Rz 79, *Fluxys/Swissgas/Transitgas*, unter Hinweis auf den Entscheid der EU-Kommission vom 29.09.2010 im Fall COMP/39.315 – ENI, Rz 23.

<sup>38</sup> Vorliegend nicht berücksichtigt werden unter anderem die Bereiche Erschliessung und Erzeugung von Erdgas, Planung und Konstruktion von Erdgasleitungen, Systemdienstleistungen, LNG sowie Handelsplattformen für Erdgas.

<sup>39</sup> Dieser Markt kann weiter nach verschiedenen Endkundengruppen unterteilen werden (insbesondere Gaskraftwerke, grosse Industriekunden, kleine Industrie- und Gewerbekunden, Haushalte).

<sup>40</sup> Vgl. RPW 2011/4, 675 Rz 79 f., *Fluxys/Swissgas/Transitgas*, unter Hinweis auf den Entscheid der EU-Kommission vom 21.12.2005 im Fall COMP/M.3696 – E.ON/MOL, Rz 126 ff.

<sup>41</sup> Vgl. RPW 2011/4, 675 Rz 81, *Fluxys/Swissgas/Transitgas*, unter Hinweis auf den Entscheid der EU-Kommission vom 9.12.2004 im Fall COMP/M.3440 – EDP/ENI/GDP, Rz 271 ff.

<sup>42</sup> RPW 2011/4, 674 ff. Rz 83, *Fluxys/Swissgas/Transitgas*; vgl. auch: [www.erdgas.ch](http://www.erdgas.ch) > Erdgas > Infrastruktur > Schweizer Markt.

<sup>43</sup> Vgl. Geschäftsbericht der Swissgas 2010, S. 6, abrufbar unter: [www.swissgas.ch](http://www.swissgas.ch).

<sup>44</sup> Vgl. Verordnung (EG) Nr. 715/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1775/2005.

<sup>45</sup> Vgl. Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG.

Gasmarkt einen relativ tiefen Liberalisierungsgrad auf. Im Unterschied zum Strommarkt ist der Gasmarkt in der Schweiz auch nicht durch ein spezielles Gesetz geregelt. Gemäss Art. 13 RLG besteht zwar ein Durchleitungsanspruch auf Erdgasnetzen mit einem Betriebsdruck von mehr als 5 bar (Hochdruck) und gestützt auf Art. 7 KG auch auf Netzen mit einem Betriebsdruck von 5 bar und darunter (Niederdruck),<sup>46</sup> die Regelung der effektiven Modalitäten für den Netzzugang hat der Gesetzgeber jedoch offengelassen.<sup>47</sup>

51. Da die Einzelheiten der Erdgasdurchleitung gesetzlich nicht geregelt sind, haben die Schweizer Gasversorger in Eigenregie eine umfassende Branchenlösung für den Netzzugang erarbeitet. Dabei handelt es sich im Wesentlichen um die zwischen den Hochdrucknetz-Betreibern, das heisst zwischen der Swisssgas und den Regionalgesellschaften abgeschlossenen Transportkoordinations-Vereinbarungen sowie um entsprechende Vereinbarungen für die Verteilebene. Kern der Transportkoordinations-Vereinbarungen bilden die allgemeinen Vertragsbedingungen für die Abwicklung von Gesuchen um Zugang zum Hochdrucknetz sowie die Festlegung einheitlicher Grundsätze für die Berechnung von Netznutzungsentgelten. Weiter wurde vereinbart, dass die bei Swisssgas eingerichtete Koordinationsstelle Durchleitung (KSDL) sämtliche Gesuche um Netzzugang entgegen nehmen und deren Behandlung durch die betroffenen Netzgesellschaften koordinieren soll.<sup>48</sup>

### B.3.1.2 Sachlich relevante Märkte

52. Der sachlich 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 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [VKU; SR 251.4], der hier analog anzuwenden ist).

53. Die EGZ betreibt ein Erdgashochdruckrohrleitungsnetz und zwei Erdgasspeicheranlagen im Raum Zentralschweiz.<sup>49</sup> Unter dem Betrieb einer Erdgashochdruckleitung ist insbesondere die Durchführung von Erdgastransporten zu verstehen. Die EGZ bezweckt neben dem Erdgastransport die Erdgasbeschaffung, die Erdgasspeicherung und die Erdgaslieferung<sup>50</sup>; dies sowohl für Partner als auch für Dritte.<sup>51</sup>

54. Nachfrager von Erdgastransporten auf dem Erdgashochdruckrohrleitungsnetz der EGZ sind in erster Linie die EWL und WWZ. Als potentielle Nachfrager kommen gestützt auf Art. 13 RLG zudem alle Teilnehmer am Wirtschaftsprozess in Frage, welche Erdgas von einem Punkt A zu einem Punkt B bringen wollen und dabei grundsätzlich auf die Transportinfrastruktur der EGZ zurückgreifen könnten.

55. Die Marktgegenseite der EGZ fragt somit den Transport von Erdgas über Erdgashochdruckleitungen nach. Die EGZ ist demnach auf dem sachlich relevanten Markt für Erdgastransport (über ein Hochdruckrohrleitungsnetz) tätig.

56. Für die Belieferung der lokalen Versorger EWL und WWZ ist die EGZ über Swisssgas langfristige Beschaffungsverträge mit europäischen Grosslieferanten eingegangen und hat zusätzlich auch kurzfristige Bezugsver-

träge abgeschlossen.<sup>52</sup> Nachfrageseitig besteht die Marktgegenseite der EGZ somit aus lokal tätigen Gasversorgungsunternehmen, welche das Erdgas an Endkunden weiterveräußern. Folglich handelt es sich bei der Marktgegenseite der EGZ um Wiederverkäufer. Somit kann festgestellt werden, dass die EGZ ebenfalls auf dem Markt für Erdgaslieferung an Wiederverkäufer tätig ist.

57. Die EGZ beliefert gemäss eigenen Angaben auch Direktkunden mit Erdgas.<sup>53</sup> Somit ist die EGZ auch auf dem Markt für Erdgaslieferung an Endkunden tätig.

58. Wie oben erwähnt, betreibt die EGZ schliesslich zwei Erdgasspeicheranlagen;<sup>54</sup> sie verfügt über einen Röhrenspeicher und einen Kugelspeicher<sup>55</sup>. Die Nachfrage nach Gas schwankt saisonal, aber auch auf Tages- oder Wochenbasis (Spitzenverbrauchszeiten und Zeiten schwachen Verbrauchs). Zum Ausgleich von Angebot und Nachfrage müssen die im Gasgeschäft aktiven Unternehmen ein erhebliches Mass an Flexibilität aufbringen. Darüber hinaus benötigen auch die Betreiber des Übertragungsnetzes Flexibilität, um die Schwankungen bei den eingespeisten und entnommenen Mengen ausgleichen und bestimmte Mengen für Notversorgungszwecke bereitstellen zu können. Das wichtigste Flexibilitätsinstrument ist die physische Speicherung, wobei Gas – wenn das Angebot die Nachfrage übersteigt (z. B. während des Sommers oder an Wochenenden) – gespeichert und – wenn die Nachfrage das Angebot übersteigt (z. B. während des Winters oder in Spitzenzeiten) – aus den Speichern entnommen werden kann.<sup>56</sup>

59. Bisher wurden von der Wettbewerbskommission im Bereich der Erdgasspeicherung keine weitergehenden Marktabgrenzungen vorgenommen. Dies kann unter anderem darauf zurückgeführt werden, dass in der Schweiz bisher keine geeigneten geologischen Strukturen gefunden wurden, die zur Speicherung grosser Mengen von Erdgas in Frage kämen und daher keine Untertagespeicher existieren. Hierzulande bestehen lediglich Röhrenspeicher im Boden sowie Kugelspeicher für den Tagesausgleich.<sup>57</sup> Solche Speicher werden v. a. genutzt um kurzfristige Schwankungen oder Netzunterbrüche (wie z. B. bei einer Wartung) auszugleichen. Eine solche «Speicherung» dient demnach in erster Linie der Sicherstellung des geregelten Transportbetriebs und

<sup>46</sup> Der wettbewerbsrechtliche Anspruch auf Durchleitung von Erdgas wird üblicherweise aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Elektrizitätsbereich abgeleitet (vgl. BGE 129 II 497 [RPW 2003/4, 925 ff.], *Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)*).

<sup>47</sup> Vgl. oben Rz. 30 ff.

<sup>48</sup> Vgl. [www.erdgas.ch](http://www.erdgas.ch) > Netzzugang > Transport-Koord-Vereinbarungen.

<sup>49</sup> Vgl. Vereinbarung betreffend den Transport und die Speicherung, Anhang 1, S.1.

<sup>50</sup> Vgl. Online-Handelsregistereintrag.

<sup>51</sup> Vgl. Aktionärsbindungsvertrag, Ziff. 6.1.

<sup>52</sup> Vgl. Vereinbarung betreffend die Belieferung, Ziff. 3.1.

<sup>53</sup> Vgl. Meldung, Ziff. 5.1.1.

<sup>54</sup> Vgl. Rz. 53.

<sup>55</sup> Vgl. Vereinbarung betreffend den Transport und die Speicherung, Anhang 1, S.1.

<sup>56</sup> Vgl. Entscheidung der EU-Kommission vom 14.3.2006 im Fall COMP/M.3868 – DONG/Elsam/Energi E2, Rz 50 f.

<sup>57</sup> [www.erdgas.ch](http://www.erdgas.ch) > Versorgung > Erdgas-Speicher.

stellt damit einen integrierten Bestandteil der Transportleistung dar. Das heisst sie wird nicht separat nachgefragt und ist daher grundsätzlich dem Markt für Erdgastransport zuzuordnen. Auch im konkret zu beurteilenden Fall steht die Speicherkapazität der Speicheranlagen in erster Linie der EGZ selbst für die Sicherstellung des Netzbetriebs zu.<sup>58</sup> Nur die darüberhinausgehende Kapazität eines Speichers, das heisst jener Teil, der nicht ausschliesslich der Sicherstellung des Netzbetriebs dient, könnte auf dem eigentlichen Markt für Erdgasspeicherung angeboten werden. Wenn somit in der Folge vom „Markt für Erdgasspeicherung“ die Rede ist, wird damit stets nur jene Speicherung gemeint, die über den für den Netzbetrieb notwendigen Teil hinausgeht. Eine solche Speicherung erfolgt im Wesentlichen zu drei Zwecken: erstens als Reserve für die Notversorgung, zweitens für den Ausgleich von saisonalen Schwankungen im Erdgasverbrauch und drittens um grössere Gas-mengen zu einem Zeitpunkt kaufen zu können, zu dem der Preis besonders günstig ist.<sup>59</sup> Nachfrager auf dem Markt für Erdgasspeicherung sind sowohl Wiederverkäufer als auch Endkunden. Bezüglich der zwei Speicheranlagen der EGZ bleibt aufgrund der Akten unklar, welche Speicherkapazität für den Netzbetrieb notwendig ist und welche darüberhinausgehende Speicherkapazität besteht. Wie aufzuzeigen sein wird, kann diesbezüglich jedoch auf eine detaillierte Marktabgrenzung verzichtet werden.

60. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die EGZ auf dem Markt für Erdgastransport (über ein Hochdruckrohrleitungsnetz), dem Markt für Erdgaslieferung an Wiederverkäufer, dem Markt für Erdgaslieferung an Endkunden und möglicherweise (in geringem Ausmass) auf dem Markt für Erdgasspeicherung tätig ist.

61. Da sich der Gegenstand der vorliegenden Vorabklärung auf eine möglicherweise unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bezüglich Drittnetznutzung und Drittspichernutzung beschränkt, ist die folgende Beurteilung auf die diesbezüglich relevanten Märkte, d. h. auf den Markt für Erdgastransport (über ein Hochdruckrohrleitungsnetz) und allenfalls jenen für Erdgasspeicherung zu beschränken.

### B.3.1.3 Räumlich relevante Märkte

62. Der räumlich relevante 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).

#### *Markt für Erdgastransport*

63. Wie erwähnt<sup>60</sup> ist bei infrastrukturbezogenen Erdgasmärkten üblicherweise eine enge geographische Marktabgrenzung vorzunehmen. In der Regel wird davon ausgegangen, dass die Ausdehnung jedes einzelnen Transport- und Verteilnetzes einen eigenen geographischen Markt definiert.

64. Die Wettbewerbskommission geht in ihrer Praxis betreffend den Elektrizitätsbereich davon aus, dass die räumliche Ausdehnung eines Stromübertragungsnetzes einen eigenen räumlich relevanten Markt darstellt.<sup>61</sup> Aufgrund der ähnlichen Netzstruktur liegt es nahe, die Abgrenzungspraxis betreffend Stromübertragung und Stromverteilung analog für Erdgastransport und Erdgas-

verteilung zu übernehmen. Folglich ist davon auszugehen, dass die Ausdehnung jedes einzelnen Erdgas-transport- und Erdgasverteilnetzes einen eigenen räumlich relevanten Markt darstellt.<sup>62</sup> Mit anderen Worten stellen somit insbesondere die Netze der vier Regionalgesellschaften in ihrer jeweiligen Ausdehnung je für sich einen eigenen räumlich relevanten Markt dar. Dies ist deshalb richtig, weil ein Erdgastransport auf dem Netz der EGZ beispielsweise nicht mit einem Erdgastransport auf den Netzen der EGO, GVM oder GAZNAT substituiert werden kann und umgekehrt.

#### *Markt für Erdgasspeicherung*

65. Da es sich auch beim Markt für Erdgasspeicherung<sup>63</sup> um einen infrastrukturbezogenen Markt handelt, sind hier grundsätzlich ähnliche Überlegungen anzustellen wie beim Markt für Erdgastransport. Dabei sind allerdings einige spezifisch für den Markt der Erdgasspeicherung geltende Überlegungen zu berücksichtigen: Nachfrager für Erdgasspeicherleistungen sind sämtliche Endkunden und Wiederverkäufer, die das Transportnetz der EGZ in Anspruch nehmen. Für diese Marktgegenseite der EGZ bilden aber all jene Speicherkapazitäten ein Substitut zu den Speicherkapazitäten der EGZ, die sich in Netzen befinden, die dem Transportnetz der EGZ vorgelagert sind. Die nachgefragte Speicherleistung kann somit auch von Speichern ausserhalb des Netzes der EGZ – unter Umständen sogar von Speicheranlagen im Ausland – erbracht werden. Eine Beschränkung des räumlichen Marktes auf das Netzgebiet der EGZ erscheint daher nicht sachgerecht. Die Frage der genauen räumlichen Abgrenzung kann aber – wie nachfolgend aufgezeigt wird – vorliegend offen gelassen werden.

### B.3.1.4 Relevante Märkte

66. Im Ergebnis liegen zwei relevante Märkte vor:

- Markt für Erdgastransport im Netzgebiet der EGZ
- Markt für Erdgasspeicherung, dessen Ausdehnung in der Tendenz weiter ist als das Netzgebiet der EGZ.

### B.3.1.5 Marktstellung

67. Ein Unternehmen gilt gemäss Art. 4 Abs. 2 KG als marktbeherrschend, wenn es auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage ist, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. In diesem Zusammenhang stellt das Kartellrecht auf die Unternehmen zur Verfügung stehenden Verhaltens- bzw. Preissetzungsspielräume ab, welche marktbeherrschende Unternehmen gegenüber anderen Marktteil-

<sup>58</sup> Vgl. Vereinbarung betreffend den Transport und die Speicherung, Ziff. 5.1.

<sup>59</sup> Vgl. Entscheidung der EU-Kommission vom 14.3.2006 im Fall COMP/M.3868 – DONG/Elsam/Energi E2, Rz 42.

<sup>60</sup> Vgl. Rz. 46.

<sup>61</sup> Vgl. RPW 2006/3, 484 Rz 70 ff., *Atel/EOSH-Aktiven*; RPW 2001/2, 274 Rz 110 ff., *Watt/Migros – EEF*.

<sup>62</sup> Vgl. RPW 2011/4, 674 ff. Rz 98, *Fluxys/Swissgas/Transitgas*.

<sup>63</sup> Zum Begriff vgl. Rz 59.



nehmern haben.<sup>64</sup> Werden hingegen Unternehmen aufgrund der der Marktgegenseite zur Verfügung stehenden Alternativen diszipliniert, bestehen solche Spielräume nicht. Je umgehender die Marktgegenseite auf Verhaltensänderung bzw. Preisänderungen reagiert, desto stärker werden die Handlungsspielräume eingeengt und das betroffene Unternehmen diszipliniert. Fehlt hingegen eine solche Disziplinierung verbleiben dem Unternehmen mitunter grosse Verhaltens- und Preissetzungsspielräume.

68. All jene, die im Raum Zentralschweiz Erdgastransporte (über eine Erdgashochdruckleitung) nachfragen, sind auf die entsprechende Leitung der EGZ angewiesen. Dies verhindert eine Disziplinierung der EGZ als einzige Anbieterin dieser Leistung. Aufgrund des Monopolcharakters ihres Erdgashochdruckrohrleitungsnetzes<sup>65</sup> ist festzustellen, dass die EGZ auf dem Markt für Erdgastransporte im Raum Zentralschweiz marktbeherrschend ist.

69. Betreffend den Markt für Erdgasspeicherung kann aufgrund der offen gelassenen räumlichen Marktabgrenzung das Kriterium der Marktbeherrschung nicht abschliessend beurteilt werden. Selbst wenn aber der räumliche Markt auf das Netzgebiet der EGZ beschränkt würde, – wovon wie gesehen nicht auszugehen ist<sup>66</sup> – wäre voraussichtlich nicht zwingend von einer marktbeherrschenden Stellung der EGZ auszugehen. Dies vor allem deshalb, weil insbesondere Grossverbraucher durchaus in der Lage wären, in einem gewissen Umfang relativ rasch eigene Erdgasspeicher zu errichten. Mit dieser Möglichkeit wird ein gewisser Druck auf die EGZ erzeugt und bewirkt, dass sich diese nicht völlig unabhängig verhalten könnte.

### B.3.1.6 Fazit

70. Es kann festgehalten werden, dass die EGZ gemäss der vorliegenden Analyse in ihrem Netzgebiet eine marktbeherrschende Stellung für Erdgastransporte innehat. Eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Erdgasspeicherung kann hingegen nicht festgestellt werden. Somit steht einzig die Frage im Raum, ob die einseitige Anwendung der Transportkoordinationsvereinbarung NBE Regional gegenüber Dritten – nicht aber gegenüber Aktionären – als unzulässige Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens zu qualifizieren sind.

### B.3.2 Unzulässige Verhaltensweisen

71. Gemäss Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Der Gesetzgeber hat dies in Art. 7 Abs. 2 KG konkretisiert, indem er eine nicht abschliessende Liste von Verhaltensweisen aufgestellt hat, die das Verbot von Art. 7 Abs. 1 KG veranschaulichen soll.<sup>67</sup> Im vorliegenden Fall fällt als Missbrauch namentlich die Diskriminierung von Handelspartnern nach Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG in Betracht.

72. Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG hält fest, dass sich ein marktbeherrschendes Unternehmen unzulässig verhält, wenn es Handelspartner bei Preisen oder sonstigen Ge-

schäftsbedingungen diskriminiert. Gemäss dieser Bestimmung sind marktbeherrschende Unternehmen an das Gleichbehandlungsgebot gebunden. Eine Diskriminierung kann daher einerseits bei der Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte, aber auch bei der Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte gegeben sein. Dies bedeutet, dass dann keine Diskriminierung vorliegt, wenn die Verhaltensweise des marktbeherrschenden Unternehmens auf sachlichen Gründen basiert.

73. Der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG ist demnach erfüllt, wenn kumulativ (1) eine Ungleichbehandlung vorliegt, welche (2) Handelspartner betrifft. Diese Ungleichbehandlung muss gemäss Art. 7 Abs. 1 KG (3) andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern (Behinderungstatbestand) oder die Marktgegenseite benachteiligen (Ausbeutungstatbestand). Schliesslich darf (4) die Ungleichbehandlung nicht durch sachliche Rechtfertigungsgründe gerechtfertigt sein.<sup>68</sup>

#### B.3.2.1 Ungleichbehandlung

74. Das Diskriminierungsverbot von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG führt dazu, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen alle potenziellen Handelspartner in sachlich vergleichbarer Lage grundsätzlich gleich behandeln muss. Dies bedeutet auch, dass marktbeherrschende Unternehmen der Pflicht unterliegen, Wettbewerber in vor- und nachgelagerten Handelsstufen gleich zu behandeln wie die zum marktbeherrschenden Unternehmen gehörenden Wirtschaftseinheiten.<sup>69</sup> Darunter sind nicht nur Tochtergesellschaften, sondern alle in einer besonders nahen Beziehung stehende Unternehmen wie insbesondere Muttergesellschaften zu verstehen. Das marktbeherrschende Unternehmen muss die Wettbewerber zu Bedingungen beliefern, die nicht ungünstiger sind als für die eigenen Wirtschaftseinheiten.<sup>70</sup>

75. Gemäss den vorliegend eingereichten Verträgen vom 7. Dezember 2010 berechnet die EGZ das von ihren Partnern zu leistende Entgelt für die Zurverfügungstellung von Transport- und Speicherkapazitäten auf andere Weise als sie dies für Dritte tut. Konkret wendet die EGZ dabei bei Dritten die „jeweils anwendbaren gesetzlichen Regeln und allfällige Branchenstandards“ an,<sup>71</sup> während das Entgelt, das die Partner zu leisten haben aus den Selbstkosten der EGZ plus einer „Risiko- und Gewinnmarge“ besteht.<sup>72</sup> Dazu liess die EGZ in ihrer Meldung vom 23. Dezember 2010 ausführen, die beiden Hauptaktionäre (EWL und WWZ) würden bereits ohne Buchung von Transport- und Speicherkapazitäten

<sup>64</sup> Urteil des BVGer B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 E. 10.1 (= RPW 2010/2, 297 E. 10.1), *Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion*.

<sup>65</sup> Vgl. Rz. 44.

<sup>66</sup> Vgl. Rz. 65 f.

<sup>67</sup> Vgl. MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: BSK-KG (Fn 18), Art. 7 N 25.

<sup>68</sup> Vgl. RPW 2011/1, 178 Rz 484 f., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*, m. w. H.

<sup>69</sup> Vgl. RPW 2011/1, 93 Rz 50, *Switch/Switchplus*, m. w. H.

<sup>70</sup> Vgl. RPW 2011/1, 93 Rz 49 f., *Switch/Switchplus*, m. w. H.

<sup>71</sup> Vgl. Aktionärbindungsvertrag, Ziff. 8.2.3 und Ziff. 10.2.4.

<sup>72</sup> Vgl. Aktionärbindungsvertrag, Ziff. 8.2.1 und Ziff. 10.2.2.

einen finanziellen Beitrag an das Transportnetz und die Speicheranlagen leisten. Es sei deshalb sachlich gerechtfertigt diesem Umstand bei der Bemessung der Entgelte Rechnung zu tragen.<sup>73</sup> Aus dieser Aussage ist zu schliessen, dass Dritte bei Anwendung der genannten Vertragsbestimmungen grundsätzlich ein höheres Entgelt zu leisten haben als die Partner. Diese Bevorzugung der Aktionäre gegenüber den anderen Nutzern des Netzes führt grundsätzlich zu einer Ungleichbehandlung der Letzteren.

76. Bezüglich der Entgeltsberechnung für die Speichernutzung ist in erster Linie festzuhalten, dass – wie vorne aufgezeigt wurde<sup>74</sup> – betreffend den Markt für Erdgasspeicherung nicht von einer marktbeherrschenden Stellung der EGZ ausgegangen werden kann. Demzufolge ist ein Verstoss gegen Art. 7 KG von vornherein ausgeschlossen. Aufgrund der fraglichen Vertragsbestimmungen wäre es jedoch ohnehin schwierig, eine konkrete Ungleichbehandlung aufzuzeigen. Wie in der Meldung und den zur Diskussion stehenden Verträgen nämlich festgehalten wird, würden zur Berechnung des Entgelts für die Drittspeichernutzung die „Branchenstandards“ zur Anwendung gelangen. Da solche Branchenstandards zum gegebenen Zeitpunkt jedoch unbestrittenmassen nicht existieren, kann sich daraus auch keine Ungleichbehandlung ergeben. Die hypothetische Frage, ob – falls tatsächlich solche Branchenstandards angewendet würden – daraus eine Ungleichbehandlung im Sinn des Kartellgesetzes resultierte, ist im vorliegenden Verfahren nicht zu beantworten. Es ist jedoch festzuhalten, dass wenn eine marktbeherrschende Stellung der EGZ bestehen würde, diese grundsätzlich gehalten wäre, Aktionäre und Dritte auch in Bezug auf die Speichernutzungsentgelte gleich zu behandeln. Wie das der momentan einzigen Kundin der EGZ [...],<sup>75</sup> verrechnete „Speicherentgelt“ von jährlich CHF [...] und das „Systemdienstleistungsentgelt“ von CHF [...] pro Jahr<sup>76</sup> genau berechnet wird und ob diese Entgelte angemessen sind, ist nicht Gegenstand der vorliegenden Vorabklärung und es ist darauf nicht weiter einzugehen.

77. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich demgemäss auf eine potentielle Ungleichbehandlung bei der Entgeltsberechnung für die Netznutzung.

### B.3.2.2 Betroffenheit von Handelspartnern

78. Die Ungleichbehandlung muss gegen Handelspartner gerichtet sein, die auf vor- oder nachgelagerten bzw. benachbarten Märkten tätig sind. Dabei genügt es, wenn das von der Ungleichbehandlung betroffene Unternehmen vergebens versucht hat, mit dem marktbeherrschenden Unternehmen bezüglich der fraglichen Leistung zu einer Einigung zu kommen. Mit anderen Worten handelt es sich nicht erst dann um einen Handelspartner, wenn ein Vertrag besteht, sondern bereits wenn über eine Geschäftsbeziehung Verhandlungen angestrebt wurden.<sup>77</sup>

79. Die vorliegend in Rede stehende Ungleichbehandlung richtet sich gegen jene Handelspartner der EGZ, die in nachgelagerten Märkten tätig sind. Bei solchen Handelspartnern, die die Nutzung des Netzes der EGZ nachfragen, kann es sich grundsätzlich um jedermann handeln, der Erdgas im Netzgebiet der EGZ bezieht. Zu

denken ist dabei in erster Linie an Endkunden und Wiederverkäufer.

80. Als Unternehmen, das von der möglicherweise unzulässigen Verhaltensweise der EGZ betroffen ist, wird in der Meldung lediglich die [...] genannt<sup>78</sup>. Damit liegt zumindest ein konkreter Handelspartner vor, der durch die in Rede stehenden Vertragsbestimmungen diskriminiert werden könnte.

### B.3.2.3 Wettbewerbsbehinderung

81. Diskriminierende Praktiken eines marktbeherrschenden Unternehmens sind insofern wettbewerbsrechtlich relevant, als sie den ungünstiger behandelten Handelspartner im Wettbewerb behindern.<sup>79</sup>

82. Die Behinderungswirkung der vorliegenden Konstellation wird offensichtlich, wenn man sich die Situation eines grossen Industriekunden vor Augen führt, der bis anhin von einem Aktionär der EGZ mit Erdgas versorgt wurde, sich neu jedoch von einem Drittunternehmen beliefern lassen möchte. Angenommen die nachgefragte Erdgasmenge des Industriekunden bliebe unverändert, so bliebe auch die für die Belieferung des Industriekunden benötigte Kapazität auf dem Hochdruckrohrleitungsnetz von EGZ unverändert. An der Transportleistung der EGZ – und somit auch an deren Transportkosten – ändert sich folglich nichts, weshalb es wenig ersichtlich ist, warum dem Industriekunden nun plötzlich ein höheres Netznutzungsentgelt in Rechnung gestellt werden sollte. Demnach führen die zur Diskussion stehenden Vertragsbestimmungen grundsätzlich zu einer Wettbewerbsbehinderung.

### B.3.2.4 Sachliche Rechtsfertigungsgründe

83. Diese skizzierte Ungleichbehandlung durch die EGZ wäre dann zulässig, wenn sie auf einem sachlichen Grund beruhen würde. Das Vorliegen solcher sachlicher Rechtsfertigungsgründe kann anhand der Kostenstruktur des marktbeherrschenden Unternehmens überprüft werden. Wenn unterschiedliche Preise und Konditionen durch unterschiedliche Kosten erklärt werden können, dann liegt keine Diskriminierung im eigentlichen Sinn vor und die Ungleichbehandlung ist zulässig. Die Zulässigkeit einer Ungleichbehandlung sagt jedoch noch nichts darüber aus, ob nicht ein anderer Missbrauchstatbestand erfüllt ist.<sup>80</sup> Aus dem Ergebnis, dass ein Verhalten keine Diskriminierung im Sinn von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG darstellt, folgt insbesondere noch keine Aussage über die Angemessenheit von Preisen oder Geschäftsbedingungen im Sinn von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG.

<sup>73</sup> Vgl. Meldung, Ziff. 2.3 (S. 8).

<sup>74</sup> Vgl. Rz 69.

<sup>75</sup> Vgl. dazu hinten Rz 116 f.

<sup>76</sup> Vgl. Beilage 3 des Schreibens der EGZ vom 19. März 2012.

<sup>77</sup> Vgl. RPW 2011/1, 180 Rz 492, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

<sup>78</sup> Vgl. Meldung, Ziff. 7.4 i. V. m. Ziff. 5.3 und Ziff. 5.2.

<sup>79</sup> RPW 2011/1, 180 Rz 495, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

<sup>80</sup> Vgl. BSK-KG AMSTUTZ/CARRON (Fn 67), Art. 7 N 223.

84. Die EGZ macht in ihrer Meldung diesbezüglich Folgendes geltend:<sup>81</sup>

*„Die beiden Hauptaktionäre der EGZ tragen das wirtschaftliche Risiko der EGZ. Insbesondere finanzieren sie das gesamte Transportnetz und die gesamten Speicheranlagen, ungeachtet dessen, ob die von der EGZ zur Verfügung gestellten Transport- und Speicherkapazitäten vollumfänglich genutzt werden.*

*Mit anderen Worten: Die beiden Hauptaktionäre leisten bereits ohne Buchung von Transport- und Speicherkapazitäten einen finanziellen Beitrag an das Transportnetz und die Speicheranlagen. Es ist deshalb sachlich gerechtfertigt, dass diesem Umstand bei der Bemessung der konkreten Netznutzungsentgelte[n] und den Entgelten für die Speichernutzung Rechnung zu tragen ist. Bei Dritttransporten und bei Drittspeichernutzungen ist ein angemessenes Entgelt (vgl. Art. 13 Abs. 1 RLG) in Rechnung zu stellen, welches dem Umstand Rechnung trägt, dass Dritte die Grundlast des Netzes und der Speicheranlagen nicht mittragen. Aus diesem Grund berechnet sich das Netznutzungs- und Speicherentgelt für die das Risiko tragenden Aktionäre nach Selbstkosten zuzüglich Risiko- und Gewinnmarge und das Netznutzungs- und Speicherentgelt für Dritte nach den Branchendokumenten (Transportkoordinations-Vereinbarung NBE Regional).“*

85. Die von der EGZ angeführte Begründung vermag nicht zu überzeugen: Es ist zwar richtig, dass die beiden Hauptaktionäre das Transportnetz und die Speicheranlagen der EGZ mitfinanzieren, sie partizipieren als Aktionäre im Gegenzug jedoch auch an deren Gewinn. Das Investitionsrisiko der Aktionäre wird folglich über die Dividendenzahlungen abgegolten, steht hingegen nicht in einem direkten Zusammenhang mit dem zu leistenden Entgelt für die Nutzung der Netze und Speicheranlagen. Somit kann die skizzierte Ungleichbehandlung zwischen den Partnern und den Dritten nicht durch die Abgeltung des Investitionsrisikos gerechtfertigt werden. Vielmehr werden die Aktionäre durch die Ungleichbehandlung nebst den Dividenden noch über einen weiteren Weg für ihre Investitionen entschädigt.

86. Weitere sachliche Rechtfertigungsgründe wurden nicht geltend gemacht und sind auch nicht ersichtlich.

### **B.3.2.5 Fazit**

87. Es ist festzuhalten, dass die Umsetzung der in Rede stehenden Vertragsbestimmungen Anhaltspunkte für eine unzulässige Verhaltensweise im Sinn von Art. 7 KG liefern und die beschriebene Wettbewerbsbeschränkung damit grundsätzlich der direkten Sanktionierbarkeit gemäss Art. 49a Abs. 1 KG unterliegen würde. Da das beanstandete Verhalten zwischenzeitlich innert angemessener Frist jedoch wieder aufgegeben wurde<sup>82</sup>, kann vorliegend auf weitere Abklärungen und auf eine abschliessende Beurteilung des in Rede stehenden Verhaltens verzichtet werden.

## **B.4 Die Auswirkungen früherer Widerspruchsverfahrens auf das vorliegende Verfahren**

88. Im Bereich des Erdgasmarktes wurden in der Vergangenheit bereits mehrere Meldungen gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG eingereicht, welche die in Frage ste-

henden Verhaltensweisen möglicherweise bereits andeuteten. Die EGZ liess gestützt darauf in casu geltend machen, die dazumal erteilten Sanktionsbefreiungen würden indirekt auch für das vorliegende Verfahren gelten.

89. Es ist demgemäss im Folgenden zu klären, ob und inwiefern frühere Meldungen und erteilte Sanktionsbefreiungen überhaupt Auswirkungen auf die Sanktionierung in späteren kartellrechtlichen Verfahren haben können. Dazu werden vorerst die Standpunkte der EGZ wiedergegeben (B.4.1) und danach die allgemeinen Folgen eines Widerspruchsverfahrens (B.4.2) sowie der Umfang einer im Rahmen eines Widerspruchsverfahrens erfolgten Sanktionsbefreiung erläutert (B.4.3). Schliesslich wird im Konkreten aufgezeigt, ob und inwiefern sich die im Erdgasbereich erfolgten Meldungen und Sanktionsbefreiungen auf das vorliegende Verfahren auswirken (B.4.4).

### **B.4.1 Parteistandpunkt**

90. Die EGZ liess – im Nachgang zu einem zwischen dem Sekretariat und dem Vertreter der EGZ stattgefundenen Treffen vom 21. Juni 2011 – mit Schreiben vom 29. Juni 2011 im Wesentlichen Folgendes ausführen:

91. Am 14. März 2005 habe beim Sekretariat eine Präsentation zum „System Erdgas Schweiz“ stattgefunden. [...] Aus dieser Präsentation habe sich ohne weiteres ergeben, dass zwischen den Aktionärbindungsverträgen, die für das Innenverhältnis und somit für Eigentümertransporte gelten würden, und den Transportkoordinations-Vereinbarungen, die für das Aussenverhältnis und somit für Dritttransporte zur Anwendung gelangen würden, ein enger Zusammenhang bestehe. In separaten Eingaben habe die Erdgas-Wirtschaft in der Folge am 31. März 2005 [verschiedene Verträge] gemeldet. [Daraus] gehe (u. a.) hervor, dass die meldenden Unternehmen [...] ein vertragliches Netzzugangssystem für Dritttransporte etabliert hätten, welches eine einheitliche Anlaufstelle sowie die Allgemeinen Netzbedingungen (ANB Regional) beinhalte. Aus der Meldung ergebe sich ferner, dass diese ANB Regional und die NBE Regional nur für Dritttransporte gelten würden. Der dazumal gemeldete Sachverhalt beinhalte daher die Meldung, dass es für Dritttransporte eine eigene Ordnung gebe. Zudem habe das Sekretariat aufgrund der vorgenannten Präsentation [...] gewusst, dass es nebst der Ordnung für Dritttransporte auch eine Ordnung für Transporte im Auftrag der Eigentümer der Netze gäbe, welche nicht identisch sei. In den Meldungen sei zwar nicht ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass die unterschiedliche Ordnung für Eigentümertransporte und Dritttransporte vom Tatbestand von Art. 7 KG erfasst sein könne, doch handle es sich hierbei um eine rechtliche Würdigung und das Sekretariat hätte von sich aus eine mögliche Verletzung gemäss Art. 7 KG untersuchen bzw. die Unternehmen zu einer entsprechenden Ergänzung ihrer

<sup>81</sup> Vgl. Meldung, Ziff. 2.3 (S. 8).

<sup>82</sup> Vgl. dazu im Folgenden B. 5.

Meldung auffordern müssen. Für die meldenden Unternehmen sei massgebend, dass sie den Sachverhalt, wonach es für Dritttransporte mit den Transportkoordinations-Vereinbarungen eine eigene Ordnung gebe, gemeldet hätten. Indem das Sekretariat den meldenden Unternehmen am 11. Juli 2005 mitgeteilt habe, betreffend die gemeldeten Sachverhalte kein Verfahren nach Art. 26-30 KG zu eröffnen, habe es die ihm gemeldeten Sachverhalte – inkl. der unterschiedlichen Regelung für Dritttransporte und Eigentümertransporte, welche das Sekretariat erkannt habe oder hätte erkennen müssen – nicht beanstandet und die Erdgas-Wirtschaft habe sich aufgrund des Vertrauensschutzes darauf verlassen dürfen, dass auch diese Regelung keinem Sanktionsrisiko unterliege.

#### B.4.2 Allgemeine Folgen eines Widerspruchsverfahrens

92. Das Widerspruchsverfahren nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG stellt ein kartellrechtliches Sonderverfahren dar, das nicht durch eine Verfügung abgeschlossen wird und zu keinem eigenständigen Entscheid über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines gemeldeten wettbewerbsrelevanten Verhaltens führt.<sup>83</sup> Wird innert fünf Monaten nach der Meldung kein Verfahren eröffnet oder informiert das Sekretariat das meldende Unternehmen bereits vorher darüber, dass es hierauf verzichtet, ist der Meldende im Umfang des von ihm dargelegten Sachverhalts von der Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG definitiv befreit; das schliesst indessen nicht aus, dass die Behörden zu einem späteren Zeitpunkt die gemeldete Wettbewerbsbeschränkung wieder aufgreifen, überprüfen und materiell allenfalls anders beurteilen. Die entlastende Mitteilung (sog. „Comfort-Letter“) oder der unbenutzte Fristablauf befreit somit von der direkten Sanktion, sagt jedoch nichts über die definitive Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des gemeldeten Verhaltens aus.<sup>84</sup> Das Widerspruchsverfahren dient in Ergänzung zur allgemeinen Beratungstätigkeit des Sekretariats (Art. 23 Abs. 2 KG) als Vorverfahren dazu, den Betroffenen eine erste Einschätzung der von ihnen geplanten Verhaltensweise zu ermöglichen. Sie haben nach der Meldung ein Recht auf eine „angemessene Reaktion“ der Wettbewerbsbehörden, andernfalls die (direkte) Sanktionsmöglichkeit entfällt; es besteht in diesem Verfahrensabschnitt indessen kein Anspruch auf eine abschliessende, abstrakte materielle Beurteilung der Abrede oder Verhaltensweise als solche. Das Widerspruchsverfahren führt zu keiner definitiven Beurteilung des Sachverhalts; eine solche kann auch nicht über Art. 25 VwVG erzwungen werden, da ohne Umsetzung der Abrede der (künftige) Sachverhalt nicht hinreichend bestimmt erscheint, um die wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen bereits genügend sicher abschätzen zu können. Es ist praktisch unmöglich, die Rechtslage vor der Umsetzung der Wettbewerbsabrede vollumfänglich zu erfassen, wenn diese nur direkt sanktionierbar sein soll, falls sie tatsächlich sozial oder wirtschaftlich schädliche Auswirkungen im Markt nach sich zieht.<sup>85</sup>

93. Gemäss Art. 39 KG sind auf Kartellrechtsverfahren die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht. Da das

Widerspruchsverfahren als kartellrechtliches Sonderverfahren grundsätzlich nicht auf den Erlass von Verfügungen gerichtet ist, erscheint es fraglich, ob diesbezüglich die Verfahrensvorschriften des VwVG zur Anwendung gelangen.<sup>86</sup> Da Art. 49 Abs. 3 Bst. a KG aber keine ausdrückliche Abweichung vom VwVG festschreibt, ist dieses zumindest in bestimmten Punkten analog anwendbar.

#### B.4.3 Umfang der Sanktionsbefreiung

94. Um die Frage beantworten zu können, inwieweit eine aufgrund eines Widerspruchsverfahren erfolgte Sanktionsbefreiung reicht bzw. was konkret sanktionsbefreit wird, muss zuerst geklärt werden, welchen Inhalt eine Meldung nach Art. 49 Abs. 3 Bst. a hat bzw. haben muss (vgl. B.4.3.1) und es ist der diesbezügliche Umfang der Prüfungspflicht des Sekretariats festzulegen (vgl. B.4.3.2).

##### B.4.3.1 Inhalt einer Meldung gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG

95. Die Modalitäten einer Meldung gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG ergeben sich aus Art. 15 ff. der Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5) sowie dem gestützt auf Art. 16 SVKG geschaffenen Meldeformular<sup>87</sup>, das grundsätzlich zu verwenden ist. Die Angaben bzw. Unterlagen, die in einer Meldung gemäss dem Meldeformular enthalten sein müssen werden grundsätzlich in sieben Abschnitte gegliedert:

1. Angaben zu den Unternehmen
2. Beschreibung der Wettbewerbsbeschränkung
3. Der Meldung beizulegende Unterlagen
4. Vollmacht
5. Angaben zu den Wettbewerbsbeschränkungen bei Meldungen betreffend Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 KG
6. Angaben zu den Wettbewerbsbeschränkungen bei Meldungen betreffend Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG
7. Angaben zu den Wettbewerbsbeschränkungen bei Meldungen betreffend möglicherweise unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen nach Art. 7 KG.

<sup>83</sup> BGE 135 II 60, 76 E. 3.4 (= RPW 2009/1, 115 f. E. 3.4), *Maestro Interchange Fee*.

<sup>84</sup> BGE 135 II 60, 64 E. 2.3.1 (= RPW 2009/1, 111 E. 2.3.1), *Maestro Interchange Fee*, m. w. H.

<sup>85</sup> BGE 135 II 60, 76 E. 3.4, (= RPW 2009/1, 115 f. E. 3.4), *Maestro Interchange Fee*, m. w. H.

<sup>86</sup> Vgl. dazu CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: BSK-KG (Fn 18), Art. 49a N 209, m. w. H.

<sup>87</sup> Abrufbar unter [www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch) > Dienstleistungen > Meldeformulare.

96. Daraus ergibt sich, dass die vom meldenden Unternehmen notwendigerweise zu machenden Angaben (teilweise, d. h. betreffend Ziffer 5-7) danach differenzieren, ob es sich bei der zu meldenden Verhaltensweise um eine horizontale Abrede (Ziff. 5), um eine vertikale Abrede (Ziff. 6) oder um einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung (Ziff. 7) handelt. So beziehen sich die dort verlangten Angaben denn auch auf die konkreten Tatbestandselemente der einzelnen Typen von Wettbewerbsbeschränkungen. Es ergibt sich folglich bereits aus dem erforderlichen Inhalt einer Meldung bzw. aus den gemäss dem Meldeformular verlangten Angaben, dass sich das meldende Unternehmen – um einer möglichen Sanktionierung zu entgehen – nicht einfach mit der Beschreibung irgendwelcher Verhaltensweisen begnügen kann, ohne sich dabei auch implizit mit den kartellrechtlichen Tatbeständen und damit den rechtlichen Grundlagen auseinanderzusetzen. Dies gilt umso mehr als bei kartellrechtlichen Verfahren Sachverhalt und rechtliche Konsequenz derart eng verknüpft sind<sup>88</sup>, dass eine konsequente Trennung ohnehin kaum möglich wäre. Überdies weiss ein Unternehmen im Zeitpunkt der Meldung am besten, welche Wettbewerbsbeschränkungen überhaupt zur Diskussion stehen könnten. Mit anderen Worten gilt eine Sanktionsbefreiung stets nur für die mit der Meldung ausdrücklich geltend gemachten Wettbewerbsbeschränkungen. Dies impliziert, dass aus einer Meldung stets hervorgehen muss, welches konkrete Verhalten, weshalb, welchen der drei in Frage stehenden Grundtatbestände erfüllen könnte. Eine diesbezügliche Hinweis- oder Fragepflicht der Wettbewerbsbehörden könnte lediglich in Ausnahmefällen und höchstens dann bestehen, wenn etwas offensichtlich falsch bzw. unvollständig gemeldet wurde.

#### B.4.3.2 Dispositionsmaxime

97. Beim Institut der Meldung gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG handelt es sich nicht um eine Pflicht, sondern um ein Recht der Unternehmen. Diese entscheiden daher selbst, ob sie ein geplante Wettbewerbsbeschränkung melden oder nicht.<sup>89</sup> Die Wettbewerbsbehörden werden hier nicht von Amtes wegen tätig; vielmehr liegt es in der Autonomie des meldenden Unternehmens, ob sie überhaupt ein Widerspruchsverfahren einleiten. Analog zum mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsverfahren ist demzufolge davon auszugehen, dass im Bereich des Widerspruchsverfahrens – im Gegensatz zur allenfalls folgenden Vorabklärung bzw. Untersuchung – grundsätzlich die sog. Dispositionsmaxime zur Anwendung gelangt. Die Dispositionsmaxime besagt, dass die Einleitung und Beendigung des Verfahrens sowie die Bestimmung des Streitgegenstands den Parteien (und nicht der urteilenden Behörde) obliegen.<sup>90</sup> Dies hat zur Folge, dass die entscheidende Behörde einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen darf, als diese beantragt hat.<sup>91</sup>

98. Für die meldenden Unternehmen hat die Dispositionsmaxime insbesondere zur Folge, dass sie den Umfang des Widerspruchsverfahrens bestimmen. Dies bedeutet aber auch, dass sie gehalten sind, genau anzugeben, welche „Wettbewerbsbeschränkung“ geprüft werden soll. Die Wettbewerbsbehörden sind weder berechtigt noch verpflichtet, den Verfahrensgegenstand anstelle des meldenden Unternehmens festzulegen. Sie

sind zudem nicht gehalten, sämtliche eingereichten Unterlagen bzw. erwähnten Umstände von sich aus nach allen denkbaren und vom meldenden Unternehmen nicht genannten Wettbewerbsbeschränkungen zu durchforschen und zu prüfen. Eine solche Pflicht würde denn auch dem Sinn und Zweck des Widerspruchsverfahren, welches von der meldenden Person selbst eingeleitet wird sowie deren eigener Rechtssicherheit dient und dem Sekretariat einen gewissen zeitlichen Druck auferlegt, zuwiderlaufen. Dies ändert jedoch nichts daran, dass auch im Widerspruchsverfahren grundsätzlich die Untersuchungsmaxime zum Tragen kommt und dass die Wettbewerbsbehörden in ihrer rechtlichen Würdigung durch die Vorbringen der Parteien in keiner Weise gebunden sind.

#### B.4.3.3 Fazit

99. Zusammenfassend ergibt sich, dass das meldende Unternehmen, welches sich in erster Linie von einem möglichen Sanktionsrisiko befreien möchte und deshalb ein Widerspruchsverfahren einleitet, klar darzulegen hat, welchen Sachverhalt es meldet und inwiefern dieser konkrete Sachverhalt eine mögliche „Wettbewerbsbeschränkung“ darstellt. Das Sekretariat ist nicht gehalten, darüberhinausgehende Sachverhalte zu untersuchen bzw. weitere Wettbewerbsbeschränkungen zu prüfen. Eröffnet das Sekretariat in der Folge innerhalb der fünfmonatigen Frist keine Vorabklärung oder Untersuchung, gilt die daraus resultierende Sanktionsbefreiung, welche zudem keine abschliessend Beurteilung über das gemeldete Verhalten darstellt, grundsätzlich lediglich in Bezug auf den konkret gemeldeten Sachverhalt und Tatbestand.

#### B.4.4 Bedeutung für den vorliegenden Fall

100. Wie die EGZ in zutreffender Weise ausführen lässt, wurden dem Sekretariat in den letzten Jahren seitens der Erdgas-Wirtschaft bereits mehrere Sachverhalte gemeldet.<sup>92</sup>

101. Vorliegend von Bedeutung sind insbesondere zwei Meldungen vom 31. März 2005 – jene betreffend [...], auf welche sich das meldende Unternehmen in der Hauptsache beruft, und jene bezüglich „verschiedene Verträge der EGZ“ – sowie eine Meldung vom 27. September 2007 betreffend [...].

##### B.4.4.1 Meldungen vom 31. März 2005

102. [...] meldete „namens und im Auftrage der beteiligten Unternehmen“ mit Schreiben vom 31. März 2005 im Wesentlichen Folgendes:

„[...] Andere im Sinn von Art. 5 Abs. 3 oder Art. 5 Abs. 4 KG relevante Abreden enthalten die [...] Vereinbarungen nicht. Es ist auch keine Verhaltensweise ersichtlich, die unter Art. 7 KG fällt.“<sup>93</sup>

<sup>93</sup> [...]

Die Meldung enthält im Folgenden sodann lediglich „Angaben zu den Wettbewerbsbeschränkungen bei Meldungen betreffend die Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 KG“. Angaben zu Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 5 Abs. 4 KG und Art. 7 KG fehlen entsprechend.

103. Ebenfalls mit Schreiben vom 31. März 2005 meldete die EGZ [...] eine weitere Wettbewerbsbeschränkung. Dabei wurde insbesondere Folgendes festgehalten:

„[...] Abreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG sowie ein nach Art. 7 KG verpöntes Verhalten liegen ebenfalls nicht vor.“<sup>94</sup>

104. Auch hier enthält die Meldung im Folgenden lediglich „Angaben zu den Wettbewerbsbeschränkungen bei Meldungen betreffend die Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 KG“.

105. In beiden Meldungen wurden damit weder explizit noch implizit unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen gemäss Art. 7 KG geltend gemacht. Der Sachverhalt, dass das Entgelt, welches Dritte für die Netz- bzw. Speichernutzung zu bezahlen haben, anderes berechnet wird als jenes, welches von den Aktionären zu entrichten ist, war schlicht nicht Thema der genannten Meldungen. Vielmehr beschränkte das meldende Unternehmen den Gegenstand des Widerspruchsverfahren auf Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 5 Abs. 3 KG und hielt jeweils ausdrücklich fest, ein gemäss Art. 7 KG verpöntes Verhalten liege nicht vor. Entsprechend bezogen sich auch die mit Schreiben vom 11. Juli 2005 gewährten Sanktionsbefreiungen nur auf die gemeldeten Verhaltensweisen im Sinn von Art. 5 Abs. 3 KG. So hielten denn die genannten Schreiben auch ausdrücklich fest: „Die vorliegende Mitteilung und der daraus folgende Vertrauensschutz hinsichtlich der direkten Sanktionierbarkeit beziehen sich ausschliesslich auf die von Ihnen gemeldeten Sachverhaltselemente. Der Vertrauensschutz bezieht sich jedoch nicht auf andere Sachverhalte.“ Damit stünde es der Wettbewerbskommission nach wie vor frei, sämtliche nicht ausdrücklich gemeldeten Verhaltensweisen und insbesondere eine unzulässige Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG zu sanktionieren. Der vom meldenden Unternehmen erhobene Einwand, es sei – im Rahmen der rechtlichen Würdigung – die Aufgabe des Sekretariats gewesen, von sich aus eine Verletzung nach Art. 7 KG zu prüfen, geht damit fehl; das Sekretariat ist im Widerspruchsverfahren nicht gehalten, den Umfang dieses Verfahrens von sich aus auf weitere Sachverhalte oder Tatbestände auszudehnen.<sup>95</sup>

106. Aus den in den vorgenannten Meldungen enthaltenen Begehren, es sei festzustellen, dass die in der Meldung genannten Verträge zwischen den beteiligten Unternehmen keine unzulässige Verhaltensweise im Sinn von Art. 5 Abs. 3 sowie Art. 5 Abs. 4 und Art. 7 KG darstellen, kann die EGZ ebenfalls nichts zu ihren Gunsten ableiten. Die Wettbewerbsbehörden sind im Widerspruchsverfahren einerseits aufgrund der bestehenden Dispositionsmaxime und der daraus resultierenden Mitwirkungspflichten nicht gehalten, sämtliche eingereichten Unterlagen bzw. alle umschriebenen Umstände von sich aus nach Wettbewerbsbeschränkungen zu durchsuchen.<sup>96</sup> Andererseits besteht im kartellrechtlichen Wi-

derspruchsverfahren nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG ohnehin kein Raum für Feststellungsentscheide ausserhalb des Untersuchungsverfahrens.<sup>97</sup>

#### B.4.4.2 Meldung [...] vom 27. September 2007

107. Das soeben Ausgeführte gilt grundsätzlich gleichermassen für eine ebenfalls zu erwähnende Meldung vom 27. September 2007 [...]<sup>98</sup>

108. Bei der Beschreibung des wesentlichen Inhalts der Verträge wird in der Meldung zwar kurz erwähnt, dass [...] „auf Gesuche Dritter um Netznutzung hingewiesen“ werde, „die nach den gesetzlichen Regeln und allfälligen Branchenstandards durchzuführen“ seien. In der Meldung wird jedoch nicht geltend gemacht, dass dieser Umstand ein kartellrechtliches Problem, geschweige denn ein Problem nach Art. 7 KG darstellen könnte.<sup>99</sup> Wie bei den vorgenannten Meldungen wurden auch hier lediglich „Angaben zu den Wettbewerbsbeschränkungen bei Meldungen betreffend Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 KG“ gemacht und die eigentliche Meldung bezog sich einzig auf die Beschaffungsbündelung.<sup>100</sup> Somit war der Gegenstand dieses Widerspruchsverfahrens auf diesen Sachverhalt und Tatbestand beschränkt und es galt auch die vom Sekretariat innerhalb der fünfmonatigen Frist mitgeteilte Sanktionsbefreiung lediglich in diesem Umfang. Davon unberührt blieb dagegen die unterschiedliche Vorgehensweise bei der Entgeltsberechnung für Dritte und Aktionäre und im Allgemeinen Verhaltensweisen, die ein verpöntes Verhalten im Sinn von Art. 7 KG darstellen könnten.

109. Anzuführen bleibt schliesslich, dass selbst wenn sich die [...] erteilte Sanktionsbefreiung auch auf die unterschiedliche Berechnungsweise der Entgelte für Dritt- und Aktionärstransporte bezogen hätte, die EGZ auch dann daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten könnte. Im Unterschied zu den am 31. März 2005 gemeldeten Sachverhalten war die EGZ bei der Meldung betreffend [...] nämlich weder meldendes noch involviertes Unternehmen.

<sup>94</sup> [...]

<sup>95</sup> Vgl. oben Rz 95 ff.

<sup>96</sup> Vgl. oben Rz 98.

<sup>97</sup> Vgl. BGE 137 II 199, 218 E. 6.3 (= RPW 2011/3, 448 E. 6.3), *Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion*; BGE 135 II 60, 68 f. E. 3.1.3 (= RPW 2009/1, 112 f. E. 3.1.3), *Maestro Interchange Fee*; vgl. auch oben Rz. 92.

<sup>98</sup> [...]

<sup>99</sup> [...]

<sup>100</sup> [...]

110. In der Literatur uneinheitlich beantwortet wird die Frage, ob die Sanktionsbefreiung nur für diejenigen Unternehmen gilt, welche die Meldung eingereicht haben oder ob sämtliche an der Wettbewerbsbeschränkung beteiligten Unternehmen davon erfasst werden.<sup>101</sup> Klar ist jedoch, dass ein Unternehmen, welches weder eine Meldung eingereicht hat noch in die gemeldete Wettbewerbsbeschränkung involviert war, nicht von einer diesbezüglich erfolgten Sanktionsbefreiung profitieren kann. Demnach sind dritte Unternehmen, die sich zwar in ähnlicher oder gleicher Weise verhalten, nicht automatisch ebenfalls von Sanktionen befreit. Das Widerspruchsverfahren und die daraus resultierenden Folgen beziehen sich stets nur auf den sich aus der gemeldeten Verhaltensweise und den daran Beteiligten bzw. davon Betroffenen ergebenden Sachverhalt.

111. Eine Ausdehnung der Sanktionsbefreiung auf Dritte kann auch nicht aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) abgeleitet werden; steht es doch jedem Unternehmen frei, eine eigene Meldung einzureichen und damit ein eigenständiges Widerspruchsverfahren zu eröffnen. Gleiches gilt auch für das Vertrauensschutzprinzip (Art. 9 BV).<sup>102</sup> Diesbezüglich fehlt es bereits an einer Vertrauensgrundlage. Wie soeben ausgeführt, richtete sich die Mitteilung betreffend die Sanktionsbefreiung nicht an die EGZ und betraf auch nicht die vorliegend in Rede stehende Wettbewerbsbeschränkung.

#### B.4.4.3 Fazit

112. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die EGZ aus den bereits früher erfolgten Meldungen keine Sanktionsbefreiung, geschweige denn die Zulässigkeit der vorliegend zur Diskussion stehenden Verhaltensweisen, ableiten kann.

#### B.5 Einstellung der beanstandeten Verhaltensweise der EGZ

113. Falls das Unternehmen, das eine Wettbewerbsbeschränkung gemeldet hat, nach der Einleitung einer Vorabklärung oder Untersuchung an der Wettbewerbsbeschränkung weiterhin festhält und diese weiterpraktiziert, unterliegt es der direkten Sanktionierbarkeit, falls sich nach Abschluss der Untersuchung ergibt, dass die Wettbewerbsbeschränkung unzulässig ist. Will das Unternehmen der direkten Sanktionierbarkeit entgehen, muss es die praktizierte Wettbewerbsbeschränkung einstellen. In diesem Fall ist die Wettbewerbsbeschränkung an sich sofort aufzugeben, doch wird man den Unternehmen in der Praxis eine kurze Frist zur Aufgabe der erst relativ kurz praktizierten Wettbewerbsbeschränkung (gemäss Widerspruchsfrist maximal fünf Monate) zugestehen müssen. Die eigentliche Aufgabe der Wettbewerbsbeschränkung sowie die entsprechende Frist kann auch in Absprache mit den Wettbewerbsbehörden, das heisst einvernehmlich im Sinn von Art. 26 Abs. 2 bzw. Art. 29 f., erfolgen.<sup>103</sup>

114. Grundsätzlich können auch Verstösse gegen das Kartellgesetz, welche im Zeitpunkt einer Untersuchung nicht mehr bestehen, geprüft und allenfalls geahndet werden. Damit unterliegen auch Vergangenheitssachverhalte prinzipiell der kartellrechtlichen Beurteilung

gemäss Art. 27 Abs. 1 KG.<sup>104</sup> Folglich fällt bei der Einstellung des gemeldeten Verhaltens der Verfahrensgegenstand auch nicht dahin.<sup>105</sup>

115. Mit E-Mail vom 23. September 2011 informierte der Rechtsvertreter der EGZ das Sekretariat über die Verwaltungsratssitzung vom 22. September 2011. Demnach hätten die EGZ und die beteiligten Gesellschaften beschlossen, die vom Sekretariat beanstandeten Vertragsbestimmungen rückwirkend per 1. Januar 2011 nicht mehr anzuwenden. Mit Schreiben vom 1. November 2011 brachte die EGZ dem Sekretariat einen Auszug aus dem Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 22. September 2011 zur Kenntnis. Daraus geht Folgendes hervor:

„Antrag:

*Die Geschäftsleitung beantragt dem Verwaltungsrat gemäss den Empfehlungen der Aktennotiz der [...] vom 6. September 2011 die vom Sekretariat der WEKO mit Schreiben vom 20. Mai 2011 beanstandeten Ziffern des ABV und der Transportvereinbarung aufzuheben und für Aktionärstransporte bereits rückwirkend ab dem 1. Januar 2011 an deren Stelle die Branchenstandards für Drittransporte anzuordnen.*

*Die Geschäftsleitung beantragt den anwesenden zeichnungsberechtigten Mitgliedern der ewl Energie Wasser Luzern Holding AG, der ewl Verkauf AG, der Wasserwerke Zug AG und der WWZ Netze AG namens der von ihnen vertretenen Gesellschaft dem vorgenannten Beschluss zuzustimmen.*

*Die Geschäftsleitung wird beauftragt das Vorgehen der Wettbewerbskommission zu melden.*

Beschluss:

*Der Verwaltungsrat stimmt dem Antrag einstimmig zu. Der Verwaltungsrat delegiert die weitere Konkretisierung und anschliessende Umsetzung gemäss Antrag an die Geschäftsführung der EGZ.“*

116. Auf entsprechende Anfrage des Sekretariats vom 22. Februar 2012 zur konkreten Umsetzung des vorerwähnten Verwaltungsratsbeschlusses liess die EGZ mit Eingabe vom 19. März 2012 im Wesentlichen Folgendes erklären:

*„Mit Schreiben vom 1. November 2011 haben wir Ihnen einen Auszug aus dem Protokoll der Sitzung des Verwaltungsrates der Erdgas Zentralschweiz AG vom 22. September 2011 zukommen lassen. Danach wurde einerseits dem Verwaltungsrat beantragt, die im Schreiben der Wettbewerbskommission vom 20. Mai 2011*

<sup>101</sup> Vgl. BSK-KG TAGMANN/ZIRLICK (Fn 86), Art. 49a N 214; PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 49a N 30, je m. w. H.

<sup>102</sup> Zu den Voraussetzungen des Vertrauensschutzes vgl. etwa BGE 129 I 161, 170 E. 4.1, m. w. H.

<sup>103</sup> Vgl. BSK-KG TAGMANN/ZIRLICK (Fn 86), Art. 49a N 225 f., m. w. H.

<sup>104</sup> Vgl. Urteil des BGE 2A.59/2005 vom 22.8.2005, RPW 2005/3, 581 f. E. 3.2 f., EDV/Betosan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss+Appetito AG, Reko, Weko.

<sup>105</sup> Vgl. auch BSK-KG TAGMANN/ZIRLICK (Fn 86), Art. 49a N 226.

beanstandeten Ziffern des ABV und der Transportvereinbarung aufzuheben und für Aktionärstransporte bereits rückwirkend ab dem 1. Januar 2011 an deren Stelle die Branchenstandards für Drittransporte anzuwenden. Der Antrag erging andererseits auch an die anwesenden zeichnungsberechtigten Mitglieder der ewl Energie Wasser Luzern Holding AG, der ewl Verkauf AG, der Wasserwerke Zug AG und der WWZ Netze AG für die von Ihnen vertretenen Gesellschaften.

Diesem Beschluss wurde gemäss Antrag zugestimmt.

Eine Neuredaktion der Verträge ist bisher nicht erfolgt. Vielmehr sind die Vertragsänderungen durch den entsprechenden Beschluss des Verwaltungsrates der Erdgas Zentralschweiz AG und der erwähnten Aktiengesellschaften bereits vorgenommen worden. Die beteiligten Gesellschaften halten sich an diese Vereinbarung.“

117. Dem genannten Schreiben wurden sodann drei von der EGZ ausgestellte Rechnungen beigelegt. Eine richtet sich an die WWZ Energie AG, eine an die EWL Verkauf AG und die dritte an die [...], welche die einzige Kundin der EGZ sei<sup>106</sup>. Die drei Rechnungen beziehen sich jeweils auf den Erdgasbezug bzw. die «Netzverrechnung» für den Monat November 2011. Es geht daraus im Wesentlichen hervor, dass das Netznutzungsentgelt, welches die [...] zu leisten hat, jenem entspricht, welches auch der WWZ Energie AG und der EWL Verkauf AG in Rechnung gestellt wird; der Ansatz beträgt bei allen dreien CHF 150/Nm<sup>3</sup>/h. Dies entspricht auch dem auf der Website der Koordinationsstelle Durchleitung publizierten Transportentgelten.<sup>107</sup>

118. Zusammenfassend ergibt sich folgender zeitlicher Ablauf: Die in Rede stehenden Vertragsbestimmungen sind am 1. Januar 2011 in Kraft getreten. Am 20. Mai 2011 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG und am 22. September 2011 beschloss der Verwaltungsrat der EGZ, die fraglichen Vertragsbestimmungen aufzuheben und rückwirkend ab dem 1. Januar 2011 stattdessen die Branchenstandards für Drittransporte anzuwenden. Die Umsetzung dieses Beschlusses ist gemäss den eigenen Angaben sofort erfolgt.

119. Auch wenn die fraglichen Vertragsbestimmungen rückwirkend wieder aufgehoben wurden, kann daraus keineswegs geschlossen werden, dass diese auch keine Wirkungen entfaltet haben. Dies zeigt sich insbesondere, wenn man sich die Situation vor Augen führt, dass sich ein Dritter während der Zeitspanne vom 1. Januar 2011 bis zum Beschluss des Verwaltungsrates nach dem Angebot der EGZ erkundigt, und sich aufgrund der damals vorliegenden Informationen für oder – aufgrund der höheren Preise – eben gegen eine Lieferung von Dritten und für eine solche der EGZ entschieden hätte.

120. Da die EGZ während der max. fünfmonatigen Dauer bis zum Widerspruch ohnehin von der Sanktionsbefreiung profitiert, beträfe eine allfällige Sanktionierung folglich höchstens den Zeitraum vom 20. Mai 2011 bis zum 22. September 2011. Wie oben ausgeführt<sup>108</sup>, ist einem Unternehmen, nachdem ihm die Mitteilung über die Eröffnung einer Vorabklärung mitgeteilt wurde, eine kurze Übergangsfrist zu gewähren, damit es sich auf die neuen Umstände einstellen kann und die Möglichkeit

hat, das vom Sekretariat vorläufig als kritisch beurteilte Verhalten aufzugeben.

121. Es stellt sich die Frage, wie lange eine solche angemessene Übergangsfrist zu bemessen ist. Dies lässt sich nicht abstrakt beantworten, sind doch vielmehr stets die Umstände des konkreten Einzelfalls zu berücksichtigen. Grundsätzlich zu beachten ist jedoch immer, dass das meldende Unternehmen im Rahmen eines Widerspruchsverfahren mit der Eröffnung einer Vorabklärung bzw. Untersuchung rechnen muss und sich bereits von Beginn weg darauf einstellen kann, dass es – um einer möglichen Sanktionierung zu entgehen – das gemeldete Verhalten kurzfristig wieder einstellen muss. Damit handelt es sich hierbei nie um ein völlig unerwartetes Szenario. Beim vorliegenden Einzelfall ist demgegenüber insbesondere zu berücksichtigen, dass die EGZ stets transparent informierte und sich durchwegs kooperativ verhielt. Zu beachten ist überdies, dass es um ein zusammenhängendes Vertragskonstrukt geht, in das auch eine Mehrzahl von Unternehmen involviert ist. Es kann zudem davon ausgegangen werden, dass die als kritisch eingestufteten Vertragsbestimmungen während der relevanten Zeitspanne von rund vier Monaten tatsächlich keine grossen Auswirkungen zeitigten. Über solche Auswirkungen wie insbesondere entsprechende Anfragen von Dritten um Zugang zum Netz der EGZ ist zumindest nichts bekannt. Die Umstellung auf die neue Berechnungsmethode erfolgte zudem noch vor dem neuen Gasjahr, welches gemäss Usanz jeweils am 1. Oktober beginnt. Eine allfällige Sanktionierung für einen Zeitraum von wenigen Wochen wäre denn in casu schliesslich auch nicht sachgerecht. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die EGZ das beanstandete Verhalten innert einer für den vorliegenden Fall angemessenen Anpassungsfrist wieder einstellte und aufgrund dieser konkreten Situation eine Sanktionierung der fraglichen Verhaltensweise ohnehin nicht in Betracht fiel.

## B.6 Ergebnis

122. Der vorliegende Bericht zeigt, dass die unterschiedliche Berechnungsweise der Netznutzungsentgelte für Aktionäre und Dritte gemäss der vorliegenden – nicht abschliessenden Analyse – auf eine unzulässige Verhaltensweise im Sinn von Art. 7 Abs. 2 Bst. b hindeutet. Die EGZ hat die fragliche Verhaltensweise jedoch zwischenzeitlich innert angemessener Frist rückwirkend aufgegeben und es kann davon ausgegangen werden, dass die als kritisch eingestufteten Vertragsbestimmungen keine grossen Auswirkungen zeitigten, weshalb eine allfällige Sanktionierung dieser Verhaltensweise vorliegend nicht in Betracht fiel. Aufgrund dieser Umstände ist auf die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 Abs. 1 KG zu verzichten und die vorliegende Vorabklärung einzustellen. Schliesslich bleibt anzufügen, dass sich dieser Bericht lediglich mit der Frage einer allfälligen Ungleichbehandlung befasste und dadurch insbesondere nichts über die Angemessenheit der von der EGZ verlangten Preise aussagt.

<sup>106</sup> Vgl. oben Rz 76.

<sup>107</sup> Vgl. [www.ksdl-erdgas.ch](http://www.ksdl-erdgas.ch) > Downloads > Transportentgelte 11/12.

<sup>108</sup> Vgl. Rz 113.



## **C Schlussfolgerungen**

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

1. stellt fest, dass bezüglich des gemeldeten Verhaltens Anhaltspunkte für eine Diskriminierung von Handelspartnern und damit für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestehen;
2. nimmt Kenntnis davon, dass die EGZ die vorliegend als kritisch beurteilten Verhaltensweisen rückwirkend per 1. Januar 2011 aufgegeben hat;
3. stellt fest, dass mit der Anpassung der Berechnungsweise der Netznutzungsentgelte die Anhaltspunkte für eine Diskriminierung von Handelspartnern wegfallen;
4. beschliesst demzufolge, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen;
5. teilt den Beteiligten die Einstellung der Vorabklärung mit;
6. beschliesst, diesen Schlussbericht zu publizieren.

B 1.1

**2. Elektrovelos Flyer**

*Schlussbericht vom 15. August 2012 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Elektrovelos Flyer wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG*

**A Sachverhalt**

1. Mit E-Mail vom 14. März 2011 meldete sich ein Kleinunternehmer aus dem Thurgau beim Sekretariat und wies auf die Preisunterschiede zwischen der Schweiz und Deutschland bei Flyer Elektrovelos hin. Flyer Elektrovelos werden von der Biketec AG mit Sitz in 4950 Huttwil (nachfolgend: Biketec) hergestellt. Konkret lag der Verkaufspreis unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Mehrwertsteuersätze in Deutschland bei 2360 CHF, in der Schweiz bei 3000 CHF<sup>1</sup>. Da der Anzeiger keine Hinweise für eine vertikale Preisbindung oder Abrede lieferte und der Bezug aus dem Ausland möglich war, informierte ihn das Sekretariat dahingehend, dass alleine aufgrund des Preisunterschiedes nicht von einem kartellrechtswidrigen Verhalten ausgegangen werden kann.

2. Im Sommer 2011 berichtete „Schweiz Aktuell“ über massive Preisunterschiede bei den Flyer Elektrovelos zum benachbarten Ausland und den damit verbundenen Unmut von Velohändlern in der Bodensee-Region.

3. Per Kontaktformular sandte uns am Freitag, 23. September 2011 der Geschäftsführer eines Wiederverkäufers von Biketec folgende Nachricht:

*„Firma Biketec schreibt die Preise vor und deshalb wurden wir von der Händlerliste gestrichen. Wir haben 10 % Währungsrabatt gegeben (August bis September) weil die CH Preise /Europreise eine zu grosse Differenz waren. Kunden haben CH Produkte in Deutschland gekauft. Diese Sachlage wurde durch einen Bericht im Fernsehen ausgelöst. Nun werden wir abgestraft. Wir haben öffentlich einen Förderbonus gegeben und dies passte Flyer nicht. Man solle sich an die Preisliste halten. Wer sich nicht daran hält wird von der Liste gestrichen. Bin nicht der einzige Fall!“*

*Dies ist eine Preisabsprache und Biketec schottet den Markt ab!“*

4. Aufgrund dieser Anzeige telefonierte das Sekretariat um genauere Infos zum Sachverhalt zu erhalten. Der Anzeiger stellte anlässlich des Gespräches in Aussicht, seine Aussagen mit schriftlichen Belegen zu stützen. Mit E-Mail vom 26. September reichte er Werbeunterlagen, die 2011-CHF-Preisliste der Flyer Modelle, ein Info-schreiben an die Händler (in welchem Preissenkungen in der Schweiz und höhere Einstandspreise in der EU bekannt gegeben wurden) und ein „Sitzungsprotokoll“ ein – eine selbst verfasste, nicht unterzeichnete Gesprächsnotiz der Unterredung mit einem Mitarbeiter von Biketec am 23. September 2011 (Tag der Anzeige). Gemäss dieser Notiz hat der Mitarbeiter von Flyer sich dahingehend geäußert, dass das betroffene Unterneh-

men aufgrund seiner Preispolitik in Zukunft nicht mehr beliefert wird:

*„Als Flyerhändler dürfe man keinen Rabatt in Geldwert geben und dies nicht öffentlich bewerben. Erlaubt sei höchstens Zubehör zum Velo. Man solle sich an die Preisvorgaben halten, die man vorschreibe. Ein anderer Händler sei auch von der Liste gestrichen worden, weil er Rabatte gegeben habe.“*

5. Mit E-Mail vom 28. Oktober 2011 stellte uns der Anzeiger eine Euro-Preisliste für Deutschland, die von ihm geschalteten Werbungen mit Rabatten/Rückvergütungen und ein E-Mail des Geschäftsführers von Biketec zu. Dieser schreibt darin:

*„Wie kann man einen Eurorabatt gewähren, wenn ein Produkt aus der Schweiz stammt? Damit implizieren Sie dem Publikum, dass wir FLYER einfach aus dem Ausland importieren und hier als Währungsprofiteur agieren.“*

*Das Gegenteil ist der Fall! Wir leiden unter den Euro-Preisen, setzen uns sehr dafür ein dass wir die Schweizer Wirtschaft erhalten können.“*

*Nachdem Sie wiederholt mit Rabatten die anderen Händler provoziert haben und wir mit dieser widersinnigen Euro-Aktion erhebliche Schwierigkeiten am Markt bereitet haben war für mich das Mass voll.“*

*Wir haben keine Preisvorschriften, müssen aber solche geschäftsschädigenden Aktivitäten nicht hinnehmen.“*

6. Zwischenzeitlich, am 16. Oktober 2011, eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung gegen Biketec und bat diese im Eröffnungsschreiben um Stellungnahme betreffend den Vorwurf der Preisbindung zweiter Hand. Zudem wurde Biketec um Einreichung einer Kopie der Vertriebsverträge (Schweiz, Deutschland, Österreich) gebeten, dies mit Frist bis zum 14. November 2011. Die Stellungnahme von Biketec ist nach erfolgter Fristerstreckung am 29. November 2011 eingetroffen.

7. In der Stellungnahme beschreibt Biketec unter anderem, wie sie durch die Wechselkursentwicklung im Jahre 2011 überrascht wurde und welche Konsequenzen die daraus entstandenen Preisdifferenzen zwischen der Schweiz und dem angrenzenden Ausland für das Unternehmen hatte. Biketec legt ihre Verkaufspreise einmal pro Jahr, jeweils anlässlich der Fahrradmesse „Eurobike“ am 1. September, fest. Im August 2011 wurde ein

<sup>1</sup> Zu diesem Zeitpunkt war der Wechselkurs €/CHF bei 1,30.

Schreiben an die Händler versandt, in dem die Situation wie folgt dargestellt wurde: Das Unternehmen ging bei der Kalkulation der Europreise im Jahre 2010 davon aus, dass der Eurokurs wieder steigen würde. Zum Zeitpunkt dieser Annahme war der Kurs €/CHF 1.37, die Kalkulationsbasis lag aber höher. Entgegen den Erwartungen von Biketec fiel der Kurs aber weiter und erreichte am 8. August 2011 einen Tiefstand von 1.04 CHF. Dadurch waren die Preise für Schweizer Konsumenten im Ausland sehr attraktiv geworden. Die Abwanderung der Kunden war sowohl für den Fachhandel wie auch für Biketec ein Problem – der Fachhandel verlor an Umsatz und Biketec musste bei Verkäufen in den Euroraum die entstehenden Währungsverluste tragen. Als Massnahme kündigte Biketec deshalb gegenüber den Händlern an, die Preise in der EU für den Modelljahrgang 2012 entsprechend anzuheben<sup>2</sup>. Gemäss dem Schreiben nimmt Biketec mit diesen Anpassungen explizit „eine schwierige Marktposition im hart umkämpften deutschen Markt in Kauf...“.

8. Biketec hat keine Vertriebsverträge im eigentliche Sinne. Die Händler erhalten jährlich einen aktuellen Katalog inkl. Preisliste (worin die angegebenen Preise als UVP, unverbindliche Verkaufspreise, bezeichnet sind). Aufgrund von Absatzzahlen, Werbung, Lagerhaltung und Umfang der Vorbestellungen wird jeder Händler in eine Rabattkategorie eingeteilt. Sein Einstandspreis ergibt sich aus dem UVP abzüglich seines Händlerrabatts ([...] – [...] %).

9. In ihrer Stellungnahme führt Biketec weiter aus, dass im Zuge einer Bereinigung des Händlernetzes 17 Abnehmer in Zukunft nicht mehr beliefert würden. Folgende Gründe werden geltend gemacht:

- zu geringer Absatz,
- anhaltend schlechte Zahlungsmoral,
- mangelhafte Präsentation der Produkte,
- mangelnde Fachkenntnisse,
- keine Teilnahme an den Schulungen von Biketec.

10. Die Preisgestaltung der Händler sei „hingegen in keinem Falle ein Kriterium für den Fortbestand der Geschäftsbeziehung“ gewesen.

11. Betreffend die Geschäftsbeziehung zum Anzeiger führt Biketec aus, dass verschiedene Probleme bestanden haben. So gab es Differenzen betreffend Werbeerstattungen (Biketec verweigerte die Vergütung von Werbemassnahmen, da diese nicht ihren Kriterien entsprechen – entsprechende Vorlagen werden auf der Homepage bereitgestellt). Ebenso wird die fehlende Fachkompetenz kritisiert (der Anzeiger ist kein Velohändler<sup>3</sup>). Dies führte in einem Falle zu einer längeren schriftlichen Auseinandersetzung zwischen einem unzufriedenen Kunden, dem Anzeiger und der Biketec, welche dem Sekretariat vorliegt. Schliesslich war offenbar eine durch den Anzeiger geschaltete Werbung in der Luzerner Zeitung, in der ein Eurorabatt angepriesen wurde, ein weiterer Grund für das Beenden der Geschäftsbeziehung. Biketec macht geltend, dass sie als Exportunternehmen unter dem hohen Euro leiden, die Anzeiger habe hingegen suggeriert, dass Biketec ein Profiteur der Wechselkursverhältnisse sei.

12. Aufgrund der Angaben betreffend die Bereinigung des Händlernetzes wurde Biketec mit Schreiben vom 6. Januar 2012 aufgefordert, ein entsprechendes Adressverzeichnis einzureichen, inklusive jenen Händlern, die nicht mehr beliefert werden. Diese Eingabe erfolgte am 16. Januar 2012. Das Adressverzeichnis enthält 316 aktuelle sowie 17 ehemalige Wiederverkäufer.

13. Mit Auskunftsbegehren vom 14. Februar (deutsch) respektive 16. Februar 2012 (französisch und italienisch) wurde eine Zufallsauswahl von insgesamt 48 Händlern befragt, darunter alle ehemaligen Händler. Diese Stichprobe entspricht 10 % der aktuellen Wiederverkäufer.

14. Die Fragen betrafen die folgenden Themen: Umsätze mit Flyer-Rädern in den letzten drei Jahren, aktueller Status als Händler, Preisgestaltung und Rabatte, Hinweise auf eine eventuelle Einflussnahme von Biketec auf die Preisgestaltung.

## B Erwägungen

### B.1 Geltungsbereich

15. Das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (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 Abs. 1 KG).

16. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Biketec und deren Abnehmer, zumeist KMU's, die im Velofachhandel tätig sind, sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

### B.2 Vorbehaltene Vorschriften

17. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben (Art. 3 Abs. 2 KG).

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

<sup>2</sup> So wurde z.B. der unverbindliche Verkaufspreis für das C2 Premium 26V von 1990 € auf 2290 € angehoben, jener des C10 HS von 3090 € auf 3490 €

<sup>3</sup> Gemäss seiner Website spezialisiert sich der Anzeiger auf den Vertrieb von Produkten für Personen mit eingeschränkter Mobilität (aus medizinischen Gründen) – Rollstühle, Elektromobile, Lifte sowie therapeutische Geräte und Hilfsmittel.

### B.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede über Wiederverkaufspreise

19. Laut Art. 5 Abs. 1 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. Vorliegend wurde geprüft, ob eine Abrede zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise oder eine Abrede in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden, vorliegt (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, VertBek).

20. Aufgrund der Anzeigen und der Berichterstattung hat sich die Befragung der Händler auf das Vorliegen einer Abrede über Preise konzentriert, da keine Vertriebsverträge vorliegen und rasch ersichtlich war, dass Direktimporte durch Konsumenten, gerade in grenznahen Gebieten, laufend erfolgten. Einige der befragten Händler kritisierten deshalb auch die Preispolitik von Biketec, da die Einstandspreise in Deutschland in Kombination mit dem tiefen Euro-Kurs im Sommer 2011 zu einer beträchtlichen Benachteiligung der Schweizer Händler führten. So gab ein befragter Händler an, er habe den Verkauf von Flyer-Bikes aufgegeben, weil die Kunden im 5 Kilometer entfernten Ausland einkaufen.

21. Zu prüfen war somit insbesondere, ob die Preisempfehlungen von Biketec eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG darstellen. Sollte dies zu bejahen sein, wären sie nach Ziff. 15 VertBek als eine Abrede über Preise im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG zu qualifizieren. Damit entstünde die Vermutung, dass der wirksame Wettbewerb durch die Abrede auf dem betroffenen Markt beseitigt wurde.

#### B.3.1 Wettbewerbsabrede

22. Ziff. 15 VertBek hält fest, dass beim Vorliegen von Preisempfehlungen von Anbietern an Wiederverkäufer oder Händler einzelfallweise zu prüfen ist, ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede vorliegt. Abs. 3 dieser Ziffer enthält eine nicht abschliessende Auszählung von Aufgreifkriterien. Eines dieser Kriterien ist der Befolgungsgrad. Der Umstand, dass Preisempfehlungen von einem bedeutenden Teil der Händler befolgt werden, ist allerdings für sich alleine genommen kein Eingreifkriterium. Die WEKO verwendete in Vergangenheit den Befolgungsgrad allerdings auch als Beurteilungskriterium für das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede<sup>4</sup>.

23. In einem kürzlich ergangenen Entscheid der WEKO<sup>5</sup> wurde ein Befolgungsgrad von 33,1 % der Tarifempfehlung des Neuenburger Immobilienhändler-Verbands „Union suisse des professionnels de l'immobilier“ (USPI-Neuchâtel) an seine Mitglieder als qualitativ erheblich qualifiziert. Im Unterschied zum vorliegenden Falle handelte es sich bei diesen Tarifempfehlungen allerdings um eine horizontale Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG. Im vorliegenden Falle wird hingegen

das Vorliegen einer Abrede zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen nach Art. 5 Abs. 4 KG (vertikale Abrede) geprüft.

24. Betreffend den Befolgungsgrad zeigt die Befragung, dass die Händler grundsätzlich von den Listenpreisen ausgehend ihre Verkaufspreise an die Endkunden festlegen, wobei in der Mehrheit der Fälle noch Rabatte oder Zusatzleistungen gewährt werden.

25. Ein Drittel der Händler gibt an, keine Rabatte auf den unverbindlichen Verkaufspreis zu geben, sondern diesen so vom Endkunden zu verlangen. Der grosse Rest gibt Rabatte von 2 bis 5 %; darunter fallen auch das Gewähren von Skonti und die Abgabe von Gratiszubehör. Drei Händler gaben an, Rabatte von über 5 % zu geben – zwei davon arbeiten nicht mehr mit Biketec zusammen (der Anzeiger wird nicht mehr beliefert, der andere Händler hat von sich aus die Zusammenarbeit beendet.) Vier Händler haben ausgesagt, dass sie ihre Dienstleistungen zusätzlich verrechnen. Ihre Verkaufspreise liegen somit über dem empfohlenen Verkaufspreis von Biketec.

26. Der Befolgungsgrad alleine kann allerdings nicht ausreichen, um eine Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG anzunehmen, sondern es sollten zusätzliche, qualifizierende Elemente vorliegen<sup>6</sup> – wie z.B. die Ausübung von Druck oder die Gewährung von Anreizen.

27. Grösstenteils gaben die Händler an, dass es keinen Druck betreffend die Verkaufspreise gebe und sie frei seien in der Preisgestaltung. Ein kleiner Teil antwortete ausweichend oder widersprüchlich. Abgesehen vom bereits zitierten E-Mail der Biketec AG an den Anzeiger sind allerdings keine weiteren Beweise für einen allfälligen Druck eingegangen.

28. Biketec selbst teilt seine Händler in Rabattkategorien ein. Kriterien für die Höhe der Rabatte sind insbesondere der Umsatz und die Werbeaktivitäten des vergangenen Jahres sowie die Vorbestellungen bzw. Lagerhaltung im nächsten Jahr. Der Einstandspreis der Händler entspricht dem Listenpreis von Biketec abzüglich des entsprechenden Rabattes. Die Listenpreise von Biketec stellen gleichzeitig die unverbindlichen Verkaufsempfehlungen auf Endkundenstufe dar. Die entsprechende Preisliste ist auf der Homepage von Biketec publiziert und kann von Kunden auch über das Kontaktformular bestellt werden<sup>7</sup>. Die Preise sind überdies auch über ein iPhone-App zugänglich.

<sup>4</sup> Vergleiche eingehend dazu: RPW 2011/3, 366 Rz 16 ff., *Festool*.

<sup>5</sup> Entscheid der WEKO vom 2. Juli 2012 in Sachen USPI Neuchâtel (Publikation ausstehend)

<sup>6</sup> RPW 2011/3, 366 Rz 32ff., *Festool*; KLAUS NEFF in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Ziff. 11 VertBM, N 8f.

<sup>7</sup> Siehe <http://www.flyer.ch/m/mandanten/145/topic9861/story32769.html>, zuletzt abgerufen am 31.07.2012.

29. In ihrer Eingabe vom 29. November 2012 betont Biketec die Unverbindlichkeit der von ihr gemachten Preisempfehlungen. So werden in den Preislisten und den Auftragsbestätigungen die Preise jeweils als UVP bzw. EVP (empfohlener Verkaufspreis) bezeichnet. Rabatte, in Form von reduzierten Preisen, kostenlosem Zubehör oder kostenlosen Dienstleistungen, seien Biketec bekannt und „Gang und Gäbe“. Den Wiederverkäufern stehe es frei, ihre Verkaufspreise tiefer als die empfohlenen Preise anzusetzen. All dies sei verkaufsfördernd, sowohl für die Wiederverkäufer wie auch für Biketec selber. Es gebe keine Abreden über die Wiederverkaufspreise zwischen Biketec und den Wiederverkäufern. Es gebe auch keine Vorschriften, Sanktionen oder Druckversuche die Wiederverkaufspreise betreffend.

30. Allgemeine Kritikpunkte der Händler waren zum einen die zu tiefen Margen, die es gar nicht erlaubten, die Endverkaufspreise tiefer als der empfohlene Preis anzusetzen, und zum andern die langen Lieferfristen für einen Flyer (drei bis vier Monate nach Bestellung). Letzteres ist wohl vor allem ein Thema für jene Händler, die nur geringe Mengen absetzen und keine Modelle an Lager haben, sondern nur bei einem Verkauf an Endkunden anschliessend das gewünschte Velo bestellen. Mehrere Händler haben aber auch angemerkt, dass eine Lagerhaltung wenig Sinn mache, da es für jedes Modell diverse Optionen gibt (Schaltung, Bremsen, Federung, leistungsfähigere Akkus etc.)

31. Zusammenfassend geht das Sekretariat vorliegend nicht vom Bestehen einer Preisbindung zweiter Hand aus bzw. vom Vorliegen einer Abrede aus. Die Hinweise, welche zur Eröffnung der Vorabklärung geführt haben, sind offenbar als Einzelfall einzustufen. Die geringen Margen sowie die Weigerung, gewisse Händler zu beliefern, könnte problematisch sein wenn es sich bei Biketec um ein marktbeherrschendes Unternehmen handeln würde (Art. 4 Abs. 2 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. a und c KG). Dies ist aber, wie aus der folgenden Marktabgrenzung hervorgeht, nicht der Fall.

32. Um die Marktstellung von Biketec einschätzen zu können und um festzustellen, ob der beschriebene Sachverhalt – wäre er als Abrede im Sinne Art. 5 Abs. 4 KG zu qualifizieren gewesen – eine quantitativ erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung bewirkt haben könnte, wird im Folgenden eine summarische Marktabgrenzung vorgenommen.

### B.3.1.1 Relevanter Markt

33. 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).

34. Aufgrund der unterschiedlichen Verwendungszwecke und der damit einhergehenden technischen Unterschiede ist davon auszugehen, dass der Markt für Fahrräder weiter sachlich unterteilt werden muss. Ein Fahrrad für den Alltagsgebrauch im Nahverkehr und ein Downhill-Bike sind für den Konsumenten keine Substitute. Aus Herstellersicht wiederum gibt es nach Ansicht

des Sekretariats zwei grundsätzliche Strategien: Massenproduktion und –absatz oder die Herstellung von Fahrrädern unter Verwendung von High-Tech-Komponenten, die insgesamt abgestimmt sind für eine ganz spezifische, sportliche Verwendung (Rennräder, Mountainbikes etc.)

35. Im Falle der Elektrofahrräder zeichnet sich das Produkt durch eine spezielle Eigenschaft aus: Mittels eines Elektromotors wird der Fahrer beim Treten unterstützt. Dies unterscheidet das Elektrovelo grundsätzlich von anderen Fahrrädern und rechtfertigt nach Ansicht des Sekretariats die Abgrenzung eines eigenen Marktes für Elektrofahrräder.

36. Der Verband der Schweizer Fahrradlieferanten *velosuisse* unterteilt in seiner jährlichen Statistik betreffend Neuverkäufen von Fahrrädern in der Schweiz den Fahrradmarkt grob in die drei Bereiche (1.) Sportvelos, (2.) Freizeit-/Alltagsvelos und (3.) Elektro-Fahrräder (und (4.) ausserhalb der Statistik in den Bereich Spiel- und Kindervelos). Diese Bereiche werden teils weiter segmentiert durch *velosuisse*. Die Elektrofahrräder bilden nach *velosuisse* einen einheitlichen Bereich, was die Annahme des Sekretariats stützt.

37. Aus diesen Gründen wird vorliegend von einem sachlichen Markt für Elektrofahrräder ausgegangen. Eine weitere Unterteilung dieses Marktes scheint möglich, insbesondere im Hinblick auf die Leistung des Motors und die damit verbundenen rechtlichen Konsequenzen: Ab dem 1. Juli 2012 gelten alle Elektrofahrräder als Motorfahrräder, wobei zwischen Leicht-Motorfahrrädern (Art. 18 Bst. b der Verordnung vom 19. Juni 1995 über die technischen Anforderungen an Strassenfahrzeuge; VTS, RS 741.41) und Motorfahrrädern mit Elektromotor (Art. 18 Bst. a VTS) unterschieden wird. Fahrzeuge des zweiten Typs benötigen unter anderem eine Zulassung (Nummernschild) und einen Führerausweis Kategorie M. Weiterhin kann auch die Ausstattung und Verarbeitung der Velos stark variieren (siehe auch Rz 43). Da das Ergebnis der Vorabklärung allerdings auch bei einer engeren oder weiteren sachlichen Marktabgrenzung gleich bleibt, kann die genaue sachliche Marktabgrenzung offengelassen werden.

38. 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).

39. Flyer-Velos werden über den Fahrrad-Fachhandel vertrieben. Der Konsument wird in der Regel das Fahrrad bei einem Händler in seiner Region kaufen. Aufgrund des relativ hohen Anschaffungswerts eines Elektrovelos ist allerdings zumindest ein Teil der Konsumenten bereit, überregional – im konkreten Falle im benachbarten Ausland – einzukaufen. Dies zeigen die vermehrten Bezüge im süddeutschen Raum vor allem im Sommer 2011, als zwischen dem Schweizer Franken und dem Euro kurzfristig fast eine Wechselkursparität vorlag. Durch die Intervention der Nationalbank (Untergrenze des CHF/€-Kurs von 1.20) zum einen und durch eine Erhöhung der Händlereinstandspreise im Euroraum hat sich dieser kurzfristige Anreiz aber wieder vermindert.

40. Vorliegend wird von einem nationalen Markt ausgegangen. Es gibt Hinweise, wonach der Markt für Elektrofahrräder kleiner, d.h. regional, abzugrenzen ist. Eine genauere Abgrenzung kann jedoch offengelassen werden, da sich das Ergebnis der vorliegenden Vorabklärung weder durch eine engere noch durch eine weitere räumliche Marktabgrenzung verändern würde.

### B.3.1.2 Beurteilung der Wettbewerbssituation

41. Der Verband der Schweizer Fahrradlieferanten velosuisse beziffert den Anteil der Elektrovelos am gesamten Fahrradmarkt auf 14,1 % im vergangenen Jahr<sup>8</sup>. Von etwas über 300'000 Fahrrädern, die in der Schweiz verkauft wurden, waren 50'000 davon Elektrofahrräder. Diese Zahl entspricht etwa den Produktionszahlen von Biketec, wobei diese nach eigenen Angaben mehr als die Hälfte ihrer Räder exportiert. Biketec erwartet, dass der Anteil von Elektrofahrrädern in der Zukunft bis zu 30 % des Fahrradmarktes betragen wird. In Anbetracht der zunehmenden Mobilität und den damit verbundenen Verkehrsproblemen, die gerade im städtischen Raum weltweit zunehmen und den damit zusammenhängenden Umweltproblemen kann davon ausgegangen werden, dass es sich beim Elektrofahrrad um einen Markt handelt, der grosses Zukunftspotential hat, und dies weltweit.

42. Gemäss NewRide, einem Förderprogramm von Energie Schweiz für die Markteinführung von Elektrovelos, sind die folgenden Marken auf dem Schweizer Markt

vertreten: Bixs, California, Cilo, Dolphin, Flyer, Grace, Haibike, Hercules, Mustang, Racer, Saxonette, Scott, Sinus, Stöckli, Stromer, TdS Impuls, Watt's und Wheeler. Die Marktanteile dieser Firmen sind nicht öffentlich bekannt. In einem Artikel der NZZ vom 15. Juli 2009 wird der Marktanteil von Biketec/Flyer auf 60 % geschätzt – Quelle dafür sind die Angaben von Biketec selber<sup>9</sup>. Dabei gilt es allerdings zu bedenken, dass viele der oben genannten Hersteller erst seit kurzem in den (stark wachsenden) Markt für Elektrofahrräder eingestiegen sind. So dürfte sich der Marktanteil von Biketec bzw. der Flyer mittlerweile erheblich verkleinert haben. Unter den Konkurrenten befinden sich mehrere international tätige Unternehmen, die sowohl das Knowhow wie auch die Mittel haben, um für genügend Wettbewerb zu sorgen und Biketecs Marktanteil unter Druck zu setzen. Mittlerweile ist z.B. auch der Autokonzern Daimler mit dem smart electric bike der Tochterfirma Smart (bekannt für Kleinwagen) im zukunftssträchtigen Markt für Elektrovelos vertreten.

43. In der folgenden Tabelle werden die empfohlenen Verkaufspreise einiger Modelle der genannten Hersteller verglichen. Diese soll lediglich eine Übersicht über das ungefähre Preisniveau bieten. Aufgrund der verwendeten Materialien und Komponenten (Bremsen, Schaltungen, Akkus, Reifen etc.) sowie der unterschiedlichen Motoren und Akkus können diese Modelle nur bedingt verglichen werden.

Hersteller, Modell	Preis (in CHF)
Landi Xtra-E-Bike	1390.00
Cilo Relax	1999.00
Flyer C2 Premium	2890.00
Stevens E-6X DISC	3099.00
smart ebike	3450.00
Stevens Triton	3499.00
Scott E-Venture 10	3599.00
Cannondale E-Series	3699.00
Thömus Stromer Mountain 25	3990.00
Bixs E-Avance	3990.00
Bixs Access Avance	4290.00
Haibike eQ Xduro FS RX	4299.00
Thömus Stromer Power 48 Platinum	4775.00
TDS Impuls RS	4990.00
Flyer X Tour Deluxe	6990.00

44. Die Übersicht zeigt aber, dass sich die Preise der Flyer verglichen mit den Konkurrenten bei Standard-Modellen (die gemäss der Befragung auch häufig verkauft werden) auf marktüblichem Niveau bewegen.

### B.3.1.3 Zwischenergebnis

45. Aufgrund des herrschenden aktuellen und potentiellen Wettbewerbs ist jedenfalls nicht davon auszugehen, dass im vorliegenden Falle der Wettbewerb im Markt für Elektrofahrräder hätte erheblich beeinträchtigt werden können. Die Umfrage unter den Händlern hat gezeigt, dass durch unterschiedliche Verkaufspreisen, Rabatte, Gratiszubehör und Dienstleistungen ein Wettbewerbs-

druck zwischen den Händlern besteht. Direktimporte aus dem Ausland verstärken diesen Intra-Brandwettbewerb. Wie in Randziffer 42 f. bereits dargelegt herrscht auf dem betroffenen Markt auch ein zunehmender Inter-Brandwettbewerb, welcher sich in Zukunft noch verschärfen dürfte.

<sup>8</sup> [http://www.velosuisse.ch/files/Statistik\\_2011.pdf](http://www.velosuisse.ch/files/Statistik_2011.pdf)

<sup>9</sup> Artikel „Der Zweitwagen speckt auf zwei Räder ab“, 15. Juli 2009; siehe <http://www.nzz.ch/aktuell/wirtschaft/uebersicht/elektrovelo-flyer-1.3049938>, zuletzt aufgerufen am 18.06.2012.

### B.3.2 Ergebnis

46. Zusammengefasst lassen sich aus den Aussagen der Händler folgende Schlüsse ziehen: Bei den Flyer-Elektrovelos handelt es sich um ein relativ stark nachgefragtes Produkt, welches mit eher knappen Margen für den Fachhändler vertrieben wird. Viele Händler halten sich an die empfohlenen Verkaufspreise, viele gewähren geringe Rabatte bis zu einer Höhe von 5 % des empfohlenen Verkaufspreises oder geben den Kunden Gratiszubehör in ähnlichem Wertumfang. Sechs von 44 Händlern geben an, dass sie sich nicht frei fühlen in ihrer Preisgestaltung bzw. Druck seitens Biketec auf die Verkaufspreise ausgeübt werde, ohne dies allerdings belegen zu können.

47. Aufgrund der dem Sekretariat vorliegenden Dokumente ist bei der Beendigung der Geschäftsbeziehung mit dem Anzeiger durch Biketec von einem Einzelfall auszugehen, der auch vor dem Hintergrund einer Meinungsverschiedenheit über andere Themen als nur Rabatte/Wiederverkaufspreise betrachtet werden sollte. Weitere schriftliche Belege für einen Verstoss gegen Art.

5 Abs. 4 KG konnten nicht erbracht werden im Rahmen der Vorabklärung. Es gilt auch zu bedenken, dass die Stichprobe nur 10 % der aktuellen Händler beinhaltete, von den 48 befragten Händlern allerdings ein Drittel nicht mehr durch Biketec beliefert wird – und somit Biketec gegenüber eher negativ eingestellt ist.

### 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 vorliegt;
2. beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen;
3. teilt den Parteien die Einstellung der Vorabklärung mit;
4. beschliesst, diesen Schlussbericht zu publizieren.

B 1.1

### 3. 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

*Rapport final du 16 février 2012 concernant l'enquête préalable selon les art. 26 LCart, 49a al. 3 let. a LCart et 19 OS-LCart en l'affaire FTTH Genève relatif à l'annonce de plusieurs restrictions éventuelles à la concurrence selon l'art. 5 LCart.*

#### A En fait

1. Dans plusieurs régions de Suisse, les entreprises d'approvisionnement en électricité (ci-après: EAE) et Swisscom (Suisse) SA (ci-après: SCS) construisent actuellement des réseaux de fibres optiques – «Fiber To The Home» (ci-après: FTTH). Saisissant l'opportunité offerte par la Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart; RS 251) de faire intervenir les autorités de la concurrence dans le cadre d'une procédure dite d'opposition, les Services industriels de Genève (ci-après: SIG) et SCS ont annoncé plusieurs clauses de leur contrat à la Commission de la concurrence (ci-après: COMCO).

2. Le Secrétariat de la COMCO (ci-après: Secrétariat) étant parvenu à la conclusion dans le délai légal de cinq mois établi par l'art. 49a al. 3 let. a LCart que certaines des clauses notifiées nécessitaient une analyse approfondie, une enquête préalable a été ouverte.

#### A.1 Déploiement de la fibre optique en Suisse

3. Les EAE envisagent le déploiement de réseaux à fibres optiques depuis 2006. Alors que les EAE proposaient initialement un modèle à une fibre, SCS s'est prononcée de manière ferme pour un modèle à 4 fibres. Dans le cadre de «Roundtables», organisées sous la conduite de la Commission fédérale de la communication (ci-après: COMCOM), réunissant les EAE, les four-

nisseurs de télécommunication (ci-après: FST) et autres «Internet Service Providers» (ci-après: ISP), les câblo-opérateurs et SCS, il a été décidé d'établir comme standard le déploiement d'un modèle de réseau basé sur quatre fibres optiques.

4. Les contrats de coopération établissent le principe d'une construction en commun dans chacune des régions. Le déploiement de l'infrastructure nécessite la distinction des éléments de réseau suivants:

- Le niveau In-house – ou colonne montante – comprend la partie du réseau entre la prise optique finale – «Optical Termination Outlet» (ci-après: OTO) – se situant par exemple dans un appartement, c'est-à-dire dans l'unité d'utilisation (ci-après: UU) et l'entrée du bâtiment – «Building Entry Point» (ci-après: BEP).
- Le niveau Drop comprend la partie entre le BEP et le «Distribution point» (ci-après: DP) ou le «Interconnection point» (ci-après: IP).
- Le niveau Feeder comprend le secteur entre le DP et le «Point of Presence» (ci-après: POP), lequel correspond respectivement pour SCS à la centrale de raccordement et pour les EAE en principe à la «Trafostation». Dans chaque POP, les fibres optiques peuvent être activées par le distributeur principal – «Optical Main Distribution Frame» (ci-après: OMDF) – et mises en service.

5. La construction en commun n'est prévue que pour les niveaux In-house et Drop. Le niveau Feeder est déployé de manière autonome par les partenaires de coopération. [...]

6. [...]

[...]

Illustration graphique 1: Architecture de base du réseau de fibres optiques en Suisse

7. [...] Le déploiement de l'infrastructure se déroule en plusieurs étapes, de façon à ce que dans les décennies à venir les réseaux de fibres optiques couvrent plus ou moins l'ensemble du territoire suisse.

#### A.2 Objet de l'enquête préalable

8. Pour coordonner la construction et l'exploitation du réseau de fibres optiques, les partenaires de coopération ont conclu un contrat de coopération. Ce contrat a été présenté aux autorités de la concurrence dans le cadre de l'art. 49a al. 3 let. a LCart.

9. Le Secrétariat a ouvert une enquête préalable conformément aux art. 26 LCart, 49a al. 3 let. a LCart et 19

#### A.3 Parties

de l'Ordonnance du 12 mars 2004 sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence (Ordonnance sur les sanctions LCart, OS LCart RS 251.5).

10. Dans leurs annonces respectives, les partenaires de coopération ont annoncé les clauses en relation avec leur conformité à l'art. 5 LCart. Partant, l'enquête préalable se limite à examiner les clauses à l'aune de l'art. 5 al. 3 LCart en relation avec l'art. 5 al. 1 LCart. Une enquête fondée sur la violation de l'art. 7 LCart est réservée; dans tous les cas, l'application de la LCart – y compris le risque de sanction qu'elle prévoit – est intacte sous l'angle de l'art. 7 LCart.



11. SIG est une entreprise de droit public genevois autonome dont le but principal est de fournir dans le canton de Genève, l'eau, le gaz, l'électricité, de l'énergie thermique, de traiter les déchets ainsi que d'évacuer et traiter les eaux polluées. Elle est également habilitée à proposer des services en matière de télécommunication.<sup>1</sup>

12. SCS est une société anonyme de droit public régie par la Loi fédérale du 30 avril 1997 sur l'organisation de l'entreprise fédérale de télécommunications (Loi sur l'entreprise de télécommunications, LET; RS 784.11). L'entreprise a pour but de fournir, en Suisse et à l'étranger, des services de télécommunication et de radiodiffusion ainsi que des produits et des services connexes (art. 2 al. 1 LET). Elle opère en tant que fournisseur de télécommunication un réseau mobile dans toute la Suisse et, en tant que concessionnaire de service universel, un réseau cuivré au niveau du raccordement.

#### **A.4 Chronologie de la procédure**

##### **A.4.1 Remarque liminaire**

13. Le 19 mai 2010 a eu lieu une rencontre réunissant les partenaires de coopération des régions de Bâle, Berne, Genève, St-Gall et Zurich ainsi que SCS, des représentants de la COMCO, de l'Office fédéral de la communication (ci-après: OFCOM) et de la COMCOM. A cette occasion, les partenaires de coopération ont présenté les principes de bases des coopérations FTTH.

##### **A.4.2 Procédure d'opposition**

14. Conformément à l'art. 49a al. 3 let. a LCart, SIG a annoncé au Secrétariat le 26 août 2010 plusieurs clauses de son projet de coopération avec SCS. La réception de l'annonce a été confirmée par le Secrétariat dans un courrier daté du 30 août 2010.

15. Par courrier du 29 septembre 2010, le Secrétariat s'est adressé à SCS pour s'enquérir de la position de celle-ci dans la procédure d'opposition. Il convenait de déterminer si l'annonce déposée par SIG avait été effectuée au nom des deux partenaires de coopération ou seulement au nom de SIG. Dans le même courrier, le Secrétariat a adressé plusieurs questions à SCS.

16. Par courrier du 8 octobre 2010, le Secrétariat a posé à l'OFCOM plusieurs questions techniques concernant les coopérations FTTH dans le cadre de l'entraide administrative régie par l'art. 41 LCart. L'OFCOM a transmis au Secrétariat les informations souhaitées par courrier du 8 novembre 2010.

17. Par courrier du 30 octobre 2010, le Secrétariat a posé plusieurs questions à SIG.

18. Par courrier du 27 octobre 2010, SCS a répondu aux questions posées par le Secrétariat et communiqué qu'elle allait également déposer pour son propre compte une annonce concernant la coopération FTTH à Genève. Par courrier du 8 novembre 2011, SIG a transmis les informations requises par le Secrétariat précédemment. Par courrier du 2 décembre 2010, SCS a répété son intention de déposer une annonce pour son compte.

19. Le 17 décembre 2010, SCS a annoncé plusieurs clauses du contrat de coopération avec SIG conformément à l'art. 49a al. 3 let. a LCart. Le Secrétariat a con-

firmé à SCS la réception de l'annonce par courrier du 22 décembre 2010.

20. Par courrier du 6 janvier 2010, le Secrétariat a demandé des informations au groupement «Haus-eigentümerversand Schweiz» concernant plusieurs aspects liés aux contrats de raccordement. Le groupement a donné suite à la requête du Secrétariat par courrier du 26 janvier 2011.

21. Le 7 janvier 2011, SCS a transmis au Secrétariat le contrat de coopération signé entre les parties.<sup>2</sup>

22. Par courrier du 13 janvier 2011, SIG a procédé à une annonce complémentaire selon l'art. 49a al. 3 let. a LCart, dans laquelle une clause additionnelle a été soumise à l'analyse du Secrétariat. Celui-ci a confirmé la réception de l'annonce complémentaire par courrier du 25 janvier 2011.

23. Par courrier du 26 janvier 2011, le Secrétariat a communiqué à SIG l'ouverture d'une enquête préalable concernant les clauses annoncées initialement, conformément aux art. 26 LCart, 49a al. 3 let. a LCart et 19 OS-LCart. Par courrier du 31 janvier 2011, SIG a demandé au Secrétariat les motifs de l'ouverture de l'enquête préalable. Par courrier du 14 mars 2010, le Secrétariat lui a fait parvenir une motivation sommaire de l'ouverture de l'enquête préalable.

24. Par courrier du 22 février 2011, SCS a pris position concernant l'ouverture d'une enquête préalable dans les villes de St-Gall et Genève ainsi que sur l'éventualité d'une solution convenue entre les EAE et le Secrétariat, à l'exclusion de SCS.

25. Le 14 avril 2011, le Secrétariat a ouvert contre SCS une enquête préalable au sens des art. 26 LCart, 49a al. 3 let. a LCart et 19 OS-LCart.

26. Par courrier du 15 avril 2011, le Secrétariat a communiqué à SIG l'ouverture d'une enquête préalable selon les art. 26 LCart, 49a al. 3 let. a LCart et 19 OS-LCart concernant la clause additionnelle annoncée par SIG dans son courrier du 10 janvier 2011. Ce courrier exposait en outre la motivation sommaire de l'ouverture d'une enquête préalable concernant cette clause.

27. Par courrier du 28 avril 2011, SIG a pris position sur la motivation sommaire du Secrétariat.

28. Le Secrétariat a interrogé les partenaires de coopération ainsi que d'autres FST sur les rapports de concurrence dans le domaine de la fibre optique par un questionnaire daté du 6 mai 2011. Les entreprises interrogées ont répondu aux questions du Secrétariat entre les 26 mai et 22 juin 2011. Le 19 mai 2011, SIG a demandé une prolongation de délai, laquelle a été accordée par le Secrétariat, pour pouvoir répondre aux questions posées.

<sup>1</sup> Annonce de SIG du 24.8.2010, 3 s.

<sup>2</sup> Contrat de coopération du 16.12.2010 (Version 1.0).

29. SIG a demandé par courrier du 28 juin 2011 à pouvoir rencontrer le Secrétariat pour un entretien.

30. Le 29 juillet 2011, SIG a proposé en vue de la séance prévue le 3 août 2011 unilatéralement une modification du mécanisme de répartition In-house et de la clause de protection en matière d'investissement.

31. Le 3 août 2011, le Secrétariat et SIG se sont rencontrés dans les locaux du Secrétariat. A cette occasion, une discussion a eu lieu concernant les problèmes de conformité au droit de la concurrence éventuellement générés par les clauses.

32. Le 17 août 2011, SIG a communiqué au Secrétariat que sur la base de l'entretien du 3 août 2011 des propositions concrètes d'adaptation au contrat de coopération FTTH allaient lui être transmises.

33. Le 7 septembre 2011, donnant suite à l'entretien du 3 août 2011, SIG a formulé une proposition d'adaptation de certaines clauses du contrat de coopération.

34. Le 2 décembre 2011, SIG a déclaré renoncer à la clause de protection en matière d'investissement. Elle a répété le caractère optionnelle d'une clause d'exclusivité en Layer 1 et formulé de nouvelles propositions concernant les mécanismes de répartition aux niveaux Drop et In-house.

35. Le 19 décembre 2011, le Secrétariat a communiqué à SIG que les nouvelles propositions ne permettaient pas d'éliminer les doutes exprimés à réitérés reprises et s'est enquis de la situation concernant la disponibilité des offres FTTH à Genève. Le 22 décembre 2011, SIG a pris position sur les aspects soulevés dans le courrier du Secrétariat du 19 décembre 2011.

#### **A.5 Procédures menées en parallèle dans les autres villes**

36. Le 5 septembre 2011, le Secrétariat a arrêté et envoyé à chaque partenaire de coopération des villes de Bâle, Berne, Lucerne, St-Gall et Zurich, le rapport final de l'enquête préalable ouverte à leur adresse parallèlement aux procédures ouvertes à Genève.<sup>3</sup>

37. Sur la base des conclusions du rapport final du 5 septembre 2011, la plupart des partenaires de coopération ont adapté leur contrat de coopération. A Bâle, les partenaires de coopération ont intégralement supprimé de leur contrat de coopération FTTH plusieurs des clauses annoncées dont notamment celles d'exclusivité en Layer 1 et de protection en matière d'investissement. Ils ont en outre adapté le mécanisme de répartition au niveau du Drop.<sup>4</sup> A Berne et à Lucerne, les clauses d'exclusivité en Layer 1 et de protection en matière d'investissement ont aussi été intégralement supprimées, suite aux négociations survenues entre les partenaires de coopération correspondants après la prise de connaissance du rapport final du 5 septembre 2011.<sup>5</sup>

## **B En droit**

38. La présente procédure d'enquête préalable fait suite à une annonce au sens de l'art. 49a al. 3 let. a LCart. Les clauses annoncées n'ayant pas été mises en œuvre jusqu'au moment de l'annonce, elle a pour but de clarifier s'il peut être exclu que les clauses annoncées –

auxquelles la présente analyse se limite – ne violent pas l'art. 5 LCart.<sup>6</sup>

### **B.1 Champ d'application**

39. La présente loi s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises (art. 2 al. 1 LCart).

#### **B.1.1 Champ d'application personnel**

40. Le champ d'application personnel de la Loi sur les cartels est défini par la notion d'entreprise.<sup>7</sup> Selon l'art. 2 al. 1<sup>bis</sup> LCart, cette notion comprend 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. Tant SCS que SIG sont des entreprises au sens de cette disposition. La Loi sur les cartels est personnellement applicable aux entreprises annonceuses.

#### **B.1.2 Champ d'application matériel**

41. Selon l'art. 2 al. 1 LCart, le champ d'application matériel de la Loi sur les cartels est notamment défini par l'existence de cartels ou d'autres accords en matière de concurrence. Par accord en matière de concurrence, la loi entend les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées d'entreprises occupant des échelons différents du marché identiques ou différent, dans la mesure où elles visent ou entraînent une restriction à la concurrence (art. 4 al. 1 LCart). Les partenaires de coopération ont annoncé plusieurs clauses pouvant selon eux constituer des restrictions à la concurrence. Les clauses annoncées constituent des accords en matière de concurrence qui pourraient entraîner une restriction à la concurrence.<sup>8</sup> La Loi sur les cartels est matériellement applicable.

#### **B.1.3 Champ d'application territorial**

42. La Loi sur les cartels est applicable aux états de fait qui déploient leurs effets en Suisse, même s'ils se sont

<sup>3</sup> Une version électronique du rapport final du 5.9.2011 épuré des secrets d'affaires des partenaires de coopération des villes de Bâle, Berne, Lucerne, St-Gall et Zurich (ci-après: rapport final du 5.9.2011) a été publiée le 11.11.2011 sur le site [www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch). Ce rapport final a ensuite été publié dans la revue DPC: DPC 2012/2, 209, *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*.

<sup>4</sup> Cf. communiqués de presse de IWB du 9.11.2011 et de SCS du même jour, accessibles respectivement à: [http://www.iwb.ch/de/media/suchenarchiv/?ID\\_news=459](http://www.iwb.ch/de/media/suchenarchiv/?ID_news=459) et [http://www.swisscom.ch/de/ghq/media/mediareleases/2011/11/20111109\\_02\\_Glasfaserausbau\\_Basel.html](http://www.swisscom.ch/de/ghq/media/mediareleases/2011/11/20111109_02_Glasfaserausbau_Basel.html) (consultés pour la dernière fois le 9.1.2012).

<sup>5</sup> Cf. communiqués de presse de EWB du 21.12.2011, d'IWL du 22.12.2011, accessibles respectivement à: <http://www.ewb.ch/de/ueber-uns/medien/medienmitteilungen/2011/neuer-glasfaservertrag.html>, <http://www.ewl-luzern.ch/upload/docs/pdf/ewlGlasfaserausbau11222.pdf> et [http://www.swisscom.ch/de/ghq/media/mediareleases/2011/12/20111222\\_MM\\_Glasfaserausbau\\_Luzern.html](http://www.swisscom.ch/de/ghq/media/mediareleases/2011/12/20111222_MM_Glasfaserausbau_Luzern.html) (consultés pour la dernière fois le 9.1.2012).

<sup>6</sup> Cf. ATF 135 II 60, 71 s. consid. 3.2.3 (= DPC 2009/1, 114 consid. 3.2.3), *Maestro Interchange Fee*.

<sup>7</sup> JENS LEHNE, in: *Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert* (Hrsg.), 2010, art. 2 LCart N 7.

<sup>8</sup> Cf. *infra* B.3.1, N 47 s.

produits à l'étranger (principe des effets ou d'extraterritorialité, art. 2 al. 2 LCart). SCS et SIG déploient leur activité (principalement) en Suisse et ont convenu de coopérer pour la construction, l'exploitation et l'entretien d'un réseau de fibres optiques sur le territoire de la commune de Genève et sur un certain nombre de communes genevoises avoisinantes.<sup>9</sup> Les effets de ces accords se produiront, cas échéant, en Suisse. La Loi sur les cartels est territorialement applicable.

## B.2 Prescriptions réservées

43. La Loi sur les cartels réserve les prescriptions qui sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services, notamment celles qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique et celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux (art. 3 al. 1 LCart).

44. L'art. 11 de la Loi fédérale du 30 avril 1997 sur les télécommunications (LTC; RS 784.10) introduit le principe de la garantie de l'accès aux ressources et services des fournisseurs occupant une position dominante. Cette disposition garantit notamment l'accès totalement dégroupé à la boucle locale (art. 11 al. 1 let. a LTC; ci-après: TAL) et l'accès à haut débit pendant quatre ans (art. 11 al. 1 let. b LTC). Les notions de TAL et d'accès à haut débit sont définies respectivement à l'art. 3 let. d<sup>bis</sup> et let. d<sup>ter</sup> LTC. Il découle de ces définitions que seules les prestations fournies sur la paire torsadée métallique – en d'autres mots «le cuivre» – sont saisies par la régulation sectorielle actuelle. Partant, les services proposés par l'intermédiaire de la technologie fibre optique n'entrent pas dans le champ de la régulation telle que le prévoit la LTC actuellement. La réserve de l'art. 3 al. 1 LCart n'a pas été invoquée par les partenaires de coopération.

45. La Loi sur les cartels n'est pas non plus applicable aux effets sur la concurrence qui découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle, à l'exception des restrictions aux importations fondées sur des droits de propriété intellectuelle qui restent soumises à la LCart (art. 3 al. 2 LCart). Les restrictions à la concurrence en cause ne présentent de lien, ni avec la législation sur la propriété intellectuelle, ni avec d'éventuelles restrictions à l'importation fondées sur des droits de propriété intellectuelle. La réserve de l'art. 3 al. 2 LCart n'a pas non plus été invoquée par les partenaires de coopération.

46. Ainsi, aucune prescription réservée au sens de l'art. 3 LCart ne saurait restreindre l'application de la Loi sur les cartels en l'espèce.

## B.3 Qualification des accords

### B.3.1 Accords en matière de concurrence

47. Par accords en matière de concurrence, on entend les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées d'entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents, dans la mesure où elles visent ou entraînent une restriction à la concurrence (art. 4 al. 1 LCart). Un accord en matière de concurrence suppose ainsi deux composantes. Il s'agit

(1) d'une action collective consciente et voulue de la part des entreprises concernées (2) visant ou entraînant effectivement une restriction à la concurrence.

48. En l'espèce, les contrats de coopération FTTH conclus par les partenaires constituent des conventions avec force obligatoire au sens de l'art. 1 de la Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (CO; RS 220). Il s'agit ainsi d'une action collective consciente et voulue de la part des entreprises concernées.<sup>10</sup>

49. L'accord entre dans le champ d'application de la LCart lorsqu'il a pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence, l'élément central reposant dans la restriction à la concurrence.<sup>11</sup> D'une part, l'accord peut avoir pour objet – selon la lettre de la loi sur les cartel «viser» – une restriction à la concurrence. Cela signifie que l'accord ou la pratique concertée peut être objectivement qualifiée pour restreindre la concurrence, par exemple lorsque l'accord porte sur la fixation de prix. Les intentions des parties concernées sont à ce titre accessoires. D'autre part, l'accord peut générer une restriction à la concurrence. L'accord, sans avoir pour objet de restreindre la concurrence, cause néanmoins des effets sur la concurrence et constitue ainsi un accord en matière de concurrence.<sup>12</sup>

50. Au surplus, il convient de relever que SCS et SIG seront en partie actives sur les mêmes échelons de marché.

51. Dans les considérants qui suivent, il sera examiné si les clauses contractuelles annoncées peuvent être qualifiées d'accords en matière de concurrence de par leur objet ou leur effet sur la concurrence.

#### B.3.1.1 Coopération FTTH à Genève

52. La coopération FTTH à Genève prévoit que les partenaires de coopération se répartissent les différentes régions du canton de Genève pour la construction du réseau.<sup>13</sup> [...]

53. [...]

54. [...]

55. Selon le contrat de coopération, l'architecture de réseau est la suivante:<sup>14</sup>

<sup>9</sup> Préambule du contrat de coopération du 16.12.2010 (Version 1.0), ch. 0.

<sup>10</sup> BSK KG-NYDEGGER/NADIG (n. 7), art. 4 al. 1 LCart N 78 s., et réf. citées.

<sup>11</sup> BSK KG-NYDEGGER/NADIG (n. 7), art. 4 al. 1 LCart N 40.

<sup>12</sup> BSK KG-NYDEGGER/NADIG (n. 7), art. 4 al. 1 LCart N 68.

<sup>13</sup> Cf. contrat de coopération du 16.12.2010 (Version 1.0), ch. 1.

<sup>14</sup> Cf. également réponse de SIG du 5.11.2011, 5 s. et réponse de SCS concernant la coopération à Genève du 27.10.11, 11 s.

	Type	Fibres posées				Droits d'utilisation	
		In-house	Drop	Feeder SIG	Feeder SCS		
[...]	P	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	SCS
						[...]	SIG
	B	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	SCS
						[...]	SIG
	G	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	SCS
						[...]	SIG
[...]	P	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	SCS
						[...]	SIG
	B	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	SCS
						[...]	SIG
	G	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	SCS
						[...]	SIG

Tableau 1 : Droits d'utilisation, coopération FTTH Genève

56. Les partenaires de coopération se répartissent les coûts d'investissement et d'entretien pour les niveaux In-house et Drop selon une clé de répartition fixe de [...] % pour SCS et [...] % pour SIG.

57. Les partenaires de coopération ont, séparément, annoncés les clauses suivantes de leur coopération FTTH à Genève:<sup>15</sup>

- Protection en matière d'investissement;
- Mécanisme de répartition des revenus de la commercialisation des fibres de réserve de la colonne montante – Niveau In-house;
- Mécanisme de compensation – Niveau Drop;
- Echange d'informations;<sup>16</sup>
- Droit de préemption.

58. Dans son annonce complémentaire, SIG a indiqué l'introduction d'une clause réservant la possibilité pour les partenaires de coopération de convenir d'une exclusivité en Layer 1 pour le compte de SIG.<sup>17</sup> La réserve d'une clause prévoyant l'exclusivité en Layer 1 avait été auparavant formulée par SCS dans son annonce du 16 décembre 2010.<sup>18</sup> A cette occasion, SCS a précisé qu'une exclusivité ne serait accordée à SIG que dans la mesure où la COMCO ne formulait pas d'opposition dans les autres procédures de coopération FTTH pendantes.<sup>19</sup> SIG a mentionné dans son courrier du 22 décembre 2011 que les partenaires de coopération se réservaient le droit d'intégrer une telle clause d'exclusivité dans leur contrat, si une clause de ce type devait être approuvée par le Secrétariat dans le cadre

d'autres coopérations FTTH.<sup>20</sup> Tant SIG que SCS indiquent expressément qu'une clause d'exclusivité en Layer 1 ne fait pas partie de l'objet de leur annonce respective et laisse ouverte la voie d'une annonce ultérieure pour cette clause.<sup>21</sup> Partant, la clause 13.3 du contrat de coopération n'a été annoncée, ni par SIG, ni par SCS.

59. Dans son rapport final du 5 septembre 2011 concernant les coopérations FTTH dans les villes de Bâle, Berne, Lucerne St-Gall et Zurich, le Secrétariat a exposé le résultat de son analyse concernant ce type de clause.<sup>22</sup> Il parvient à la conclusion que la clause d'ex-

<sup>15</sup> SIG a annoncé les clauses énumérées du contrat de coopération du 9.8.2010 (Version 0.8), à l'exception de la clause de protection en matière d'investissement, dont l'annonce (complémentaire) se réfère au contrat de coopération du 16.12.2010 (Version 1.0); SCS a annoncé les clauses énumérées du contrat de coopération FTTH du 12.11.2010 (Version 0.99ML). L'analyse effectuée dans la présente enquête préalable porte sur les clauses du contrat du 16.12.2010 (version 1.0), dans la mesure où il n'y a pas de différences substantielles avec les clauses annoncées par les parties (cf. cependant B.3.2.2, N 91 s.).

<sup>16</sup> L'échange d'information n'a été annoncé que par SCS.

<sup>17</sup> Annonce complémentaire de SIG du 10.10.2011, 7; Contrat de coopération du 16.12.2010 (Version 1.0), ch. 13.3.

<sup>18</sup> Annonce de SCS du 16.12.2010, 3.

<sup>19</sup> Annonce de SCS du 16.12.2010, 3.

<sup>20</sup> Courrier de SIG du 2.12.2011.

<sup>21</sup> Annonce complémentaire de SIG du 10.1.2010, 7; Annonce de SCS du 16.12.2010, 3.

<sup>22</sup> DPC 2012/2, 222, N 184 s., *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*.

clusivité en Layer 1 est apte à supprimer la concurrence au sens respectivement de l'art. 5 al. 1 LCart en relation avec l'art. 5 al. 3 LCart et de l'art. 5 al. 1 LCart en relation avec l'art. 5 al. 2 LCart. Le risque de sanction cartellaire a donc été maintenu pour cette clause.<sup>23</sup>

60. Pour la raison qui précède, le Secrétariat part de l'idée, malgré l'ambiguïté du courrier des SIG du 2 décembre 2011 et donc intervenu après la publication du rapport final du 5 septembre 2011, qu'aucune d'exclusivité n'a été convenu dans le contrat de coopération FTTH à Genève. Il ne sera par conséquent pas revenu plus avant sur cette clause dans le présent rapport.<sup>24</sup>

61. L'échange d'informations régi par le ch. 3.3 du manuel roll out et commercialisation a été annoncé par SCS.<sup>25</sup> Le Secrétariat a considéré que l'échange d'informations visé par cette clause ne constituait pas un accord en matière de concurrence potentiellement sujet à sanction selon la Loi sur les cartels.<sup>26</sup> Partant, la clause portant sur l'échange d'informations ne sera pas analysée dans le présent rapport final.

### B.3.1.2 Protection en matière d'investissement

62. Sous le chiffre 7.2 du contrat de coopération, les parties ont convenu d'une clause de protection en matière d'investissement:

[...]

63. [...]

64. Selon les SIG, l'objectif de la clause est d'éviter que les partenaires de coopération qui ont consenti à d'énormes investissements en termes financiers et acquis des volumes importants de fibres optiques pour permettre la construction du Réseau FTTH, ne soient désavantagées dans sa commercialisation par rapport à des tiers qui n'ont recours à une offre qu'en cas de besoin actuel et pour des volumes moins importants que les partenaires de coopération.<sup>27</sup>

65. Le mécanisme de protection de l'investissement prévu dans le contrat de coopération doit empêcher que les SIG louent une fibre à un prix inférieur aux coûts. Partant, dès que le prix plancher convenu est atteint, les parties ne sont plus en mesure de fixer les prix de manière indépendante. La clause annoncée constitue un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart.

### B.3.1.3 Mécanisme de répartition des revenus de la commercialisation des fibres de réserve de la colonne montante – Niveau In-house

66. Sous le chiffre 4.3.5 du contrat de coopération, les parties ont convenu d'un mécanisme de répartition des revenus de la commercialisation des fibres de réserve de la colonne montante au niveau In-house:

[...]

67. [...]

68. [...]

69. [...]

70. Selon les SIG, la répartition des revenus prévue sous le chiffre 4.3.5 a pour objectif fondamental d'assu-

rer à chacune des parties de récupérer ses investissements respectifs lorsqu'un taux suffisant de volumes de contrats aura été conclu.<sup>28</sup>

71. En prévoyant une répartition des revenus, le mécanisme de répartition In-house génère plusieurs effets de type concurrentiel. Partant, la clause annoncée constitue un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart.

### B.3.1.4 Mécanisme de répartition – Niveau Drop

72. Sous le chiffre 7.4 du contrat de coopération, les parties ont convenu d'un mécanisme de répartition au niveau Drop:

[...]

73. [...]

74. [...]

75. Selon les parties, la clé de répartition de [...] % pour SIG et [...] % pour SCS résulte des parts d'investissement respectives. SIG envisage d'être capable d'atteindre un taux d'utilisation estimé à [...] % et SCS un taux d'utilisation estimé à [...] %.<sup>29</sup> Selon SIG, ce mécanisme permet d'éviter des distorsions de concurrence et de garantir une répartition des coûts basée sur l'utilisation et le besoin, ainsi qu'un réglage précis des investissements. En cas d'écart entre le taux d'utilisation estimé, correspondant aux parts d'investissement, et le taux d'utilisation réel, une subvention entre les partenaires de coopération aurait lieu.<sup>30</sup>

76. Le mécanisme de répartition prévu dans le contrat de coopération impose réciproquement aux partenaires de coopération le paiement d'une indemnité compensatoire dans le cas où les taux d'utilisation respectivement de [...] % pour SIG et de [...] % pour SCS sont dépassés. Par conséquent, le mécanisme de répartition prévoit le versement d'une indemnité entre les partenaires générant plusieurs effets sur la concurrence.<sup>31</sup> Le mécanisme de répartition constitue un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart.

### B.3.1.5 Droit de préemption

77. Les partenaires de coopération ont convenu au chiffre 12 du contrat de coopération un droit de préemption dont la teneur est la suivante:

[...]

<sup>23</sup> Conclusion 1 du rapport final du 5.9.2011, 79.

<sup>24</sup> Pour une analyse détaillée de la clause d'exclusivité en layer 1, cf. DPC 2012/2, 222, N 184 s., *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*.

<sup>25</sup> Annonce de SCS du 16.12.2010, 22 s.

<sup>26</sup> Courrier du Secrétariat du 15.4.2011, 2.

<sup>27</sup> Annonce complémentaire de SIG du 10.1.2011, 4.

<sup>28</sup> Annonce de SIG du 24.8.2010, N 62.

<sup>29</sup> Annonce de SIG du 24.8.2010, N 66.

<sup>30</sup> Annonce de SIG du 24.8.2010, N 67.

<sup>31</sup> Cf. *infra* B.3.2.2, N 91 s.

78. Le droit de préemption prévoit qu'en cas d'aliénation à un tiers de tout ou partie du réseau dont les parties sont respectivement propriétaires, le partenaire de coopération a la priorité pour l'achat. Ainsi, l'un des partenaires de coopération peut empêcher la vente du réseau à un tiers et se présenter en tant qu'acheteur. Cela pourrait mener à ce qu'un tiers prêt à investir pourrait être empêché d'entrer dans le marché. Par conséquent, la clause constitue un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart.

79. Indépendamment de la qualification du droit de préemption comme accord en matière de concurrence, il convient de relever que l'éventuelle vente d'une partie du réseau de fibres optiques ou de son ensemble pourrait être constitutive d'une opération de concentration devant être notifiée selon l'art. 9 LCart.

### B.3.2 Présomption de la suppression de la concurrence efficace

80. Etant donné que les clauses annoncées constituent des accords entre entreprises actives sur le même échelon de marché, la présomption de l'art. 5 al. 3 LCart doit être examinée.

81. SIG et SCS coopèrent pour la construction et l'exploitation du réseau de fibres optiques. Sur la base de l'infrastructure commune, les partenaires de coopération proposent en principe indépendamment l'un de l'autre des services sur les marchés concernés par la construction de cette infrastructure. Ainsi, sur ces marchés, ils se retrouvent, tant effectivement que potentiellement, en concurrence. Dans ce contexte, les états de fait légaux doivent être examinés pour chacune des clauses contractuelles annoncées.

82. Selon l'art. 5 al. 3 LCart, sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace dans la mesure où ils réunissent des entreprises effectivement ou potentiellement concurrentes, les accords:

- a. qui fixent directement ou indirectement des prix;
- b. qui restreignent des quantités de biens ou de services à produire, à acheter ou à fournir;
- c. qui opèrent une répartition géographique des marchés ou une répartition en fonction des partenaires commerciaux.

83. La distinction entre une affectation notable et une suppression de la concurrence efficace est centrale dans l'analyse des accords en matière de concurrence. Une affectation notable peut être justifiée par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 1 et al. 2 LCart. Une suppression de la concurrence est quant à elle légalement interdite.<sup>32</sup>

#### B.3.2.1 Protection en matière d'investissement

##### B.3.2.1.1. Version initiale

84. Dans la coopération FTTH à Genève, la clause dite de «protection en matière d'investissement» a été conclue indépendamment d'une d'exclusivité en Layer 1.<sup>33</sup> La clause de protection en matière d'investissement débute par une déclaration de principe. Les partenaires de coopération conviennent qu'ils ne doivent pas être

désavantagés financièrement l'un et l'autre par rapport à des tiers. [...]

85. L'opportunité de déclencher la protection en matière d'investissement est ouverte aux deux partenaires de coopération. Le contrat fixe explicitement les seuils à partir desquels l'opportunité de déclencher le mécanisme est donnée, en tenant compte de trois situations:

[...]

86. Les partenaires de coopération supportent pour la construction de l'infrastructure une part déterminée de l'investissement nécessaire. En l'espèce, la clé d'investissement est de [...] % – [...] % pour respectivement SIG et SCS. A partir du calcul de l'investissement selon cette clé, le coût par fibre peut être obtenu, tant pour SIG que pour SCS. Si par exemple SIG souhaite proposer à un tiers un prix pour l'accès au réseau physique – «Dark fiber» – permettant à ce tiers de fixer un prix sur le marché inférieur aux seuils prédéterminés, SCS peut se fonder sur la clause de protection en matière d'investissement et invoquer un désavantage financier. SCS serait en mesure d'exiger de pouvoir profiter de la même offre de location proposée au tiers par SIG.

87. Plusieurs effets sur la concurrence peuvent résulter de la clause de protection en matière d'investissement. Premièrement, la clause de protection en matière d'investissement rend possible le déclenchement d'une procédure entre les parties à partir d'un niveau de prix prédéterminé, ce qui mène à une fixation des prix. Deuxièmement, en se fondant sur un calcul de coût variable, il peut se révéler judicieux pour une entreprise ayant investi des montants importants dans une infrastructure de proposer à certains clients un prix se situant entre les coûts marginaux et les coûts totaux (somme des coûts marginaux et des amortissements de l'investissement) dans le but d'optimiser l'utilisation des capacités, par exemple sur une durée déterminée. A cet effet, l'entreprise doit être en mesure de déterminer dans certains cas particuliers un prix inférieur aux coûts totaux. Comme SCS détient une part de marché conséquente dans le domaine de l'Internet à haut débit, SIG ne pourrait pas se permettre de proposer à SCS un prix en dessous des coûts totaux. Cependant, SIG y serait contrainte par la clause de protection en matière d'investissement si elle propose un tel prix à un tiers particulier. Par conséquent, la clause empêche SIG de déterminer ses prix de manière autonome, sa marge de manœuvre étant limitée par un seuil plancher.

88. Ainsi, les partenaires de coopération ont indirectement convenu d'un prix minimal pour la fourniture de services basés sur le réseau de fibres optiques. Conformément à l'art. 5 al. 3 let. a LCart, il s'agit d'un accord sur la fixation directe ou indirecte des prix.

<sup>32</sup> ATF 129 II 18, 36 s. consid. 8.3.2 (= DPC 2002/4, 731), *Buchpreisbindung*.

<sup>33</sup> Les effets générés par l'interaction de la clause de protection en matière d'investissement et celle d'exclusivité en layer 1 ont été exposés dans le rapport final du 5.9.2011, cf. DPC 2012/2, 223, N 199 s., *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*.

89. Au surplus, il convient de relever que les prix seuils déterminés par les partenaires de coopération se situent significativement au-dessus du prix régulé du cuivre (TAL).<sup>34</sup>

### B.3.2.1.2. Renoncement à la clause

90. Durant la présente procédure, les partenaires de coopération ont convenu de renoncer à la clause de protection en matière d'investissement.<sup>35</sup> Ce faisant, ils s'alignent sur les développements des coopérations FTTH à Bâle, Berne et Lucerne et tiennent ainsi compte des doutes sur la conformité cartellaire exposés par le Secrétariat durant la présente procédure et le rapport final du 5 septembre 2011.<sup>36</sup>

### B.3.2.2 Mécanisme de répartition – Niveau Drop

	[...]
Indemnité compensatoire SIG par année et par fibre	[...]
Indemnité compensatoire SCS par année et par fibre	[...]
WACC de base	[...]
Investissement de base	[...]
- In-house	[...]
- Drop	[...]
- Feeder	[...]

Tableau 2: Calcul des indemnités compensatoires

93. Le calcul de l'indemnité compensatoire est réalisé de manière séparée pour chacun des partenaires de coopération ainsi que pour chacune des zones. Les verse-

### B.3.2.2.1. Contrats de coopération du 9.8.2010 (Version 0.8) et du 12.11.2010 (version 0.99ML)

91. Le mécanisme de répartition – ou aussi mécanisme de compensation – au niveau du Drop intervient dans la relation contractuelle après l'achèvement du raccordement de base, dès que le taux d'utilisation pour chacun des partenaires de coopération dépasse leur part respective d'investissement. Dans un tel cas, une indemnité compensatoire annuelle calculée conformément au manuel prix est exigible par le cocontractant du partenaire de coopération ayant dépassé le seuil. [...]

92. Dans ce cadre, le taux d'utilisation est défini comme le rapport exprimé en pourcents entre [...] et [...].

ments potentiels par mois se présentent ainsi sous la forme suivante:

	[...]	[...]
SIG paie à SCS	[...]	[...]
SCS paie à SIG	[...]	[...]

Tableau 3: Indemnités compensatoires mensuelles par UU<sup>37</sup>

94. Selon les partenaires de coopération, le mécanisme de compensation permet d'éviter des distorsions de concurrence et de garantir une répartition des coûts basées sur l'utilisation et le besoin, ainsi qu'un réglage précis des investissements. En cas d'écart entre la clé d'investissement et celle du mécanisme de répartition, une subvention entre les partenaires de coopération aurait lieu.<sup>38</sup> Les partenaires de coopération avancent ensuite qu'il est prévu que les montants des indemnités compensatoires reflètent les coûts réels de manière à ne pas apporter une rémunération excessive à l'un ou l'autre d'entre eux.<sup>39</sup> Ainsi, selon les partenaires, le mécanisme de compensation permettra d'assurer la concurrence et d'empêcher une répartition du marché.<sup>40</sup>

<sup>34</sup> Le prix du TAL a été déterminé par la COMCOM à CHF 15.50 pour l'année 2011; [...].

<sup>35</sup> Cf. courrier de SIG du 2.12.2011; [SCS]

<sup>36</sup> Cf. *supra* A.5, N 37.

<sup>37</sup> Annonce de SCS du 16.12.2010, 20.

<sup>38</sup> Annonce de SIG du 24.8.2010, 19, N 67.

<sup>39</sup> Annonce de SIG du 24.8.2010, 20, N 68.

<sup>40</sup> Annonce de SIG du 24.8.2010, 27, respectivement N 101 et 102.

95. Par le mécanisme de compensation, les partenaires de coopération tentent de définir un cadre d'activité dans lequel la logique de concurrence dans les marchés caractérisés par une infrastructure de réseau est éliminée. A partir d'une utilisation de l'infrastructure de [...] des coûts d'IRU supplémentaires sous forme de transfert deviennent exigibles. Cet élément se répercute sur les coûts marginaux de chaque partenaire de coopération. Etant donné que l'ensemble des coûts d'IRU sont déjà couverts par l'utilisation d'une fibre optique dans un ratio de [...], lesquels représentent [...] les coûts de construction du réseau, le mécanisme de compensation implique que ces coûts peuvent potentiellement être facturés [...] fois. Dès qu'une fibre optique commercialisée devient active pour le reste de la durée du contrat, le mécanisme de répartition génère des coûts marginaux additionnels réitérés pour cette fibre à hauteur des coûts d'IRU convenus.

96. Dans l'application du mécanisme de compensation se distinguent plusieurs effets économiques saisi par le droit de la concurrence. Premièrement, le mécanisme de répartition a un effet d'harmonisation des prix entre les partenaires de coopération. L'un des partenaires pourrait en principe se fixer l'objectif d'augmenter ses parts de marché en baissant (massivement) ses prix. Cette démarche lui permettrait grâce aux économies d'échelle réalisées de répartir ses coûts de réseau sur un plus grand nombre de clients et, partant, d'obtenir des coûts moyens par client plus faibles. Cependant, étant donné qu'à partir d'un certain taux d'utilisation, des coûts additionnels par fibre optique en service deviennent exigible sous la forme d'une indemnité compensatoire, ces économies d'échelle ne peuvent pas être réalisées; et ce, alors même que les investissements sont entièrement couverts par le paiement des IRU. Ainsi, les partenaires de coopération se restreignent leur marge de manœuvre pour d'éventuels baisses de prix.

97. Deuxièmement, le mécanisme de compensation a également un effet sur les tiers. Cet effet pourrait intervenir à un stade ultérieur, par exemple au moment où les câblo-opérateurs devraient migrer sur le réseau de fibres optiques, ce qui aurait pour effet que le taux d'utilisation additionné dépasserait les [...] %. Si un tiers devait demander l'accès à une fibre optique, l'indemnité compensatoire prévue par le mécanisme de répartition entre les partenaires de coopération serait vraisemblablement répercutée sur ce client. Cela aurait pour conséquence que les revenus perçus de la sorte par les partenaires de coopération seraient répartis selon la clé habituelle. Les revenus supplémentaires correspondent pour chaque fibre activée supplémentaire aux coûts d'IRU pour la construction de l'ensemble du réseau [...]. Les coûts de construction pourraient être transférés aux tiers et ainsi «facturés» par les partenaires de coopération plusieurs fois. Le seuil des indemnités compensatoires correspondant à une utilisation de l'infrastructure à raison de [...], le mécanisme de compensation a un effet d'harmonisation des prix. Par conséquent, au vu des arguments développés sous les premier et deuxième points, le mécanisme de répartition au niveau Drop peut être qualifié d'accord sur les prix au sens de l'art. 5 al. 3 let. a LCart.

98. Troisièmement, le mécanisme de répartition a pour effet de diminuer dans le rapport entre les partenaires de coopération les incitations à dépasser le taux d'utilisation prédéfini. Fondamentalement, tant SIG que SCS ont la possibilité de fournir individuellement 100 % du marché. Théoriquement, le système multifibre rend ainsi possible dans ce sens la concurrence entre infrastructures, car les deux partenaires de coopération opèrent de facto un réseau propre. Ils peuvent ainsi se concurrencer sur le nombre maximal de paramètres. Par le mécanisme de répartition, les partenaires de coopération se restreignent cependant volontairement, par contrat, dans leurs possibilités de concurrencer leur partenaire, dans la mesure où ils introduisent un système de transfert augmentant les coûts de production à partir d'une certaine pénétration de marché. Partant, le mécanisme diminue les incitations des partenaires de coopération à se faire concurrence lorsqu'un certain taux d'utilisation est atteint. Malgré la capacité technique de chaque partenaire de coopération à couvrir individuellement l'ensemble du marché, ceux-ci mettent en place un système les protégeant mutuellement de toute velléité d'ordre concurrentiel de la part du partenaire contractuel dès que les taux d'utilisation prédéfinis de [...] % et [...] % pour respectivement SIG et SCS devaient être approchés. Par cette clause, les partenaires de coopération prédéfinissent leur cadre d'activité et s'assurent que la clé d'investissement se répercute sur le résultat de marché.

99. Quatrièmement, dans la mesure où les partenaires de coopération augmentent leurs coûts mutuels dans l'utilisation de fibres optiques supplémentaires – et ce, indépendamment du fait que les investissements sont déjà couverts –, il se peut que la rentabilité du dégroupage de certaines centrales de raccordement par des tiers soit étouffée. Cette circonstance aurait pour effet qu'un nombre inférieur d'offres en Layer 1 soit demandé par des tiers, voire qu'aucune offre Layer 1 ne soit demandée par ceux-ci. Il résulte, au vu des arguments développés sous les troisième et quatrième points, que le mécanisme de répartition au niveau Drop peut être qualifié d'accord sur les quantités au sens de l'art. 5 al. 3 let. b LCart.

100. De plus, il convient de relever à cet endroit que le mécanisme de compensation institutionnalise un échange d'informations annuel et précis concernant les volumes de prestation. L'échange d'information impliqué par le mécanisme de compensation peut avoir un effet sur la concurrence. Il soulève à ce titre des inquiétudes, dans la mesure où les informations en cause sont étroitement liées aux paramètres de concurrence fondamentaux que sont les prix et les conditions de ventes. Ces paramètres permettent une identification mutuelle des stratégies commerciales mises en œuvre par chaque partenaire de coopération. Cette échange d'information augmente ainsi significativement le risque de collusion entre les partenaires. Il s'en suit que l'échange d'informations nécessaire au fonctionnement du mécanisme de compensation, indépendamment du paiement d'indemnités compensatoires institué par la clause, pourrait



mener à une fixation indirecte des prix ou/et des quantités.<sup>41</sup> Sous cet aspect également, le mécanisme de répartition au niveau Drop peut être qualifié d'accord sur les prix ou les quantités au sens de l'art. 5 al. 3 let. a ou b LCart.<sup>42</sup>

101. En résumé, le mécanisme de répartition au niveau Drop est apte à remplir les éléments de l'état de fait légal de l'art. 5 al. 3 let. a et b LCart, indépendamment des scénarios de développements de la branche.

### **B.3.2.2.2. Contrat de coopération du 16.12.2010 (Version 1.0)**

102. Dans le contrat de coopération du 16.12.2010 (version 1.0), les partenaires de coopération ont introduit un élément supplémentaire agissant au niveau du calcul du taux d'utilisation.<sup>43</sup>

103. Le système reste fondamentalement le même, mais la possibilité d'une valeur maximale du taux d'utilisation atteignant [...] % est réduite à [...] %. Cela signifie que, conformément au calcul introduit par les partenaires de coopération dans le contrat du 9.8.2010 (version 1.0), même si un taux d'utilisation de [...] % est atteint par l'addition des taux d'utilisation des partenaires de coopération, [...] % de l'infrastructure sont utilisés et non pas seulement [...] %.

104. Les quatre effets exposés concernant la clause annoncée, affectant les paramètres des prix et des quantités, ne sont pas modifiés par la précision du fonctionnement du mécanisme contenu dans le contrat du 16.12.2010. Les situations dans lesquels le mécanisme peut être apte à remplir les éléments de l'état de fait légal de l'art. 5 al. 3 let. a et b LCart sont cependant plus rares et les incitations sont moins significatives, ce qui permet d'affirmer que le risque que la clause ait un effet sur la concurrence est atténué par rapport à la clause annoncée.

### **B.3.2.2.3. Proposition de SIG du 7.9.2011**

105. Au niveau Drop, la proposition de SIG du 7 septembre 2011 correspond au système mis en place par le contrat de coopération du 16.12.2010 (version 1.0). Dans ce sens, il ne s'agit pas d'une nouvelle proposition. Les effets potentiels sur la concurrence, certes atténués, décrits ci-dessus seraient identiques.

### **B.3.2.3 Mécanisme de répartition des revenus de la commercialisation des fibres de réserve de la colonne montante – Niveau In-house**

#### **B.3.2.3.1. Contrat de coopération du 16.12.2010 (Version 1.0)**

106. Par le mécanisme de répartition des revenus au niveau In-house, les partenaires de coopération conviennent de se répartir les revenus réalisés au niveau In-house, dès que le seuil de commercialisation de [...] des fibres dites «de réserve» dans la colonne montante est atteint.

107. Les partenaires de coopération partent de l'idée qu'il est possible qu'un même client final fasse appel à deux FST pour des services différents. Dans cette situation, l'un des partenaires pourrait, à la suite de la construction de la colonne montante par l'autre partenaire, conclure des contrats avec certains FST concernant les

fibres de réserves des colonnes montantes déjà installées et ainsi profiter de la construction de ladite colonne montante sans avoir eu à en supporter les coûts.<sup>44</sup> Le mécanisme de répartition In-house vise à éviter cette situation. Il a pour objectif d'assurer, dans une mesure toutefois limitée, que dans ce type de situation, le partenaire de coopération ayant construit la colonne montante puisse au moins profiter des revenus tirés de fibres de réserves dans une part proportionnelle à la clé d'investissement convenue.<sup>45</sup> Les partenaires de coopération avancent une justification supplémentaire à l'appui du mécanisme de répartition In-house: Il doit également permettre aux partenaires de coopération d'être équitablement rémunérés sur la base de la proportion pour le risque commercial pris dans la réalisation de la coopération FTTH.<sup>46</sup>

108. La clause de répartition In-house n'est pas neutre sur le plan de la concurrence. Dès que le seuil prévu dans le mécanisme de répartition est atteint, les incitations des partenaires de coopération à se concurrencer sont éliminées. Dès ce moment, ils agissent comparablement à une entreprise commune dont les revenus sont partagés entre ses propriétaires selon une clé préétablie. Aucun des partenaires de coopération n'a alors d'intérêt à proposer des produits à un prix attractif ou meilleur marché que l'autre partenaire. Les partenaires ont ainsi inéluctablement un comportement coordonné. Dans ces circonstances, la clause de répartition des revenus In-house a un effet harmonisant sur les prix et/ou sur les quantités. Il peut constituer un accord sur la fixation indirecte de prix et de quantités au sens respectivement de l'art. 5 al. 3 let. a ou let. b LCart.

### **B.3.2.3.2. Proposition de SIG du 7.9.2011**

109. SIG a proposé le 7 septembre 2011 une adaptation du mécanisme de répartition In-house. L'annexe à cette proposition de SIG expose les principes d'application du mécanisme de répartition au niveau In-house.<sup>47</sup> Ce mécanisme est aligné sur la proposition concernant le mécanisme proposé au niveau Drop, mais ne concerne que les fibres 3 et 4 (fibres de réserve). Le calcul de l'annuité tient compte des coûts de tirage du câble entre BEP et OTO, de coûts éventuels d'adaptation de ce tronçon et des coûts générés par l'adaptation du BEP pour permettre l'utilisation des fibres de réserve.

<sup>41</sup> DPC 2007/1, 144 N 37, *Erwägungen zu einer sektoriellen Bekanntmachung für die Versicherungswirtschaft aufgrund der schweizerischen Marktgegebenheiten*; BSK KG-MEINHARDT/HUFSCHEID (Fn 7), art. 6 al. 1 let. a et b LCart N 166 s. et réf. citées.

<sup>42</sup> L'échange d'informations dont il est question dans ce paragraphe ne vise pas les mêmes informations que la clause d'échange d'information annoncée par SCS et pour lequel aucune enquête préalable n'a été ouverte, cf. *supra* B.3.1.1, N 61.

<sup>43</sup> Cf. *supra* B.3.1.4, N 73.

<sup>44</sup> Annonce de SIG du 24.8.2010, 24, N 85.

<sup>45</sup> Annonce de SIG du 24.8.2010, 24, N 86.

<sup>46</sup> Annonce de SIG du 24.8.2010, 24, N 86.

<sup>47</sup> Annexe au courrier de SIG du 7.9.2011, 4.

110. La seule définition des principes, en particulier dans la mesure où ceux-ci consistent essentiellement à renvoyer à un mécanisme dont la conformité cartellaire soulève des doutes,<sup>48</sup> ne permet pas d'opérer une analyse des effets concurrentiels potentiellement générés. En effet, sur la base de ces informations uniquement, aucune prévision ne peut être développée. Cette incertitude sur le contenu exact de l'objet de la proposition ne permet pas une analyse de la conformité au droit de la concurrence de la proposition du 7 septembre 2011 concernant le niveau In-house.

### B.3.2.4 Droit de préemption

111. A titre liminaire, il convient de relever que la vente d'une partie de l'infrastructure de fibres optiques par l'un des partenaires de coopération constituerait très probablement une concentration d'entreprise devant être notifiée conformément à l'art. 9 LCart.

112. La clause instituant un droit de préemption ne constitue pas un accord fixant directement ou indirectement des prix, ni un accord restreignant les quantités de biens ou de services à produire, à acheter ou à fournir (art. 5 al. 3 let. a et let. b LCart). La clause n'opère pas non plus une répartition géographique des marchés ou une répartition en fonction des partenaires commerciaux (art. 5 al. 3 let. c LCart). Ainsi, les présomptions de l'art. 5 al. 3 LCart n'interviennent pas.

113. La clause rend plus difficile pour un tiers – par exemple un concurrent potentiel – d'acquérir une partie de l'infrastructure et d'entrer dans le marché. Ainsi, elle pourrait affecter la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart seulement et ne serait donc pas sujette à une sanction cartellaire. Un examen plus approfondi du droit de préemption convenu entre les partenaires de coopération est donc superflu dans la présente procédure.

### B.3.3 Renversement de la présomption selon l'art. 5 al. 3 LCart sur le marché de l'accès physique à l'infrastructure une vitesse de transmission basée sur la fibre optique

114. Plusieurs des clauses annoncées – protection en matière d'investissement, mécanisme de répartition des revenus au niveau In-house, mécanisme de répartition au niveau Drop – sont présumées supprimer la concurrence sur le marché pour l'accès à l'infrastructure physique avec une vitesse de transfert basée sur la fibre optique au sens de l'art. 5 al. 3 LCart.

115. Les conditions d'un renversement de la présomption de suppression de concurrence doivent être examinées. Pour ce faire, les fondements techniques et économiques sont exposés dans la mesure nécessaire pour définir le marché relevant, puis évaluer la situation de concurrence.

#### B.3.3.1 Fondements

116. Sur la base des fondements techniques et économiques exposés ci-dessous, il sera possible de distinguer les activités des différents FST et, selon qu'ils interviennent du côté de l'offre ou de la demande, de déterminer le marché relevant. Etant données les interdépendances particulières entre les différents marchés dans le secteur des télécommunications, les relations

entre les marchés voisins ainsi que les marchés situés en amont et en aval sont également considérées.

#### B.3.3.1.1 Fondements techniques

117. Les fondements techniques servent à mieux comprendre les modes opératoires et les marges de manœuvre des différents opérateurs de la branche. Le modèle ISO/OSI ainsi que les offres correspondantes proposées par les gestionnaires de réseau, les différentes technologies de réseau ainsi que les étapes indispensables pour le déploiement d'une architecture de réseau seront exposés dans la mesure nécessaire.

##### B.3.3.1.1.1 Modèle OSI/ISO et offres correspondantes dans le domaine de l'Internet à haut débit<sup>49</sup>

118. Pour permettre à différents systèmes d'information d'entrer en communication, il est nécessaire de définir des interfaces communes par lesquelles des informations seront échangées. Le modèle de référence OSI/ISO est un protocole dit ouvert définissant les règles logiques et physiques des communications électroniques entre un appareil émetteur et un appareil récepteur. Sur le plan physique est définie la transmission des signaux électriques ou optiques; sur le plan logique est défini l'assemblage des signaux transmis. Le modèle de référence OSI/ISO comporte sept couches – ou Layers –, dans laquelle le Layer 1 établit la communication entre l'émetteur et le récepteur. Ensuite, chaque couche requiert les services de la couche précédente – le Layer 5 requiert les services du Layer 4. Les 4 couches supérieures sont parfois distinguées des 3 couches inférieures, dans le sens où les premières sont plutôt orientées application – Layers 4, 5, 6 et 7 (Host Layers) – et les dernières plutôt transport – Layer 1, 2 et 3 (Media Layers).

<sup>48</sup> Cf. *supra* B.3.2.2, N 91 s.

<sup>49</sup> OSI est l'abréviation de «Open Systems Interconnection»; le modèle OSI est développé par l'organisation internationale de normalisation – International Organization of Standardization (ci-après: ISO).

Couche / Layer	Description des fonctions
Layer 1 Couche physique	Transmission effective de signaux (bit) sous forme électrique ou optique par le biais du câble cuivré, du câble coaxial, de la fibre optique, radio, etc.
Layer 2 Couche liaison de données	Transfert de données entre des appareils raccordés (Modem-Modem, Router-Router, Computer zum Netz etc.) .
Layer 3 Couche réseau	Communication, acheminement et relaying de paquets de données dans l'ensemble du réseau (routage)
Layer 4 Couche transport	Transport de flux de données entre applications, en principe avec corrections des erreurs (messages, fragments, protocoles de communications de bout en bout) : l'application peut être isolée des propriétés du réseau
Layers 5-7 Couches session, présentation, application	Transmission téléphonique, vidéo ou de données entre applications, etc.

Tableau 4: Modèle de référence ISO/OSI

119. Le Layer 4 est une couche logique de transport. Le service de ce niveau consiste généralement au transfert de données garanti sans corruption, ni pertes, ni réordonnement, ni duplication entre l'émetteur et le récepteur – «segments». Il permet aux couches 5 à 7 un accès uniforme aux données sans que ces couches n'aient à considérer les particularités du réseau.

120. Le Layer 3 est une couche dite de réseau. Il permet la communication efficace de données au sein du réseau entre émetteurs et récepteurs – «packet/Data-gram». L'acheminement et le relaying de paquets de données est réalisé. L'adressage entre les différents nœud peut être exécuté par l'intermédiaire de l'adresse IP.

121. Le Layer 2 est la couche de liaison de données qui transfère les données entre des nœuds adjacents d'un réseau (point-à-point). Cette couche assure le transfert de données entre deux entités d'un réseau et fournit, en principe, les moyens de détecter et corriger les erreurs qui peuvent survenir au niveau de la couche physique. Le contrôle des flux ou débit, c'est-à-dire la détermination du nombre de données qui peuvent être transportées dans une unité de temps donnée sur la ligne est également piloté par cette couche.

122. Le Layer 1 est la couche chargée de la transmission effective de signaux – «bits» –sur un support physique tel que le câble cuivré, la fibre optique, etc. Cette couche établit un canal entre deux nœuds adjacents pour le transfert de signaux. Elle met ainsi à disposition des moyens mécaniques, électrique ou autres permettant d'activer, de désactiver ou de maintenir des liaisons physiques. Tant les signaux digitaux qu'analogiques peuvent être transmis sur le Layer 1.

123. Certaines adaptations peuvent être effectuées sur chacune des couches du modèle ISO/OSI. La marge de manœuvre reste cependant limitée par le cadre défini par les autres couches.

### B.3.3.1.1.2 Technologies de réseau

124. La construction d'une infrastructure de réseau fixe de nouvelle génération est l'un des projets d'infra-

structure considéré comme prioritaire et urgent dans le monde entier. Plusieurs réseaux permettant le transfert de données sont à disposition actuellement. Ce sont le réseau câblé de SCS, les réseaux coaxiaux des câblo-opérateurs, les réseaux de fibres optiques en construction, la technologie Powerline, les technologies mobiles et satellites.

#### *Technologie de la paire torsadée métallique (cuivre)*

125. Sur le réseau cuivré, les données sont transmises par l'intermédiaire d'impulsions électriques dans un spectre de fréquence spécifique. Etant fonction des caractéristiques physiques de la transmission d'électricité sur le réseau cuivré et de la perte de tension du support lui-même, la capacité de transmission des données dépend de la longueur du câble, c'est-à-dire de la distance. En l'état, les débits nécessaires pour les services Internet requis par la plupart des clients peuvent être fournis par le biais du réseau cuivré entre une centrale de raccordement de SCS et un foyer par le biais de l'ADSL – «Asymmetric Digital Subscriber Line». Les variantes DSL les plus performantes sont actuellement le VDSL et le VDSL2 – «Very High Speed Digital Subscriber Line». Ces variantes sont disponibles lorsque sur une partie de la distance entre la centrale de raccordement et le foyer, le câble cuivré a été remplacé par une fibre optique). Sur les lignes du réseau de raccordement, le VDSL2 atteint une vitesse maximale réelle de 30 Mbit/s en ligne descendante – «Download». Cette vitesse n'est cependant pas disponible pour tous les clients. Ceux-ci doivent se trouver dans une distance d'env. 750 mètres de l'installation VDSL afin de pouvoir atteindre cette performance.

126. Le DSL peut encore se développer dans la mesure où une fibre optique pourrait être tirée entre la centrale de raccordement et le «Street Cabinet». Pour permettre une performance plus élevée encore, une fibre optique doit être tirée jusqu'à l'utilisateur final.<sup>50</sup> Pour ces raisons, les performances qui peuvent être réalisées selon

<sup>50</sup> Evaluation Télécommunications 2010 (n. 56), 94 s.

l'état de la technique actuel sur le réseau cuivré sont limitées à env. 30 Mbit/s. Dans le futur, selon les affirmations de SCS et de Sunrise, elles pourraient s'élever jusqu'à 100 Mbit/s.<sup>51</sup> Sunrise ajoute qu'une augmentation supplémentaire du débit n'est pas probable, étant donné qu'aucun des acteurs de la branche n'est intéressé à une telle augmentation de la capacité du réseau cuivré.<sup>52</sup>

127. En résumé, la technologie basée sur le cuivre permet d'offrir des services de Layer 1, Layer 2 et Layer 3 jusqu'à un débit maximal d'env. 30 Mbit/s par ligne selon la distance du câble cuivré dans le réseau de raccordement. Cette distance peut rétrécir par la pose d'une fibre optique par exemple jusqu'au Street Cabinet.

#### *Technologie coaxiale*

128. Les téléseaux – ou aussi réseaux coaxiaux voire CATV – se caractérisent par une combinaison de supports physiques tels que la fibre optique pour le transit et le câble coaxial pour le réseau de raccordement. Les câbles coaxiaux ont été développés spécifiquement pour la transmission de fréquences. La dernière technologie développée pour le transport de données par le téléseau – DOCSIS 3.0 – rend possible une transmission par canal atteignant env. 200 Mbit/s.<sup>53</sup> Des tests effectués en laboratoires ont même permis une vitesse de 1'000 Mbit/s.<sup>54</sup> Théoriquement, si tous les canaux coaxiaux sont utilisés, des débits allant jusqu'à 5 Gbit/s sont possible. Le Hardware correspondant n'est cependant pas encore disponible.

129. Une augmentation du débit maximal est envisageable sans modification de l'architecture de réseau grâce remplacement de certains canaux analogiques au profit de canaux digitaux. Elle peut aussi être réalisée en rétrécissant les cellules de raccordement. Les cellules deviennent alors plus nombreuses mais aussi plus petites, car une partie du réseau coaxial est remplacé par de la fibre optique. L'opération permet ainsi d'offrir un meilleur débit aux membres de la cellule. Une autre possibilité d'améliorer la capacité des lignes coaxiales consiste à y implémenter des amplificateurs. L'opération génère toutefois des coûts importants.<sup>55</sup>

130. Les débits des téléseaux ne peuvent pas être directement comparés avec ceux des offres VDSL. La structure de réseau de UPC Cablecom se caractérise par une structure en anneaux reliés. Chaque anneau ou cellule regroupe plusieurs foyers par l'intermédiaire d'un câble coaxial. Ces cellules sont reliées les unes aux autres par des fibres optiques. De par la structure en anneau dans le réseau de raccordement, le débit maximal doit être partagé par les membres d'une même cellule – «Shared Medium» –, ce qui distingue sur le plan technique fondamentalement le téléseau du réseau cuivré notamment.

131. De plus, les débits maximaux mentionnés valent uniquement en ligne descendante. En effet, les téléseaux ne peuvent offrir les débits en lignes descendante et ascendante symétriques que dans une mesure très limitée. Cette caractéristique a de nombreuses implications commerciales, en particulier pour les clients (finaux) du secteur business.

#### *Technologie Powerline*

132. La technologie Powerline (ci-après: PLC) peut être utilisée dans le réseau de raccordement. Le réseau électrique sert alors de support pour la transmission des données. Bien qu'en principe des débits s'élevant jusqu'à 200 Mbit/s puissent être atteints, l'importance de la technologie PLC reste très faible en Suisse.<sup>56</sup>

#### *Technologie satellite*

133. En Suisse, la technologie satellite sert uniquement à assurer le service universel. Elle atteint une vitesse de transmission de 600 kbit/s en download et 100 kbit/s en upload. En raison de ces limites, cette technologie n'est utilisée que dans les régions dans lesquelles une communication ne peut être établie que par ce moyen, par exemple lorsque le réseau de cuivre n'est pas disponible.

#### *Technologies mobiles*

134. Jusqu'à maintenant, les technologies mobiles telles que le GSM, l'UMTS n'ont pas été considérées dans la pratique des autorités de concurrence lorsque des réseaux fixes étaient principalement concernés. Cela résulte de manière générale du manque de couverture et de la différence qualitative dans la transmission des données.

135. Avec l'introduction du standard mobile «Long Term Evolution» (ci-après: «LTE»), des débits significativement plus élevés seront envisageables par le réseau mobile. Selon l'OFCOM, des débits en «Downlink» de 100 Mbit/s et «Uplink» de 50 Mbit/s – c'est-à-dire respectivement de la station émettrice à l'appareil mobile et inversement.<sup>57</sup> Selon SCS, des débits très élevés devraient même pouvoir être atteints grâce à la technologie «Advance LTE».<sup>58</sup> Il convient de remarquer concernant cette technologie que les utilisateurs finaux reliés à une même station de base doivent se partager le débit maximal «Shared Medium» et que seuls des offres asymétriques sont possibles, lesquelles prévoient en général un rapport Downlink-Uplink 7:1. Il n'en demeure pas moins que la technologie LTE apportera dans le futur une amélioration sensible de l'Internet mobile en particulier au niveau de la stabilité de la connexion et de la vitesse de transmission.

<sup>51</sup> Réponse de SCS du 1.6.2011, 5; réponse de Sunrise du 3.6.2011, 11.

<sup>52</sup> Réponse de Sunrise du 3.6.2011, 12.

<sup>53</sup> Evaluation Télécommunications 2010 (n. 56), 94.

<sup>54</sup> Cf. [http://www.inside-it.ch/frontend/insideit?\\_d=\\_article&site=ii&news\\_id=24088](http://www.inside-it.ch/frontend/insideit?_d=_article&site=ii&news_id=24088) (consulté pour la dernière fois le 9.1.2012)

<sup>55</sup> La plupart des câbles des câblo-opérateurs ont été tiré à travers des conduites étroites, certains câbles se trouvent même directement dans le terrain. Cf. DPC 2008/4, 763 N 33, *Gutachten Kabelkanalisationen*.

<sup>56</sup> Evaluation du marché des télécommunications, Rapport du Conseil fédéral du 17 septembre 2010 en réponse au postulat de la CTT-E du 13 janvier 2009 (09.3002), 95 (ci-après: Evaluation Télécommunications 2010).

<sup>57</sup> Evaluation Télécommunications 2010 (n. 56), 28.

<sup>58</sup> Réponse de SCS du 01.06.2011, 13.

### Technologie de la fibre optique

136. La technologie basée sur la fibre optique jusque dans les foyers – FTTH – permet d'atteindre des débits dépassant de loin ce que les débits pouvant être atteints par les autres technologies. A l'occasion d'un test mené en 2011, un fournisseur d'équipement de télécommunications chinois a atteint un débit de 24 Tbit/s, c'est-à-dire 24'000'000 Mbit/s.<sup>59</sup> Ce débit permet, dans une perspective actuelle, de considérer comme quasiment sans limite la capacité de la fibre optique pour la transmission de données.

#### B.3.3.1.2. Fondements économiques

137. Les fondements économiques concernent en particulier les coûts de construction de l'infrastructure, les modes opératoires de certaines structures de prix dans les offres de prestations préalables et les possibilités de discrimination qui y sont liées. Ils sont complétés par une analyse succincte du développement de la demande dans le domaine de l'Internet à haut débit.

##### B.3.3.1.2.1 Coûts de déploiement de l'infrastructure

138. Trois secteurs de construction doivent être distingués dans le déploiement de l'infrastructure. Ce sont le câblage à l'intérieur du bâtiment (secteur In-house), le câblage entre le BEP et le premier DP opérationnel (secteur Drop) et le câblage entre ce DP et la centrale de raccordement respective des partenaires de coopération (secteur Feeder). Pour chacun de ces secteurs, des coûts spécifiques interviennent. Dans le cadre d'une mesure d'enquête, [...] a fourni des indications détaillées à ce sujet. [...]

##### In-house

139. Dans le secteur In-house, le câblage doit être réalisé entre l'OTO et le BEP. Cela implique plusieurs travaux tels que le tirage des câbles à travers les conduites existantes ou la pose de conduite à l'intérieur du bâtiment, le raccordement ainsi que l'épissage des prises, etc. [...] a affirmé que les coûts par unité d'utilisation pour le câblage entre l'OTO et le BEP revenait à [...]. S'ajoutent à ce montant, les coûts d'équipement du BEP lui-même, c'est-à-dire le raccordement entre les conduites extérieures et celles de l'In-house. Ils s'élèvent à env. [...] par unité d'utilisation. [...]

##### Drop

140. Pour l'équipement entre le DP et le BEP, des câbles doivent être tirés et des travaux de génie civil ne peuvent être épargnés, lorsqu'aucune conduite n'existe au préalable. Cela implique également des coûts pour la conception et le management des chantiers. [...] estime que les coûts pour l'équipement du Drop s'établissent à [...]. Les coûts d'équipement du DP lui-même consistant au raccordement du secteur Drop au secteur Feeder doivent également être pris en compte. Ces coûts s'élèvent à [...].

##### Feeder

141. A coté du tirage des câbles viennent également s'ajouter des travaux de génie civil dans le secteur du Feeder, lorsqu'aucune infrastructure de conduite n'est à disposition. Le câblage à l'intérieur même du POP ainsi que la répartition des fibres optiques dans l'OMDF doi-

vent en outre être réalisés. [...] estime les coûts pour la construction du secteur Feeder à [...] et la mise en place des raccordements dans le POP à [...].

##### Réseau complet

142. En se basant sur les indications de [...], les coûts d'équipement complets par unité d'utilisation s'élèvent à [...]. Dans le contrat de coopération entre cette entreprise et SCS, on constate que ceux-ci se fondent sur un prix de [...], ce qui correspond grossièrement aux estimations fournies par [...]. Dans ces circonstances, il apparaît que les prix des IRU reflètent, du moins selon les indications des entreprises concernées, les coûts de construction.

143. Lorsque les coûts de construction sont connus, les tranches mensuelles d'amortissement peuvent être calculées sur la base d'un WACC et d'une durée déterminés, par exemple un WACC de [...] et une durée de [...].<sup>60</sup> Selon les données reçues dans le cadre de l'enquête préalable pour différentes coopérations, les coûts de construction par unité d'utilisation oscillent entre [...]. Ces montants représentent les tranches mensuelles par unité d'utilisation permettant de garantir le financement de la construction de l'infrastructure à fibres optiques.

144. Le calcul de l'amortissement mensuel appelle cependant deux remarques. D'une part, le risque de vacance ou «Leerstandsrisiko», c'est-à-dire le risque que certains des raccordements déployés restent inutilisés, n'est pas pris en compte à ce stade. Il a cependant une influence importante sur le Business case et la détermination des prix. D'autre part, les données chiffrées utilisées pour l'illustration se basent uniquement sur les données fournies par une seule entreprise. Concernant la coopération FTTH à Genève, de telles données ne sont pas à disposition du Secrétariat.

##### B.3.3.1.2.2 Structures de prix et Layer

145. Sous l'angle commercial, les opportunités de lancer des produits de prestations préalables se différencient essentiellement en fonction des possibilités de configuration. L'opérateur disposant d'une prestation en Layer 1 dispose d'une liberté complète dans l'agencement de son offre. Seules les limites physiques du support technique le contraignent dans son activité. En Layer 2 voire supérieur, l'opérateur n'a plus de possibilité de régler les débits ou d'intervenir dans leur contrôle. La différence est importante, car celui qui contrôle les débits et peut les régler a la possibilité d'influencer des paramètres techniques fondamentaux dans les marchés en aval, en particulier concernant les clients privés. En proposant différents profils en Layer 2, les entreprises offrant des

<sup>59</sup> Cf. <http://www.verivox.de/pm/zte-gelngt-erste-datenuebertragung-von-24-terabit-pro-sekunde-77633.aspx> (consulté pour la dernière fois le 9.1.2012).

<sup>60</sup> Le montant annuel, caractérisé par un taux constant pour les intérêts et l'amortissement, peut être calculé par la formule suivante:

$$K_v = K_0 q^r - A \frac{q^r - 1}{q - 1},$$

K étant le capital à la fin de la période d'amortissement, K<sub>0</sub> le montant des investissements, q le taux d'intérêt, v la durée et A le taux périodique; cf. KLAUS SPREMAN, *Wirtschaft, Investition und Finanzierung*, 1996, 449 s.

prestations préalables, c'est-à-dire typiquement les gestionnaires de réseau comme les partenaires de coopération, peuvent procéder à une différenciation de prix intégrale.

146. En parallèle des débits mis à disposition, SCS propose par exemple également quatre options de classes que sont «Best Effort», «Priority», «Control» et «Real Time». Ces options permettent par exemple d'influencer les priorités de transmission. Les paquets de donnée contenant des données e-mail peuvent être transmis avec une importance moindre que ceux contenant du «Voice-over-IP» (ci-après: VoIP).

147. Dans le domaine des clients commerciaux, dans lequel sont principalement demandés des débits symétriques, SCS propose par exemple [...]. Dans le domaine des clients privés, dans lequel des débits asymétriques sont en principe proposés, les prix sont [...]. En outre la qualité du service est différente dans le domaine des clients privés, si bien que les offres du profil de prestations préalables dans ce domaine ne peuvent pas être engagées sans adaptation dans le domaine des clients commerciaux.

148. Les répercussions sur le marché selon que les opérateurs peuvent disposer d'offres respectivement en Layer 1 et 2 sont donc considérables. Par exemple, si un ISP dispose d'une prestation préalable en Layer 1, il peut maîtriser les débits et il lui devient loisible d'exploiter sur les marchés en aval des différenciations tant au niveau des prix que des quantités. Il s'agit d'un élément central dans l'établissement et la planification d'un Business Case.

### B.3.3.1.2.3 Développement de la demande dans le domaine des clients privés concernant le débit

149. Selon la loi de Nielsen, la bande passante d'une connexion Internet augmente de 50 % chaque année et double tous les 21 mois, comme le montre le graphique ci-dessous. De plus, il apparaît que la demande de bande passante diffère d'env. 2-3 ans entre les utilisateurs à forte consommation et ceux dont la consommation est moindre – respectivement «High-End Users» et «Low-End Users». <sup>61</sup> Sur cette base, EWL estime qu'en l'an 2010, les High-End Users ont fait usage d'un débit d'env. 31 Mbit/s et les Low-End Users d'un débit de 5-9 Mbit/s. <sup>62</sup>

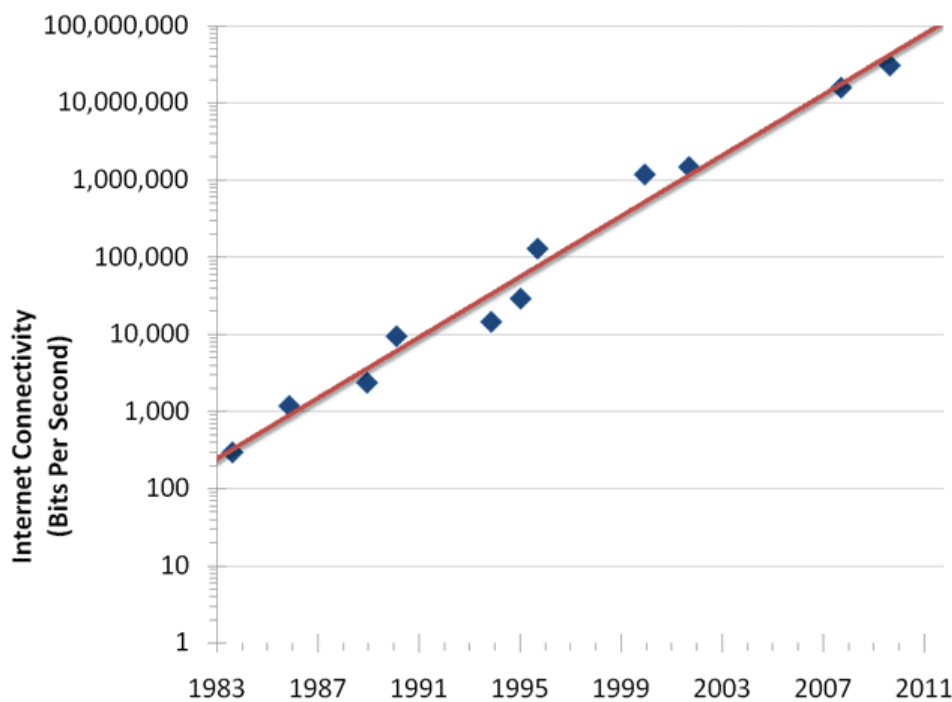


Illustration graphique 2: La loi de Nielsen <sup>63</sup>

150. La plupart des prévisions pour le domaine des clients privés concernant la bande passante en Suisse sont établies à partir de cette observation empirique. <sup>64</sup>

151. Dans ce contexte, l'étude de Sieber & Partner parvient à la conclusion qu'à l'horizon 2020, des bandes passantes d'un ordre de grandeur entre 64 et 320 Mbit/s par utilisateur final seront nécessaires.

<sup>61</sup> JAKOB NIELSEN, Nielsen's Law of Internet Bandwidth, 3, accessible à: <http://www.useit.com/alertbox/980405.html> (consulté pour la dernière fois le 9.1.2012).

<sup>62</sup> Annexe à la réponse de EWL du 1.6.2011, 55.

<sup>63</sup> JAKOB NIELSEN (n. 61), 1.

<sup>64</sup> SIMON EHRENBAUM/DILIP VIMALASSERY, Breitbandinternetmarkt Schweiz – Handlungsoption der Netzbetreiber, 2010, Dr. Pascal Sieber & Partners AG, 7.

	2012	2013	2014	2016
Finecom <sup>65</sup>	20 Mbit/s	30 Mbit/s	50 Mbit/s	100 Mbit/s
Cablecom <sup>66</sup>	-	-	-	30-50 Mbit/s
EWZ <sup>67</sup>	-	60 Mbit/s	-	-
EWB <sup>68</sup>	-	100 Mbit/s	-	200 Mbit/s
EWL (High-End User) <sup>69</sup>	31 Mbit/s	-	-	235 Mbit/s

Tableau 5: Estimation du développement de la demande de bande passante

152. En distinguant entre les deux groupes de clients privés que sont les High-End Users et Low-End Users, une projection peut être établie grâce aux données con-

nues pour l'année 2010 – 31 Mbit/s pour le premier groupe et 5-9 Mbit/s pour le deuxième groupe – et la loi de Nielsen. L'extrapolation mène aux résultats suivants:

	2010	2011	2012	2013	2014	2015
High-End User	31 Mbit/s	47 Mbit/s	70 Mbit/s	104 Mbit/s	157 Mbit/s	235 Mbit/s
Low-End User	5 Mbit/s	8 Mbit/s	11 Mbit/s	17 Mbit/s	25 Mbit/s	38 Mbit/s
	9 Mbit/s	14 Mbit/s	20 Mbit/s	30 Mbit/s	46 Mbit/s	68 Mbit/s

Tableau 6: Projection du développement de la demande de bande passante en Suisse

153. La projection permet de déterminer une tendance et d'obtenir des indices pour découvrir à partir de quand certaines technologies ne seront plus capables de couvrir la demande en bande passante des utilisateurs finaux.

### B.3.3.2 Marché relevant

154. Le marché de produits comprend tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés (cf. par analogie l'art. 11 al. 3 let. a de l'ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises du 17 juin 1996 [OCCE; RS 251.4]). 41. 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 de produits (cf. par analogie l'art. 11 al. 3 let b. OCCE).

155. Pour garder une vue d'ensemble des effets concurrentiels, les marchés voisins ainsi que ceux en aval seront également considérés, car les clauses peuvent potentiellement avoir des effets sur ces marchés également.<sup>70</sup>

#### B.3.3.2.1 Remarque liminaire

156. La fourniture de prestations de télécommunication intervient par l'intermédiaire d'un support physique (cuivre, coaxial, fibre optique, etc.). Pour qu'un FST ne disposant pas d'un réseau de raccordement aux utilisateurs finaux puisse malgré tout leur offrir des services directement, il a besoin d'un accès au support physique (Layer 1).

<sup>65</sup> Réponse de Finecom du 25.05.2011, 4.

<sup>66</sup> Réponse de UPC Cablecom du 01.06.2011, 6.

<sup>67</sup> Réponse de EWZ du 1.6.2011, 7.

<sup>68</sup> Réponse de EWB du 31.5.2011, 3.

<sup>69</sup> Réponse de EWL du 1.6.2011, 4.

<sup>70</sup> Cf. *infra* B.3.3.3.3, N 207 s.

157. L'accès au support physique se fait à un IP. L'IP peut selon l'utilisation du support physique se trouver dans le BEP, dans l'élément de canalisation dit «Man-hole» (ci-après: MH), dans le distributeur de quartier, dans la centrale de raccordement, etc. A chaque IP, le FST souhaitant utilisé directement le support physique doit mettre en place l'infrastructure nécessaire. Le type d'infrastructure dont le FST doit disposer varie. Par exemple, à l'IP prévu dans les coopérations entre SCS et les EAE, une infrastructure Feeder, des centrales de raccordement et une liaison au «Backbone»<sup>71</sup> doivent être mis en place afin de pouvoir utiliser les fibres optiques jusqu'à l'OTO. Si l'IP se trouve dans la centrale de raccordement de SCS ou dans le POP de SIG, seuls sont nécessaires d'installer et d'exploiter des appareils émetteurs et récepteurs à l'IP et de garantir une liaison au «Backbone».

158. Par accès à l'infrastructure physique, il faut entendre la maîtrise par un FST du support technique jusqu'à l'utilisateur final sur lequel il pourra fournir des prestations de service. Ce sont les offres Layer 1 telles que le TAL et l'ALO – «Access Line Optical». Dans ce contexte le FST doit installer le Hardware nécessaire pour gérer toutes les couches du modèle ISO/OSI. Il détient corollairement la plus grande liberté dans l'utilisation du support technique dont il peut jouir exclusivement. Les limites physiques du support sont les seules qui le contraignent.

159. Les offres Layer 2 permettent au FST de se démarquer par quelques modifications sur Layer 2 et sur les couches subséquentes. En général, les entreprises offrant des offres Layer 2 se réservent le pouvoir de déterminer les débits. Cette caractéristique a pour conséquence que plusieurs profils de bande passante sont proposés dans les offres Layer 2. Dans ce cadre déterminé, le FST demandeur peut ensuite déterminer certains paramètres concernant le niveau Layer 2 ou les couches supérieures. Les offres traditionnelles en Layer 2 sont le «Carrier Ethernet Service» (ci-après: CES) de SCS, lequel est disponible en l'état dans les profils suivants: [...].

160. Par une offre en Layer 3, le client obtient la possibilité d'entreprendre quelques modifications sur Layer 3, comme l'adressage par l'intermédiaire des adresses IP, et sur les couches subséquentes. En Layer 3, les vitesses de flux tels que fixées en Layer 2 sont déjà déterminées. L'offre classique en Layer 3 est le «Broadband Connectivity Service» (ci-après: BBCS) de SCS.

161. Etant donné que seules peuvent être transmis des signaux physiques sur le Layer 1 et que les couches subséquentes sont modulées sur les couches qui les précèdent, les couches 2 à 7 sont chacune en principe indépendantes des couches supérieures.<sup>72</sup>

162. Le Tribunal administratif fédéral s'est prononcé dans son jugement du 12 février 2009 (ci-après: jugement Bitstrom) sur la question – fondamentale en matière de réseaux de télécommunication – de la délimitation entre l'accès au support physique en Layer 1 et les autres formes d'accès basées sur le Layer 2 et les couches subséquentes.<sup>73</sup> L'instance s'est fondée sur trois critères pour analyser la substitution entre les différentes formes : le concept de régulation, les exigences

sur le plan des investissements et le potentiel de valeur ajoutée.

163. Au niveau de la régulation, le Tribunal fédéral administratif a exposé que le législateur avait tenu compte des différences technologiques entre l'accès physique et les autres formes d'accès dans la conception du texte de loi. Si le TAL devait être un substitut à l'accès à haut débit, le législateur l'aurait reconnu dans la loi. Ainsi, par voie de conséquence, il aurait pu exclure une position dominante de par l'effet disciplinant de l'accès à haut débit sur l'accès physique et n'aurait pas eu besoin de réguler le TAL. Le Tribunal administratif expose ensuite que l'accès à haut débit constitue simplement une technologie permettant de prendre pied dans un marché – une «Einstiegstechnologie» –, c'est-à-dire de permettre aux FST alternatifs de pénétrer, dans un premier temps, rapidement dans le marché, puis, d'effectuer les investissements nécessaires pour pouvoir migrer sur le TAL.<sup>74</sup> Sur la base des faits à la source de la régulation – et non de la régulation elle-même –, l'instance fédérale parvient à la conclusion que l'accès en Layer 1 n'est pas substituable avec les autres formes d'accès. Etant données que, d'une part, les possibilités d'agencement de l'offre et que, d'autre part, les investissements nécessaires pour l'utilisation d'un Layer 2 ou 3 se distinguent nettement de l'accès physique, les offres Layer 2 et 3 ne constituent pas des substituts à l'accès physique.

#### B.3.3.2.2. Marché de produit

164. Les fibres optiques seront utilisées tant par les partenaires de coopération pour fournir des services de télécommunication directement que par des tiers sur la base des offres des gestionnaires de réseau, par exemple par le biais d'offres en Layer 1 ou en couches supérieures.

165. Au-delà des caractéristiques techniques et économiques des offres en Layer 1, il se justifie de les considérer comme le produit de départ de la définition du marché. En effet, les clauses annoncées sont étroitement liées avec l'infrastructure et concerne directement l'exploitation du support physique, donc des offres en Layer 1.

##### B.3.3.2.2.1 Besoins des partenaires à l'échange

166. Les FST de l'infrastructure se distinguent fortement concernant leurs Business Case respectifs et les offres aux utilisateurs finaux. [...]. Ces entreprises achètent à

<sup>71</sup> Le *Backbone* est le réseau de base d'un fournisseur de télécommunications sur lequel tous les débits des utilisateurs finaux sont regroupés et administrés. Il constitue ainsi le cœur de chaque réseau, ce qui se répercute sur les exigences au niveau des débits, de la vitesse de connexion et du degré de fiabilité. Ils présentent en principe une structure permettant de dévier les flux en cas de panne partielle du réseau.

<sup>72</sup> Cf. *infra* B.3.3.1.1., N 118 s.

<sup>73</sup> ATAF 2009/35, consid. 8.4.5, *Bitstrom*.

<sup>74</sup> MATTHIAS AMGWERD, *Netzzugang in der Telekommunikation*, Zürich 2008, N 254 s.



l'EAE les prestations préalables nécessaires pour le transfert de données, lesquelles sont caractérisées par une bande passante, symétrique ou asymétrique, déterminée et quelques options supplémentaires. Une telle offre existe pour les clients privés par exemple avec 50 Mbit/s Download et 5 Mbit/s Upload. En sus, des canaux supplémentaires peuvent être demandés pour le téléphone, l'IPTV et la radio. De ce fait, l'offre pouvant être proposée aux utilisateurs finaux est déjà en grande partie déterminée.<sup>75</sup> D'autres entreprises de plus petite taille [...] raccordent de manière spécifique des utilisateurs finaux avec des solutions sur mesure. Celles-ci souhaiteraient naturellement un accès en Layer 1, mais sont contraintes de se contenter dans un premier temps d'un accès en Layer 2 puisqu'un accès en Layer 1 n'est pas proposé. [...] D'autres entreprises encore, [...], sont condamnées à disposer d'un accès en Layer 1, car qu'ils ne peuvent pas proposer leurs services sur un Layer subséquent. [...]

167. Sunrise propose également ses services par l'intermédiaire d'ewz.zürinet. Avec [...] centrales de raccordement de SCS dégroupées, elle est le partenaire commercial de dégroupage le plus important de SCS.<sup>76</sup> Dans la plupart des villes suisses, elle est déjà présente dans l'ensemble des centrales de raccordement de SCS et est donc prédestinée à saisir l'opportunité d'une offre en Layer 1. Conformément à sa stratégie de dégroupage, à ses possibilités de migrer sur la technologie de fibre optique à des coûts favorables et aux avantages d'un accès à la couche physique, Sunrise requiert en principe un accès en Layer 1.<sup>77</sup> Un accès en Layer 2 ou 3 n'entre en considération qu'en dehors des zones qu'elle a déjà dégroupées. La ville de Genève ne constitue pas l'une de ces zones.<sup>78</sup>

#### B.3.3.2.2.2 Offres Layer 2 et 3

168. Les offres en Layer 2 et 3 permettent aux FST de proposer des services aux utilisateurs finaux par l'intermédiaire du réseau de fibre optique. Ce sont à ce titre des prestations préalables. Elles ne font cependant pas partie du marché relevant selon la pratique du Tribunal administratif fédéral et pour les raisons qui suivent.<sup>79</sup>

169. Par analogie au jugement Bitstrom du Tribunal administratif fédéral, la substituabilité entre l'accès physique et les autres formes d'accès doit également être rejetée dans le domaine de la technologie fibre optique.<sup>80</sup> Les caractéristiques techniques de l'accès, le degré de liberté dans l'utilisation et les possibilités d'économies d'échelle adressent des besoins spécifiques de la demande. Pour pouvoir utiliser une offre Layer 1, un FST doit dégroupier la centrale de raccordement. Par centrale de raccordement, les coûts d'investissement ne sont supportés qu'une seule fois. Ensuite, ces coûts peuvent être répartis entre le nombre de clients. De cette manière, des économies d'échelles peuvent être réalisées.

170. La migration de la technologie du cuivre à celle de la fibre optique est plus favorable en Layer 1 qu'un nouvel investissement dans le dégroupage, car une partie de l'investissement consenti dans le dégroupage du cuivre peut être réutilisée pour la fibre optique. Le passage à une offre en Layer 2 signifierait de surcroît la

renonciation à l'utilisation d'une grande partie des investissements dans le dégroupage du cuivre. [...]. Dans ces circonstances, un raccordement en Layer 1 offre les meilleures synergies avec l'infrastructure Sunrise existante. [...]. Les coûts se composent pour l'essentiel de la conversion de l'équipement actif (cartes du DSLAM) et des travaux de câblage à l'intérieur de la centrale de raccordement de SCS.<sup>81</sup> Ainsi, le passage à une offre en Layer 2 représenterait un désavantage important en comparaison avec un accès en Layer 1 pour les partenaires commerciaux.

171. Les offres Layer 2 et 3 ne sont pas considérées par les partenaires commerciaux comme substituables. L'accès en Layer 1 garantit la plus grande autonomie et la plus grande flexibilité pour l'établissement de services à l'adresse des utilisateurs finaux. Selon Sunrise, cette flexibilité est non seulement nécessaire pour disposer de paramètres concurrentiels comparables à ceux qui prévalent pour SCS, mais encore elle est indispensable et ne peut être atteinte qu'avec un accès en Layer 1.<sup>82</sup> Il n'y a donc pas de substitut à un accès en Layer 1 selon cet opérateur, car seul par le biais de cet accès peut intervenir une différenciation des services pour les utilisateurs finaux par rapport à l'offre de SCS. De plus, l'accès en Layer 1 permet au FST de contrôler les cycles d'investissement concernant le Hardware, lequel est décisif pour la détermination de la vitesse maximale. Si une innovation importante au niveau des appareils de transmission des données devait surgir, un FST ne pourrait pas introduire cette nouvelle technologie pour se démarquer de SCS, dans le cas où seules des offres en Layer 2 devaient être disponibles. En d'autres mots, l'accès en Layer 1 uniquement permet de créer des incitations à l'investissement dans du Hardware plus performant, grâce à la perspective d'obtenir un avantage concurrentiel à ce niveau. Sur ce plan, un accès en Layer 1 est fondamentalement différent d'un accès sur les couches supérieures, car celles-ci ne permettent aucune différenciation par rapport au gestionnaire de réseau.

172. Les entreprises interrogées ont confirmé que les offres en Layer 1 ne sont substituables avec les offres sur Layer 2 ou sur les Layers supérieurs. Selon Sunrise, un accès en Layer 1 est une condition indispensable pour l'établissement d'une offre basée sur la fibre optique.<sup>83</sup> Un raccordement en Layer 2 ne peut constituer qu'une solution temporaire. Elle ne peut en aucun cas se substituer à une offre en Layer 1.<sup>84</sup> Selon VTX, le passage à la fibre optique ne peut entrer en considération

<sup>75</sup> Réponse de EWZ du 3.6.2011, annexe: FttH-Layer 2 Portfolio Release 2.2.

<sup>76</sup> Réponse de Sunrise du 3.6.2011, 2.

<sup>77</sup> Cf. *infra* B.3.3.2.2.3, N 176.

<sup>78</sup> Réponse de Sunrise du 3.6.2011, 2 s.

<sup>79</sup> ATAF 2009/35, consid. 8.4.5, *Bitstrom*.

<sup>80</sup> Cf. *supra* B.3.3.2.1, N 162.

<sup>81</sup> Réponse de VTX du 22.6.2011, 6.

<sup>82</sup> Réponse de Sunrise du 3.6.2011, 9.

<sup>83</sup> Réponse de Sunrise du 3.6.2011, 9.

<sup>84</sup> Réponse de Sunrise du 3.6.2011, 9 s.

que s'il est possible d'obtenir une offre en Layer 1 comparable au TAL.<sup>85</sup> UPC Cablecom constate en se basant sur les données de l'OFCOM,<sup>86</sup> que la condition préalable déterminante dans le domaine de l'Internet à haut débit est la disposition d'une offre dégroupée sur la base du Bitstream, permettant aux concurrents avant de «se lancer dans une aventure FTTH périlleuse» d'acquérir des parts de marché pour garantir une certaine sécurité avant de réaliser des investissements plus conséquents – selon le principe de «Ladder of Investment».<sup>87</sup>

173. En résumé, il peut être constaté que pour les entreprises intéressées à des prestations préalables de niveau Layer 1, une offre en Layer 2 ne peut constituer qu'une solution temporaire ayant le bénéfice d'accélérer la migration vers la fibre optique. Par ce moyen, une concurrence pourrait s'installer plus rapidement, [...].

174. Les partenaires de coopération semblent également partir de l'idée que les offres en Layer 1 ne sont pas substituables par des offres de Layer subséquents, en particulier les offres de Layer 2. Les premiers développements concernant la fibre optique à Genève montrent que les offres en Layer 1 et 2 – et *a fortiori* sur couches supérieures – n'appartiennent pas au même marché. [...] L'avantage d'une offre en Layer 2 réside en effet pour SIG dans le fait que celle-ci ne constitue pas seulement en une location de l'infrastructure (à savoir la fibre optique), mais également en la fourniture d'un service de transport de données dont le coût dépend de la qualité/performance de la transmission souhaitée. En revanche, dans le cadre d'un accès Layer 1, les revenus sont limités à la location de l'infrastructure et ne dépendent pas de la qualité/performance de la transmission de données opérée au travers de la fibre optique. Ainsi [Secrétariat: donc en Layer 2], le volume des services demandés par le FST augmente, le prix reçu par les SIG également. Lorsque SCS a proposé une offre en Layer 1 à Genève, SIG n'a pas réagi en adaptant la prestation préalable en Layer 2 qu'elle proposait au niveau du prix ou des services, mais en lançant une offre en Layer 1. [...] Ces interactions démontrent sans ambiguïté que les offres Layer 1 et 2 n'appartiennent pas au même marché.

175. Les offres en Layer 2 et en couches subséquentes n'appartiennent pas au marché de l'accès physique à l'infrastructure permettant une vitesse de transmission basée sur la fibre optique (Layer 1).

### B.3.3.2.2.3 TAL

176. Le TAL n'est pas un substitut aux offres en Layer 1 sur le réseau de fibres optiques pour plusieurs raisons. Premièrement, le TAL classique fourni dans la centrale de raccordement de SCS ne permet que des vitesses de transmission d'env. 20 Mbit/s. Des débits plus élevés sont uniquement possibles lorsqu'un FST dégroupé à un point plus proche de l'utilisateur final, comme par exemple au Street Cabinet. Selon Sunrise, une telle opération n'est rentable qu'à partir de [...] utilisateurs finaux dont on peut escompter qu'ils resteront [...] chez l'opérateur.<sup>88</sup> Ainsi, étant donné que le dégroupage d'un Street Cabinet n'est rentable que dans certains cas particuliers, un FST n'a pas de possibilité réelle d'offrir des débits plus élevés par l'intermédiaire du TAL.

177. Le prix d'un accès en Layer 1 au réseau de fibres optiques déterminé par SCS – prestation préalable ALO – s'élève à CHF 39.–. Les offres comparables de la part des EAE s'établissent aux mêmes niveaux. Cela correspond à plus du double du prix d'un accès en Layer 1 sur le cuivre, à savoir le prix régulé du TAL.

178. La demande des utilisateurs finaux qui bénéficient déjà d'un raccordement basé sur la fibre optique découle également du prix demandé pour un accès en Layer 1. Ce prix s'établit à CHF 39.- pour l'offre de SCS et est donc deux fois plus cher que l'accès TAL. Des offres comparables proposées par les EAE sont également significativement plus chères que l'accès TAL. Ainsi, un FST ne se décide pour une telle offre que dans la mesure où il peut proposer à l'utilisateur final une vitesse de transmission et une qualité de service nettement plus élevées et que cet utilisateur final est prêt à en payer le prix.

179. Au contraire, l'offre en Layer 1 sur le réseau de fibres optiques permet une bande passante presque sans limite. Un passage d'une offre en Layer 1 sur le réseau de fibres optiques au TAL est ainsi uniquement possible avec une limitation substantielle du débit. Pour les FST, le TAL n'est donc pas un substitut pour un accès en Layer 1 au réseau de fibres optiques. En raison de cette substituabilité unilatérale, l'accès en Layer 1 au réseau de fibres optiques constitue potentiellement un substitut au TAL ; le TAL cependant ne peut être considéré comme un substitut à un accès en Layer 1 au réseau de fibres optiques.

180. Sous l'angle des développements technologiques à venir concernant le réseau cuivré, une innovation conséquente n'est pas probable. Selon Sunrise, une amélioration de la capacité du réseau cuivré ne peut être raisonnablement envisagée, car l'objet des travaux de R&D s'est déplacé sur le développement de la technologie fibre optique et, en raison des investissements importants dans le réseau de fibres optiques, aucun opérateur du marché n'est véritablement intéressé à une amélioration des performances du cuivre. [...] En Suisse également, les ISP ont confirmé cette tendance dans leur comportement vis-à-vis de la technologie cuivre. [...] En outre, il y a un consensus parmi les entreprises interrogées que les performances maximales du cuivre ont été atteintes. Dans ce sens, l'argument selon lequel grâce à l'intensification de l'utilisation de l'infrastructure de fibres optiques, la bande passante sur le cuivre pourrait être augmentée, doit être relativisé.

181. Pour VTX, le domaine de la télévision sera un élément central dans la commercialisation auprès des clients finaux.<sup>89</sup> Il sera le vecteur principal de la croissance, ce qui devrait se répercuter dans la demande de bande passante.<sup>90</sup> Dans ce contexte, Sunrise estime

<sup>85</sup> Réponse de VTX du 22.6.2011, 6.

<sup>86</sup> Réponse de UPC Cablecom du 8.6.2011, 10, laquelle renvoie essentiellement à l'annexe 4 du 15ème rapport d'implémentation de l'UE étendu à la Suisse de l'OFCOM.

<sup>87</sup> Réponse de UPC Cablecom du 8.6.2011, 10; cf. également réponse de SIG du 5.10.2010, 3 s.

<sup>88</sup> Réponse de Sunrise du 3.6.2011, 8.

<sup>89</sup> Réponse de VTX du 22.6.2011, 2.

<sup>90</sup> Réponse de VTX du 22.06.2011, 7.

que dans le domaine des clients privés, il convient de disposer d'un débit de [...] pour permettre par exemple la mise en place d'une offre concurrentielle. A moyen terme, ce chiffre devrait monter à 100 Mbit/s.<sup>91</sup> Le réseau cuivré ne permet pas de fournir de tels débits.<sup>92</sup>

182. Pour ces raisons, le TAL n'appartient pas au marché de l'accès physique à l'infrastructure permettant une vitesse de transmission basée sur la fibre optique.

#### **B.3.3.2.2.4 Réseau coaxial**

183. Le réseau physique des câblo-opérateurs ne peut pas être compris dans le marché de l'accès physique à l'infrastructure. Premièrement, le télé-réseau ne permet sur le plan technique aucun dégroupage. Alors que la plupart des EAE et SCS construisent des réseaux de fibres optiques en liaisons point-à-point entre la centrale de raccordement et l'OTO de l'utilisateur final, le télé-réseau est caractérisé par une structure en anneau. Ainsi, indépendamment de l'avancement concernant le remplacement de certaines parties du télé-réseau par des fibres optiques, il n'y a fondamentalement pas de possibilité de proposer à des FST des liaisons pour des clients spécifiques.

184. Deuxièmement, la technologie coaxiale est caractérisée par le fait qu'elle est un « Shared Medium ». La bande passante est ainsi répartie entre les utilisateurs au sein d'une même cellule. Dès que plusieurs utilisateurs finaux demandent simultanément un débit dépassant la capacité de l'anneau – phénomène de surréservation –, il ne leur est plus possible de jouir de la pleine vitesse convenue. Le facteur de surréservation – «Overbooking Rate» – s'élève [...].<sup>93</sup>

185. Troisièmement, même en usant d'un dégroupage virtuel du télé-réseau, des bandes passantes symétriques ne peuvent pas être proposées. Les vitesses en Upload sur le télé-réseau sont nettement plus faibles que les vitesses en Download. De par l'évolution de certaines applications, notamment le «Cloud Computing», il convient de s'attendre à ce que des débits symétriques seront toujours plus souvent demandés; ce qui laisse supposer que la technologie coaxiale pourrait perdre en importance.

186. Selon Sunrise, une offre alternative de la part des câblo-opérateurs n'entre pas en considération en raison du manque de symétrie et de la bande passante partagée.<sup>94</sup> Pour ces raisons, le réseau coaxial n'appartient pas au marché de l'accès physique à l'infrastructure permettant une vitesse de transmission basée sur la fibre optique.

#### **B.3.3.2.2.5 Technologies mobiles**

187. Dans sa pratique, la COMCO a considéré que les technologies sans fil ne peuvent pas se substituer aux services basés sur l'accès à haut débit en raison de leurs caractéristiques techniques et de leur but d'utilisation.

188. Dans son avis du 3 septembre 2007 dans la procédure ayant mené au jugement Bitstrom, la COMCO a constaté que les technologies d'accès UMTS, WLAN, WLL, BWA et satellite permettaient généralement, en comparaison avec les technologies de réseau physique, des débits de transmission sensiblement plus faibles à

des prix nettement plus élevés, une propension aux dérangements accrue en fonction de l'environnement et des interférences, une stabilité de connexion plus faible et des risques importants dans la sécurité des données. Ces éléments restreignent les possibilités d'utilisation pour les utilisateurs finaux. Dans son jugement du 12 février 2009, le Tribunal administratif fédéral a constaté que les conclusions de la COMCO étaient au moment du jugement toujours valables.

189. Les technologies sans fil ne sont en principe pas considérées comme des substituts aux technologies de réseau physique. Les éléments distinctifs mentionnés dans l'avis de la COMCO sont toujours d'actualité, malgré les évolutions récentes et les possibilités toujours plus demandées d'utiliser des applications sur les appareils mobiles. Les technologies sans fil, en raison de leurs caractéristiques techniques et de leur but d'utilisation, ne peuvent pas être considérées comme des substituts aux offres en Layer 1.

#### **B.3.3.2.2.6 Conclusion intermédiaire**

190. Au sens de l'art. 11 al. 3 let. a OCCE, le marché de l'accès physique à l'infrastructure permettant une vitesse de transmission basée sur la fibre optique regroupe donc tous les gestionnaires de réseau de fibres optiques proposant des fibres spécifiques permettant une utilisation exclusive de celles-ci et les partenaires commerciaux qui demandent ce type de liaisons.

#### **B.3.3.2.3. Marché géographique**

191. Dans les différentes villes et régions dans lesquelles une infrastructure de fibres optiques est déployée par l'intermédiaire d'une coopération entre SCS et l'EAE local, des conditions différentes sont négociées et mises en œuvres. Il en va de même lorsque SCS déploie le réseau en solitaire. De plus, les EAE concernés sont actifs uniquement dans une région donnée et non sur l'ensemble du territoire suisse. Partant, ceux-ci ne sont à même de proposer une offre en Layer 1 que sur le territoire où se situe l'infrastructure déployée effectivement. De plus, étant données les caractéristiques de l'architecture de réseau différentes dans les régions et villes concernées par des coopérations FTTH, les spécifications pour les offres en Layer 1 peuvent être différentes.

192. SCS en tant que partenaire de coopération de SIG est au contraire en mesure de proposer dans ces centrales de raccordement un accès en Layer 1 sur l'ensemble du territoire à des conditions uniformes, comme elle le fait pour le TAL par exemple.

193. Etant donné que les partenaires de coopération peuvent entrer en concurrence directe seulement à Genève et que des différences peuvent exister entre les conditions de déploiement des différentes régions et villes de Suisse, il convient en l'état de se fonder sur une définition du marché géographique régionale.

<sup>91</sup> Réponse de Sunrise du 3.6.2011, 12.

<sup>92</sup> Cf. *supra* B.3.3.1.1.2, N 124 s.

<sup>93</sup> Réponse de UPC Cablecom du 8.6.2011, 5.

<sup>94</sup> Réponse de Sunrise du 3.6.2011, 11.

194. En l'espèce, pour l'appréciation des clauses annoncées, le marché géographique comprend le territoire visé par la coopération à Genève. En d'autres mots, le territoire de coopération constitue le marché géographique relevant au sens de l'art. 11 al. 3 let. b OCCE.

### B.3.3.3 Appréciation de la situation de concurrence

195. La présomption de suppression de la concurrence efficace selon l'art. 5 al. 3 LCart peut être renversée dans les cas où malgré l'accord en matière de concurrence, une concurrence efficace – actuelle ou potentielle – externe (concurrence des entreprises non parties à l'accord) ou interne (concurrence des entreprises parties à l'accord) subsiste.

196. Au-delà de la situation de concurrence sur le marché relevant, les marchés voisins ou en aval seront examinés plus avant, étant donnée les interdépendances entre les différents niveaux de la chaîne de production.

197. La concurrence externe, la concurrence interne, puis les effets indirects seront examinés dans les considérants qui suivent.

#### B.3.3.3.1 Concurrence externe

198. Une concurrence externe suffisante peut être postulée, lorsque l'offre proposée par les entreprises concurrentes n'étant pas partie à l'accord constitue une alternative effective pour les partenaires commerciaux des entreprises parties à l'accord. La concurrence n'est ainsi pas supprimée.<sup>95</sup> La concurrence externe n'est pas suffisante lorsque l'offre alternative ne couvre qu'une partie des besoins. Le nombre des entreprises intervenant dans ce sens comme concurrentes externes ainsi que les parts de marché de celles-ci constituent des indices importants pour l'appréciation de la concurrence externe. Est déterminante, l'influence de cette entreprise sur le marché.<sup>96</sup>

199. Les entreprises parties à l'accord sont SCS et SIG. Dans l'analyse de la concurrence externe, il convient d'observer la situation de marché dans le marché relevant et la position de ces entreprises sur celui-ci sans considérer la pression concurrentielle exercée par les partenaires de coopération l'un envers l'autre.

200. SIG et SCS ont sur le marché de l'accès physique à l'infrastructure permettant une vitesse de transmission basée sur la fibre optique une part de marché de 100 %. Il n'existe pas d'entreprises concurrentes proposant de telles prestations permettant de renverser la présomption.

201. Pour l'heure, il n'est pas aisé de prévoir le comportement des câblo-opérateurs dans le futur. Étant donné que les capacités de transmission du télé-réseau sont limitées, les câblo-opérateurs devront également à moyen ou long terme migrer sur la technologie de la fibre optique. Fondamentalement, ils ont deux options. Soit ils déploient eux-mêmes une infrastructure basée sur la fibre optique dans le réseau de raccordement; soit ils utilisent l'infrastructure mise en place par les partenaires de coopération. Dans le premier cas, une infrastructure concurrente pourrait voir le jour et constituer une pression concurrentielle externe. Cette concurrence potentielle ne peut cependant se produire qu'à moyen

ou long terme, sans qu'il puisse même être affirmé à ce jour si ce scénario va effectivement se produire.<sup>97</sup> La situation est en effet très incertaine à ce niveau. La présomption d'une suppression de la concurrence efficace sur le marché de l'accès physique à l'infrastructure permettant une vitesse de transmission basée sur la fibre optique ne peut donc pas être renversée par la concurrence externe.

#### B.3.3.3.2 Concurrence interne

202. Dans l'appréciation de la concurrence interne, le rapport de concurrence entre les parties à l'accord est examiné pour déterminer si entre eux, malgré l'accord, une concurrence interne suffisante subsiste et permet de renverser la présomption légale.<sup>98</sup> Une concurrence efficace suffisante peut en principe être admise lorsqu'un accord n'est pas effectivement respecté dans la réalité ou lorsque, malgré l'accord sur certains paramètres concurrentiels, d'autres paramètres concurrentiels suffisent pour permettre une concurrence efficace.<sup>99</sup>

203. Dans le marché de l'accès physique à l'infrastructure permettant une vitesse de transmission basée sur la fibre optique à Genève, seules sont actives SCS et SIG. Ces deux entreprises pourraient ainsi en principe entrer en concurrence, ce qui correspondrait à une pression concurrentielle interne au sens du droit de la concurrence.

204. [...] Dans un deuxième temps, les partenaires de coopération ont convenu de renoncer à l'une des clauses annoncées dont l'effet potentiel sur le marché est le plus proche sur le plan temporel – la protection en matière d'investissement.

205. Le renoncement à la clause de protection en matière d'investissement élimine une restriction potentielle à la concurrence du contrat de coopération FTTH à Genève. Il ne signifie cependant pas que les partenaires de coopération vont automatiquement se faire concurrence sur le marché relevant. Il est utile de rappeler à cet endroit que les partenaires de coopération sont – et seront pour un certain temps dans tous les cas – les deux seules entreprises opérant du côté de l'offre sur le marché relevant. En d'autres mots, un obstacle potentiel à une pression concurrentielle interne a disparu; l'éclosion d'une concurrence interne reste sujette à caution. La question de savoir si une pression concurrentielle interne suffisante devait mener à un renversement de la présomption serait, cas échéant, l'objet d'une procédure menée ex post.

<sup>95</sup> BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 7), art. 5 LCart N 462; cf. également ATF 129 II 18, 36 s., consid. 8.1 (= DPC 2002/4, 731), *Buchpreisbindung*.

<sup>96</sup> BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 7), art. 5 LCart N 462.

<sup>97</sup> Réponse de UPC Cablecom du 8.6.2011, 9 s.

206. En ce qui concerne l'influence des mécanismes de compensation au niveau Drop et de répartition In-house, étant donné, d'une part, que ces mécanismes déterminent justement les rapports entre les partenaires de coopération dans l'exploitation du réseau de fibres optiques au niveau des prix et des quantités et, d'autre part, que les partenaires de coopération ont indiqué sans équivoque durant toute la durée de la présente procédure qu'ils tenaient à ce que ces clauses fassent partie intégrante de la coopération FTTH, la concurrence interne ne saurait être en mesure de renverser la présomption sur le marché relevant.

### B.3.3.3.3. Effets indirects

207. Les marchés de l'Internet à haut débit sont caractérisés par différentes interdépendances entre eux. Il ne peut être exclu que les marchés voisins et en aval exercent une pression concurrentielle disciplinant le marché relevant. Partant, les situations de concurrence sur ces autres marchés ainsi que les interdépendances entre ceux-ci doivent être examinées plus avant.

#### B.3.3.3.3.1 Appréciation de la situation de concurrence sur les marchés voisins et en aval

208. Dans la mesure où les clauses contractuelles conclues par les partenaires de coopération concernent la construction et l'exploitation d'une infrastructure, elles affectent une multitude de marchés. Dans la présente enquête préalable, le Secrétariat s'est limité à considérer les marchés dont l'influence pourrait se répercuter sur l'analyse des clauses contractuelles.

209. Il ne peut en outre être exclu que dans le cadre d'une procédure s'inscrivant dans un contexte ex post, une subdivision plus fine de ces marchés devait être entreprise.

210. Pour les besoins de la présente enquête préalable, cinq autres supplémentaires seront passés en revue:

- Marché de l'accès physique à l'infrastructure permettant une vitesse de transmission basée sur le cuivre;
- Marché Wholesale pour l'Internet à haut débit – utilisateurs commerciaux;
- Marché Wholesale pour l'Internet à haut débit – utilisateurs privés;
- Marché des utilisateurs finaux commerciaux pour l'Internet à haut débit;
- Marché des utilisateurs finaux privés pour l'Internet à haut débit.

#### 1. Marché de l'accès physique à l'infrastructure permettant une vitesse de transmission basée sur le cuivre

211. L'accès complètement dégroupé à la boucle locale est défini par l'art. 3 let. d<sup>bis</sup> LTC comme la mise à la disposition d'un autre fournisseur de services de télécommunication d'un accès au raccordement d'abonné qui lui permet d'utiliser la totalité du spectre des fréquences disponible sur la paire torsadée métallique. Le TAL permet ainsi l'accès physique au support technique qu'est le cuivre.

212. Le raccordement est en principe effectué dans une centrale de raccordement de SCS. Pour pouvoir utiliser la paire torsadée métallique dans le réseau de raccordement, il est nécessaire de mettre en place l'ensemble des appareils nécessaires à la transmission des données. L'entreprise demandant le TAL a besoin des appareils idoines pour l'émission et la réception des signaux (Hardware), lesquels doivent être installés dans la centrale de raccordement. Pour ce faire, le FST concerné a recours à un service nommé colocalisation (ci-après: KOL), également régi par la LTC et régulé par la COMCOM. En outre, le FST requiert une connexion à son Backbone afin de pouvoir proposer ses prestations par l'intermédiaire du TAL. L'utilisation du TAL commande ainsi des investissements importants – et corollairement des exigences correspondantes dans leur amortissement. Elle permet cependant de manière comparable à un accès physique en Layer 1 au réseau de fibres optiques, une flexibilité et une autonomie considérables pour le FST dans la configuration de son offre basée sur le cuivre pour les utilisateurs finaux.

213. En Suisse, seule SCS dispose d'un réseau cuivré de raccordement intégral. Dans ces circonstances, SCS est soumise à une régulation des prix ayant pour but que le TAL soit mis à disposition des tiers à un prix correspondant aux coûts générés, conformément à l'art. 11 LTC. Dans ce contexte, SCS distingue entre le service TAL qui est proposé au niveau de la centrale de raccordement et le TAL partiel proposé, cas échéant, au niveau des stations de distribution dans les quartiers (ci-après: T-TAL). Jusqu'à maintenant, aucun FST ne semble avoir fait appel au T-TAL. Il n'est donc pas nécessaire de le considérer plus avant en l'espèce.

214. La COMCOM a fixé en 2008 le prix du TAL à CHF 18.80 par mois.<sup>100</sup> En 2011, SCS le propose à un prix de CHF 16.60 par mois.<sup>101</sup> Le 8 décembre 2011, la COMCOM a rétroactivement corrigé à la baisse le prix du TAL pour l'année 2011 en le fixant à CHF 15.50.<sup>102</sup>

215. Le TAL proposé à la centrale de raccordement de SCS permet à ce jour une vitesse de transmission jusqu'à 20 Mbit/s. Des débits plus élevés sont uniquement possibles lorsqu'un FST dégroupé à un point plus proche des utilisateurs finaux par exemple dans un Street Cabinet ou que l'utilisateur se trouve à proximité directe d'une centrale de raccordement. Le dégroupage d'un Street Cabinet n'est rentable selon Sunrise qu'à partir de [...] utilisateurs finaux dont on peut escompter qu'ils resteront [...] chez l'opérateur.<sup>103</sup> Ainsi, étant donné que le dégroupage d'un Street Cabinet n'est rentable que dans certains cas particuliers, un FST n'a pas de possibilité réelle d'offrir des débits plus élevés par l'intermédiaire du TAL.

<sup>98</sup> BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 7), art. 5 LCart N 466.

<sup>99</sup> ATF 129 II 18, 36 f., consid. 8.1 (= DPC 2002/4, 731), *Buchpreisbindung*.

<sup>100</sup> Décision de la ComCom du 9.10.2008.

<sup>101</sup> Cf. Handbuch Preise: TAL (version 2-0 valable dès le 1.1.2011), accessible à: [http://www.swisscom.com/FxRes/NR/rdonlyres/635CC7CE-5910-4DAB-A2AD-E1376A090E5B/0/FAPRM\\_contr\\_Teilnehmer\\_anschlussleitung\\_V20.pdf](http://www.swisscom.com/FxRes/NR/rdonlyres/635CC7CE-5910-4DAB-A2AD-E1376A090E5B/0/FAPRM_contr_Teilnehmer_anschlussleitung_V20.pdf) (consulté pour la dernière fois le 9.1.2012).

<sup>102</sup> Cf. communiqué de presse de l'OFCOM et de la COMCOM du 08.12.2011, accessible à: <http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/medieninformationen/00471/index.html?lang=fr&msg-id=42583> (consulté pour la dernière fois le 9.1.2012).

<sup>103</sup> Réponse de Sunrise du 3.6.2011, 8.

216. L'accès en Layer 1 à la fibre optique offre sur le plan technique un substitut quasi parfait au TAL. Toutes les offres aux utilisateurs finaux proposées sur la base du réseau cuivré peuvent être, sur le plan technique, offertes par un accès en Layer 1 à la fibre optique. Les coûts de migration, c'est-à-dire les coûts pour rendre opérationnels les investissements consentis dans le dégroupage du réseau cuivré pour le réseau de fibres optiques ne sont pas aussi conséquents que pour le dégroupage initial, étant donné que [...] % des investissements peuvent être réutilisés. [...] Ceux-ci permettent de surcroît de proposer une vitesse de transmission plus importante aux utilisateurs finaux.

217. En raison de la faiblesse de son déploiement, la COMCO n'a pas considéré dans ses analyses passées du secteur des télécommunications que le réseau de fibres optiques revêtait une signification particulière.<sup>104</sup> Elle a cependant indiqué que cette considération devrait probablement être réévaluée dans le futur.<sup>105</sup> En raison de l'importante dynamique dans la construction des réseaux de fibres optiques en Suisse, l'accès physique en Layer 1 constituera une alternative de choix au TAL, dans tous les cas dans les grandes villes. Cette substitution est cependant unilatérale: c'est l'accès physique à la fibre optique qui constitue un substitut au TAL, et non l'inverse.

218. Au niveau de la régulation, le Tribunal fédéral administratif a exposé que le législateur avait tenu compte des différences technologiques entre l'accès physique et les autres formes d'accès dans la conception du texte de loi. Si le TAL devait être un substitut à l'accès à haut débit, le législateur l'aurait reconnu dans la loi. Ainsi, par voie de conséquence, il aurait pu exclure une position dominante de par l'effet disciplinant de l'accès à haut débit sur l'accès physique et n'aurait pas eu besoin de réguler le TAL. Le Tribunal administratif expose ensuite que l'accès à haut débit constitue simplement une technologie permettant de prendre pied dans un marché – une «Einstiegstechnologie» –, c'est-à-dire de permettre aux FST alternatifs de pénétrer rapidement dans le marché, puis d'effectuer les investissements nécessaires pour pouvoir migrer sur le TAL.<sup>106</sup> Sur la base des faits à la genèse de la régulation – et non en réaction à la régulation elle-même –, l'instance fédérale parvient à la conclusion que l'accès en Layer 1 n'est pas substituable avec les autres formes d'accès.

219. Étant données que, d'une part, les possibilités d'agencement de l'offre et que, d'autre part, les investissements nécessaires pour l'utilisation d'un Layer 2 ou 3 se distinguent nettement de l'accès physique, les offres Layer 2 et 3 ne constituent pas des substituts à l'accès physique.<sup>107</sup>

220. En l'état, l'accès au TAL est offert par SCS dans toute la Suisse à des conditions uniformes. SCS est la seule entreprise à disposer dans l'ensemble de la Suisse d'un réseau de raccordement basé sur le cuivre. Le réseau de fibres optiques est actuellement construit en parallèle. Celui-ci permettra de proposer des prestations comparables dans une qualité équivalente. L'accès au réseau de fibres optiques n'est cependant pas encore disponible sur l'ensemble du territoire. Ainsi, il convient de considérer que SCS détient encore une part de mar-

ché de 100 %. Dès que l'accès physique à l'infrastructure de fibres optiques sera proposé, les ISP pourront également disposer par cette infrastructure d'un accès physique permettant une vitesse de transmission basée sur le cuivre.

221. En raison de la position dominante de SCS sur le marché de l'accès physique à l'infrastructure permettant une vitesse de transmission basée sur le cuivre, le TAL est régulé par la législation sectorielle des télécommunications. Cela signifie que les ISP demandant le TAL peuvent obtenir celui-ci à un prix orienté sur les coûts grâce à l'intervention du régulateur. SCS n'a aucune possibilité d'exploiter sa position dominante en déterminant un prix plus élevé que le prix régulé. Ainsi, sur ce marché, par l'absence de substituts et l'existence d'un monopole sur le réseau, c'est la régulation des prix introduite par la législation sectorielle qui permet de simuler une situation concurrentielle.

222. Dans le futur, une alternative sera à disposition des ISP dans la mesure où les EAE pourront offrir un accès physique en Layer 1 par l'intermédiaire de l'infrastructure de fibres optiques déployée en coopération avec SCS. Cette évolution pourrait générer une nouvelle force concurrentielle sur ce marché.

223. Néanmoins, la différence de prix entre l'accès physique à l'infrastructure de cuivre et à celle de fibre optique est pour l'heure importante et limite l'éventualité de l'apparition d'une pression concurrentielle provenant de la nouvelle infrastructure. L'accès en Layer 1 peut s'observer en l'état sur le marché dans une fourchette de prix s'étalant de [...] à [...]. Le TAL est quant à lui déterminé par le régulateur à un prix de CHF 15.50.<sup>108</sup> Dans ce contexte, il n'y a pas lieu de compter avec une pression concurrentielle provenant des EAE.

## 2. Marché Wholesale pour l'Internet à haut débit

224. La COMCO a défini les marchés Wholesale pour l'Internet à haut débit en tant que prestation préalable permettant aux partenaires commerciaux de proposer aux utilisateurs finaux un accès à haut débit à Internet.<sup>109</sup> Ces marchés regroupent les accès à haut débit – potentiels ou actuels – destinés à la revente indépendamment du support technique sur lequel l'offre est basée (ci-après: prestations préalables Wholesale).

225. En l'état, SCS est la principale entreprise proposant aux ISP des prestations préalables Wholesale. Les prestations comparables proposées par les EAE se trouvent dans leur phase initiale, voire de gestation. En Suisse, les câblo-opérateurs ne sont en principe pas actifs sur ce marché. D'une part, ceux-ci font valoir des difficultés techniques, tels que la caractéristique de «Shared Medium» du télé-réseau et l'extrême fragmentation régionale des entreprises gérant ces réseaux. D'autre part, il semble également qu'il manque à ceux-ci la volonté de proposer ce type d'offre.

<sup>104</sup> DPC 2010/1, 131 N 104, *Preispolitik Swisscom ADSL*.

<sup>105</sup> DPC 2010/1, 144 s. N 184 s., *Preispolitik Swisscom ADSL*.

<sup>106</sup> MATTHIAS AMGWERT, *Netzzugang in der Telekommunikation*, Zürich 2008, N 254 s.

<sup>107</sup> Cf. en particulier B.3.3.2.2.2, N 168 s.

<sup>108</sup> Cf. *supra* B.3.3.3.1, N 214.

226. Dans la conception des prestations préalables Wholesale, celles proposées en Layer 2 et en Layer 3 peuvent être distinguées. Si les possibilités de variations techniques concernant la transmission sont encore relativement élevées concernant l'accès en Layer 2, elles sont restreintes lorsque l'accès est fourni en Layer 3. En l'état, SCS propose tant des prestations préalables Wholesale en Layer 2 qu'en Layer 3.

227. En l'espèce, une analyse approfondie des possibilités de substitution entre prestations préalables Wholesale en Layer 2 et en Layer 3 serait superflue. Les partenaires de coopération considèrent également que ces deux types de prestations préalables appartiennent au même marché.

228. Les entreprises offrant des prestations préalables Wholesale proposent en général différents profils à choix, lesquels sont caractérisés par des propriétés techniques précises. De cette manière, une différenciation de prix très importante peut être mise en place. Parmi les critères utilisés, on peut relever la possibilité de déterminer des priorités dans le transmission des données et des débits différents en Download et en Upload ainsi que le niveau de service. Sur le réseau de fibres optiques, étant donné que des débits différents peuvent être proposés sans générer de différences importantes au niveau des coûts, les profils peuvent être considérés comme des moyens de différenciation de prix.

229. Les exigences provenant des utilisateurs finaux commerciaux et privés sont généralement différentes. Ces différences se répercutent également dans la conception des profils. En conséquence, il se justifie de distinguer entre les utilisateurs commerciaux – ou business – et privés. On remarquera au surplus qu'une telle division peut également être observée dans la structure des entreprises concernées.<sup>110</sup>

**a. Marché Wholesale pour l'Internet à haut débit – utilisateurs commerciaux**

230. Beaucoup de utilisateurs commerciaux utilisent des serveurs de données et/ou travaillent par l'intermédiaire de réseaux internes. Ils ont de ce fait un rapport au haut débit qui diffère des utilisateurs privés concernant la bande passante. Pour les utilisateurs commerciaux, l'infrastructure de réseau correspond à une partie de la chaîne de production. Dans ce sens, les pannes peuvent avoir des conséquences dommageables, ce qui se répercute sur leur exigence de fiabilité. VTX expose par exemple que les utilisateurs commerciaux sont très exigeants en termes de qualité et de disponibilité des lignes.<sup>111</sup> Ces exigences consistent, au-delà de la bande passante et de la symétrie, aux niveaux des services, aux classes COS – «Verkehrsklassen» – et à la sûreté des transmissions. Pour ces raisons, les gestionnaires de réseau proposent en général aux ISP des prestations préalables en Layer 2 et 3 configurées différemment selon que les produits sont destinés à des utilisateurs commerciaux ou privés. Ces éléments justifient une définition plus fine du marché des prestations préalables Wholesale en un marché pour les utilisateurs respectivement privés et commerciaux.

231. SCS offre en l'état des prestations préalables Wholesale sur l'ensemble du territoire suisse à des conditions uniformes. Les offres disponibles sur Layer 2 et 3 sont décrites dans les descriptifs de prestation et manuels de prix correspondants.

232. Par le développement de l'infrastructure de fibres optiques, SIG entre sur le marché des prestations préalables Wholesale pour les utilisateurs commerciaux. L'offre des SIG et des autres EAE qui entrent également dans ce marché de produits dans d'autres régions se distinguent en ce qui concerne les modalités, l'étendue du réseau et son architecture. Partant, les ISP intéressés par les offres des EAE doivent demander des offres pour chaque territoire.

233. En principe, les ISP ayant recours à l'offre régulée TAL de SCS peuvent également proposer des prestations préalables Wholesale. Ces prestations ne peuvent être proposées que sur le réseau cuivré. La bande passante et la symétrie de ces prestations sont limitées par la technologie du cuivre. Les ISP ayant dégroupé le réseau de cuivre dans les centrales de raccordement ne peuvent donc proposer une offre que dans un cadre restreint. Dans le marché des prestations préalables Wholesale pour les utilisateurs commerciaux, le réseau cuivré est particulièrement limité. Les ISP n'exercent ainsi pas de pression concurrentielle actuelle ou potentielle sur SCS, laquelle dispose de toute latitude pour composer son offre. Il n'est d'ailleurs pas rare que les ISP au bénéfice d'un accès TAL requièrent des offres additionnelles de services préalables Wholesale de SCS pour leurs propres clients commerciaux. De plus, étant donné que les ISP sont en principe également actifs sur les marchés des utilisateurs finaux, une offre de prestations préalables Wholesale aurait pour effet de créer une concurrence supplémentaire sur les marchés en aval. Un tel comportement n'a d'ailleurs pas pu être observé sur le marché en Suisse dans le passé. Pour ces raisons il n'y a pas lieu de considérer que les ISP au bénéfice d'un accès TAL interviennent du côté de l'offre de prestations préalables Wholesale.

234. Les entreprises disposant d'un accès en Layer 1 au réseau de fibres optiques pourraient entrer dans le marché des prestations préalables Wholesale pour les utilisateurs commerciaux du côté de l'offre, ce qui pourrait générer une augmentation de la pression concurrentielle dans le marché. Cette pression concurrentielle serait cependant limitée dans la mesure où le prix de l'accès en Layer 1 limiterait les entreprises afin de disposer de la gamme complète nécessaire. De plus, de manière analogue à l'argument développé dans le paragraphe précédent, le lancement de ce genre de produit aurait pour effet de créer une concurrence accrue dans le marché en aval. Dans ce sens, il n'y a pas lieu de considérer que cette alternative pourrait discipliner le marché.

<sup>109</sup> DPC 2010/1, 126 s. N 70 s., *Preispolitik Swisscom ADSL*.

<sup>110</sup> Cf. par exemple réponse de VTX du 22.6.2011, 4 et 6; réponse de UPC Cablecom du 8.6.2011, 12 s.

<sup>111</sup> Réponse de VTX du 22.6.2011, 7.

235. Les câblo-opérateurs ne sont en principe pas actifs dans le marché des prestations préalables Wholesale pour les utilisateurs commerciaux. Bien qu'elle dispose d'une infrastructure propre, UPC Cablecom doit recourir à SCS pour être à même de proposer des offres à des utilisateurs commerciaux.

236. Par le développement de l'infrastructure de fibres optiques, SIG entre sur le marché des prestations préalables Wholesale pour les utilisateurs commerciaux. L'offre des SIG et des autres EAE qui entrent également sur ce marché produits dans d'autres régions se distinguent en ce qui concerne les modalités, l'étendue du réseau et son architecture. Partant, les ISP intéressés par les offres des EAE doivent demander des offres pour chaque territoire.

237. Sur le marché des prestations préalables Wholesale pour les utilisateurs commerciaux, seules SCS et SIG devraient être actives dans le futur.

### **b. Marché Wholesale pour l'Internet à haut débit – utilisateurs privés**

238. Pour les utilisateurs privés, la fiabilité, les classes COS – «Verkehrsklassen» – les niveaux de service n'ont pas la même signification que pour les utilisateurs commerciaux. De plus, les utilisateurs privés utilisent en général de manière prépondérante la bande passante en ligne descendante, dans la mesure où ils consomment des contenus Internet ou des programmes de télévision. Dans ce sens, les vitesses en Download sont plus importantes que celles en Upload, ce qui se répercute sur le fait que seules des prestations à haut débit asymétriques sont proposées aux utilisateurs finaux privés. Cette caractéristique se répercute au niveau Wholesale où les prestations préalables Wholesale pour les utilisateurs privés et commerciaux se distinguent fortement.

239. Les ISP au bénéfice d'un accès TAL de SCS pourraient en principe être actifs dans ce marché. En l'état en effet, les vitesses basées sur le cuivre pourraient encore suffire pour satisfaire la plupart des utilisateurs privés.<sup>112</sup> Cependant, dans les faits, aucun FST ne propose de prestations préalables Wholesale pour les utilisateurs privés sur l'ensemble du territoire suisse.

240. Par le développement de l'infrastructure de fibres optiques, SIG entre sur le marché des prestations préalables Wholesale pour les utilisateurs privés. L'offre des SIG et des autres EAE qui entrent également sur ce marché produits dans d'autres régions se distinguent en ce qui concerne les modalités, l'étendue du réseau et son architecture. Partant, les ISP intéressés par les offres des EAE doivent demander des offres pour chaque territoire.

241. Sur le marché des prestations préalables Wholesale pour les utilisateurs privés, seules SCS et SIG devraient être actives dans le futur.

### **3. Marché des utilisateurs finaux pour l'Internet à haut débit**

242. Les marchés des utilisateurs finaux – tant privés que commerciaux – pour l'Internet à haut débit concernent tous les utilisateurs finaux demandant une con-

nexion à l'Internet à haut débit et toutes les entreprises qui proposent ces services.

243. Généralement, une distinction est opérée entre les connexions à l'Internet de type «Dial-up» – ou accès par ligne commutée – et l'accès à haut débit. L'Union internationale des télécommunications (ci-après: ITU) définit un service comme appartenant au haut débit lorsqu'il dépasse le taux de transmission de 2048 kbit/s.<sup>113</sup> Les connexions Dial-up permettent cependant des vitesses de transmission jusqu'à 128 kbit/s, raison pour laquelle ces liaisons ne font pas partie du haut débit, et ce indépendamment du fait que la signification des connexions Dial-up est faible sur le marché.

244. Pour proposer des services Internet à haut débit, les entreprises sises du côté de l'offre utilisent les infrastructures de réseau physiques auxquelles leur propre réseau de transmission est connecté. Vis-à-vis des utilisateurs finaux, ces entreprises proposent concrètement un débit et un niveau de service déterminés. Dans la mesure où le débit et le niveau de service convenus sont respectés, la technologie utilisée ne joue en règle générale aucun rôle pour l'utilisateur final.

245. Pour l'analyse des rapports de concurrence sur le marché des utilisateurs finaux pour l'Internet à haut débit, le nombre de FST pouvant se comporter librement dans leur structure tarifaire est d'une importance capitale. Fondamentalement, seuls sont complètement libres dans leur structure tarifaire, les FST disposant d'un propre réseau jusqu'à l'utilisateur final. Dans une telle situation, ils ne sont pas contraints de requérir des prestations préalables – accès physique ou Wholesale – auprès de tiers. Jouissent d'une telle liberté de comportement également les FST pouvant faire appel à un accès physique régulé, c'est-à-dire à un prix orienté sur les coûts, comme le TAL du réseau cuivré. En Suisse, les réseaux de communication suivants existent : le réseau cuivré, le télé-réseau, le réseau de fibres optiques, le réseau PLC, le réseau mobile, en particulier LTE à l'avenir, et le réseau satellite.

246. En raison des exigences différentes en matière de symétrie, de niveau de service et d'autres critères selon qu'il s'agit de utilisateurs privés ou commerciaux, une définition plus fine du marché s'impose. Par conséquent, deux marchés des utilisateurs finaux pour l'Internet à haut débit seront définis, l'un traitant des utilisateurs finaux commerciaux et l'autre des utilisateurs finaux privés.

<sup>112</sup> Cf. *supra* B.3.3.1.2.3, N. 149 s.

<sup>113</sup> DPC 2008/4, 669 N 22, *Sunrise/Tele2*.



### a. Marchés des utilisateurs finaux pour l'Internet à haut débit – utilisateurs commerciaux

247. Dans le domaine des utilisateurs commerciaux, des connexions permettant des transmissions de données symétriques entre plusieurs emplacements ainsi que des connexions symétriques mais également asymétriques vers l'internet sont proposées. Le débit garanti ainsi que le niveau de service jouent un rôle importants. Les exigences en matière de haut débit sont ainsi en général très élevées.<sup>114</sup> Dans le domaine des utilisateurs commerciaux, des solutions individualisées tenant compte des souhaits particuliers sont conçues pour les plus importants clients.

248. Le télé-réseau ne permet que dans une mesure limitée de proposer des connexions symétriques et en aucun cas de garantir de telles connexions. Ainsi, la technologie CATV n'est pour ainsi dire jamais mise en œuvre au service des utilisateurs finaux commerciaux et les câblo-opérateurs sont contraints de requérir des prestations préalables à SCS ou aux EAE pour pouvoir proposer des solutions aux utilisateurs finaux commerciaux.

249. Le réseau cuivré permet de garantir des débits tant asymétrique que symétrique. Ainsi, dans les limites techniques concernant la capacité de transmission et selon les besoins du client, le réseau cuivré peut être utilisé dans le domaine des utilisateurs finaux commerciaux. Ces limites techniques ont des conséquences importantes en ce qui concerne les utilisateurs finaux commerciaux, par analogie au marché des prestations préalables – TAL ou Wholesale. Ainsi, l'accès régulé au TAL n'est pas suffisant pour permettre aux FST de proposer des offres dans ce domaine. Le TAL doit actuellement être presque irrémédiablement complété par des prestations préalables complémentaires de SCS ou des EAE.<sup>115</sup>

250. La fibre optique permet des débits symétriques aussi bien qu'asymétriques sans contrainte technique au niveau de la capacité de transmission. Elle est donc prédestinée aux utilisateurs finaux commerciaux. Déjà par le passé, certains d'entre eux ont spécifiquement été raccordés au réseau (de transmission) par l'intermédiaire de la fibre optique.

251. En Suisse, aucun gestionnaire de réseau ne dispose d'un réseau de fibre optique généralisé au niveau du raccordement. Seuls certains utilisateurs finaux commerciaux particuliers ont été raccordés au réseau par l'intermédiaire de la fibre optique au cas par cas. Par la coopération entre SCS et SIG, un réseau de raccordement basé sur la fibre optique est sur le point de voir le jour.

252. En tant que gestionnaires de réseau, SCS, les EAE et UPC Cablecom – ou d'autres gestionnaires régionaux de télé-réseau – proposent des offres pour les utilisateurs finaux commerciaux, UPC Cablecom ayant partiellement recours aux prestations préalables de SCS. Ces gestionnaires de réseau maîtrisent toute la chaîne de valeur et jouissent d'une grande liberté dans leur structure tarifaire. A côté de ces entreprises disposant d'un réseau, plusieurs autres FST – tels que Sunrise, Colt VTX, etc. – proposent également des offres pour l'Internet à haut

débit pour les utilisateurs finaux commerciaux. Ils fournissent leurs services sur la base des prestations préalables de SCS et, dans le futur éventuellement des EAE, c'est-à-dire de SIG à Genève. Ils n'ont pas d'autres choix que de recourir aux prestations préalables – accès physique en Layer 1 ou Wholesale – des gestionnaires de réseau. Dans ce contexte, les FST sans infrastructure de réseau n'ont qu'une marge de manœuvre très faible en comparaison des gestionnaires de réseau et la pression concurrentielle qu'ils peuvent exercer en est d'autant limitée. A défaut de régulation des simulants des prix concurrentiels, la concurrence est déterminée par le niveau des prix fixés par les gestionnaires de réseau.

253. Les FST peuvent en principe proposer des offres dans l'ensemble de la Suisse dans le marché des utilisateurs finaux commerciaux pour l'Internet à haut débit. Pour ce faire, soit ils disposent d'une infrastructure dans l'ensemble de la Suisse – comme c'est le cas de SCS –, soit ils requièrent des prestations préalables d'une entreprise dont l'infrastructure couvre l'ensemble du territoire – donc à SCS – ou à plusieurs entreprises disposant de réseaux régionaux. De par l'ambition de proposer des offres dans toute la Suisse, les FST pourraient à ce titre avoir un rôle fédérateur sur le marché des prestations préalables (régionales) – accès physique en Layer 1 ou Wholesale. La conclusion de ces contrats et les négociations qui les accompagnent pourraient mener les gestionnaires de réseau régionaux à lancer des offres coordonnées dans toute la Suisse.

254. Dans le futur, il n'est pas à exclure que seuls les gestionnaires du réseau de fibres optiques puissent se concurrencer sur le marché des utilisateurs finaux commerciaux pour l'internet à haut débit. Si SIG ne propose pas de produits directement aux utilisateurs finaux, mais collabore plutôt avec un FST comme Sunrise par exemple, la concurrence sur ce marché sera notamment déterminée par le niveau des prix des prestations préalables de SIG et la marge laissée dans ce cadre pour concurrencer les offres de l'entreprise intégrée qu'est SCS.

### b. Marchés des utilisateurs finaux pour l'Internet à haut débit – utilisateurs privés

255. Dans la plupart des cas, des connexions asymétriques sont proposées dans le domaine des utilisateurs finaux privés. Les exigences concernant le niveau de service n'atteignent pas celles des utilisateurs finaux commerciaux. De manière générale, les exigences concernant les connexions à haut débit sont nettement plus faibles que par les utilisateurs finaux commerciaux. Du moment que ces exigences sont remplies, l'infrastructure sur laquelle sont basées les prestations ne joue aucun rôle et les FST ne sont ainsi pas liés à une infrastructure particulière.

<sup>114</sup> Réponse de VTX du 22.6.2011, 7.

<sup>115</sup> Dans certains cas particuliers, il se peut que les ISP aient équipé en fibre optique un client, c'est-à-dire qu'ils ont déployé une infrastructure propre pour l'occasion. Ils ne sont alors pas contraints d'avoir recours aux prestations préalables de SCS dans ces cas.

256. Trois technologies sont principalement utilisées sur le marché des utilisateurs finaux privés pour l'Internet à haut débit: le réseau cuivré, le télé-réseau et le réseau de fibres optiques. En Suisse, le réseau cuivré de SCS, les télé-réseaux respectivement de UPC Cablecom et d'autres câblo-opérateurs régionaux ainsi que le réseau de fibres optiques de SCS et des EAE composent l'infrastructure (au sens large) actuellement en exploitation. A côté de ces entreprises gérant des réseaux, de nombreux FST sont actifs sur ce marché grâce aux prestations préalables – accès physique ou Wholesale – qu'ils requièrent auprès des gestionnaires de réseau.

257. La symétrie et la garantie de débit ont pour les utilisateurs finaux privés une signification moindre que pour les utilisateurs finaux commerciaux, ce qui étend les opportunités d'engager les différentes technologies. Cela signifie concrètement que, dans les limites des technologies engagées, que SCS, les câblo-opérateurs, éventuellement les EAE et les FST – notamment par l'intermédiaire du TAL régulé – peuvent entrer en concurrence directe. Il y a ainsi dans ce marché une réelle possibilité qu'un ordre concurrentiel s'installe entre les différents acteurs.

258. Les FST contraints à recourir aux prestations préalables Wholesale des gestionnaires de réseau pour être actifs sur le marché des utilisateurs finaux privés pour l'Internet à haut débit ne peuvent exercer une pression concurrentielle que dans la marge de manœuvre définie par les conditions de la prestation préalable Wholesale. Les entreprises offrant des prestations préalables étant elles aussi actives dans le marché en aval, il est illusoire dans ces circonstances de s'attendre à ce que celles-ci proposent des prestations préalables Wholesale favorables au point de permettre ensuite aux FST les requérant de générer une pression concurrentielle sur le marché en aval. Ces FST ne peuvent ainsi pas concurrencer les gestionnaires de réseau ou les FST disposant d'un accès TAL régulé. Un rapport de concurrence, limité, existe uniquement entre les différents FST requérant des prestations préalables Wholesale au niveau de prix déterminé par les gestionnaires de réseau.

259. Les entreprises en concurrence dans le marché des utilisateurs finaux privés pour l'Internet à haut débit sont donc fondamentalement SCS, UPC Cablecom et Sunrise. Ces entreprises présentent les parts de marché suivantes:

FST	Part de marché 2007	Part de marché 2008	Part de marché 2009
SCS	49,3 %	51,9 %	53,9 %
UPC Cablecom	19,3 %	19,0 %	17,9 %
Sunrise	9,8 %	9,2 %	10,0 %

Tableau 7: Parts de marché des FST sur le marché des utilisateurs finaux privés pour l'Internet à haut débit<sup>116</sup>

260. Le marché des utilisateurs finaux privés est (encore) un marché en croissance. Il s'approche cependant de la saturation. Malgré des chiffres de croissance positifs, notamment une croissance de marché de 2008 à 2009 s'élevant à 7,2 %<sup>117</sup>, UPC Cablecom a dû concéder une perte de parts de marché, étant donné que son nombre de utilisateurs privés est resté plus ou moins constant en 2009.

261. La situation de concurrence sur le marché de l'Internet à haut débit a été analysée dans l'enquête concernant la politique de prix ADSL. A cette occasion, la COMCO est parvenue à la conclusion que jusqu'à la fin 2007, seule une faible pression concurrentielle avait émané de UPC Cablecom. La COMCO a motivé cette appréciation sur la base de la perte des parts de marché de cette entreprise, des problèmes récurrents de fiabilité de son offre et des importants coûts de changement – «Switching Costs» –, à savoir l'ensemble des coûts nécessaires pour changer d'opérateur. En conséquence, la COMCO a constaté que l'influence du marché des utilisateurs finaux privés sur le marché en amont des prestations préalables était faible.<sup>118</sup>

262. Selon une étude mandatée par l'OFCOM concernant l'accès à l'Internet et son utilisation en Suisse, les utilisateurs interrogés ont déterminé que les critères les

plus importants pour le choix de l'opérateur étaient la qualité perçue du service (92 % des foyers) ainsi que le service-client et la clarté des informations (90 % des foyers).<sup>119</sup> Le prix n'intervient qu'en troisième position avec 89 % des foyers. 46 % des foyers jouissent d'une connexion de vitesse moyenne comprise entre 2'000 et 10'000 Kbit/s.

263. En outre, l'étude a relevé une fidélité forte des utilisateurs. 65 % des foyers ont déclaré qu'ils n'avaient encore jamais changé d'opérateur depuis qu'ils disposent d'un accès à Internet. Le même pourcentage de foyers n'a quasiment jamais comparé les offres disponibles dans le marché.<sup>120</sup>

<sup>116</sup> Evaluation Télécommunications 2010 (n. 56), 37.

<sup>117</sup> Evaluation Télécommunications 2010 (n. 56), 36.

<sup>118</sup> DPC 2010/1, 134 s. N 124 s., *Preispolitik Swisscom ADSL*.

<sup>119</sup> Evaluation Télécommunications 2010 (n. 56), 21.

<sup>120</sup> Evaluation Télécommunications 2010 (n. 56), 21.

264. Les coûts de changement sont déterminants pour saisir la dynamique de concurrence et ce, en particulier, sur les marchés caractérisés par des effets de réseaux.<sup>121</sup> Les coûts de changement s'observent particulièrement à l'endroit des utilisateurs finaux. Ceux-ci doivent par exemple se procurer du Hardware neuf, résilier d'anciens contrats dans un délai précis et tolérer une certaine discontinuité s'ils veulent changer d'offre. Ces coûts de changement ont une influence directe sur la dynamique des offres, dans la mesure où ils ne peuvent pas entreprendre de différenciation de prix entre les nouveaux et les anciens clients. Dans un tel cas, une baisse des prix dans le but d'acquérir de nouveaux clients se répercute simultanément sur une perte au niveau du chiffre d'affaires des clients existants. De même, lorsqu'un FST parvient à fidéliser une clientèle de base, il peut se révéler plus intéressant de profiter des revenus générés par ces clients en tenant compte des coûts de changement élevés, plutôt que d'entreprendre de démarcher activement de nouveaux clients.

265. Une analyse détaillée des rapports de concurrence sur le marché des utilisateurs finaux privés pour l'Internet à haut débit à partir de 2008 commande l'observation distincte de trois segments. Dans les paragraphes qui suivent, la situation de concurrence dans les segments des bas prix, des prix moyens et des prix élevés entre les trois principales entreprises actives sur le marché est décrite. L'analyse ne traitera pas ces segments de manière isolée, mais tiendra compte des relations entre ceux-ci dans la mesure nécessaire.

#### *Segments des bas prix*

266. Le segment des bas prix est de moindre importance en l'espèce. De plus, les produits Internet de ce segment sont généralement couplés à d'autres produits tels que la téléphonie sur le réseau fixe par exemple. Sur l'illustration graphique ci-dessous, il est loisible d'observer que SCS a constamment étendu sa part de marché dans ce segment. Malgré la concurrence actuelle, SCS détient dans ce segment une position forte.

[...]

Illustration graphique 3: Evolution des parts de marché depuis janvier 2006 dans le segment des bas prix

#### *Segment des prix moyens*

267. Le segment des prix moyens regroupent actuellement les offres entre CHF 30.– et CHF 60.– pour une connexion Internet à haut débit. Est à relever qu'à l'intérieur de ce segment, les offres entre CHF 40.– et CHF 50.– regroupent la plupart des utilisateurs finaux pour les trois opérateurs concernés. Depuis 2004, les prix sont quasiment restés au même niveau, sans que des différences significatives à ce niveau entre les opérateurs ne puissent être observées.<sup>122</sup> En décembre 2007, SCS comptait [...] clients pour son produit à CHF 49.–, lequel réunit le plus grand nombre d'utilisateurs finaux. Ceux-ci disposent de débits de 3.5 Mbit/s Download et de 0.3 Mbit/s Upload. Sur le même profil et au même prix, Sunrise offrait ses prestations à [...] utilisateurs finaux. A un prix légèrement meilleur marché de CHF 45.– pour une bande passante comparable, Cablecom réunissait [...] utilisateurs finaux. SCS a également vendu ce profil en tant que prestation préalable pour un prix de CHF 31.20 à d'autres FST, lesquels ont conclu [...] contrats avec des utilisateurs finaux.

268. Le 1<sup>er</sup> janvier 2008, SCS a baissé les prix de l'offre BBCS. Sunrise n'a pas transféré les baisses de prix aux utilisateurs finaux, mais a élevé le débit à 5 Mbit/s Download et 0.5 Mbit/s Upload dans le profil à CHF 49.–. Elle a fait ce choix à la place de maintenir les mêmes débits à un prix de CHF 3.20 meilleur marché. Pour la nouvelle offre, Sunrise devait acheter une prestation préalable à un prix de CHF 34.–, un prix plus élevé que la prestation préalable initiale (tableau ci-dessous, N° 1).

269. Le 1<sup>er</sup> mars 2008, Sunrise a complètement modifié sa structure tarifaire. Depuis ce moment, Sunrise a poursuivi une stratégie de dégroupage de la boucle locale dans les villes. Les offres traditionnelles basées sur la prestation préalable BBCS n'étaient plus proposées que dans quelques régions à densité moindre et pour lesquelles un dégroupage de la boucle locale n'aurait

pas été rentable. Par l'intermédiaire du TAL, Sunrise a dès lors offert deux profils dans le segment intermédiaire: les utilisateurs finaux pouvaient disposer de 5 Mbit/s Download et 0.5 Mbit/s Upload à un prix de 59.– ou de 15 Mbit/s Download et 1 Mbit/s Upload à un prix de CHF 79.–. Ces offres ont été couplées avec des offres de téléphonie, ce qui a permis aux utilisateurs finaux d'éviter les frais mensuels de CHF 25.35 pour le raccordement fixe.<sup>123</sup> Ainsi, à titre comparatif, les prix de respectivement CHF 34.– et CHF 54.– doivent être considérés (tableau ci-dessous, N° 2).

270. Le 1<sup>er</sup> mars 2008 également, UPC Cablecom a augmenté le débit du profil à CHF 45.– par mois à 5 Mbit/s Download et 0.5 Mbit/s Upload, de celui à CHF 60.– par mois à 6 Mbit/s Download et 0.6 Mbit/s Upload et de celui à CHF 65.– à 15 Mbit/s Download et 1.5 Mbit/s Upload (tableau ci-dessous, N° 2).<sup>124</sup>

271. Le 1<sup>er</sup> juillet 2008, SCS a réagi aux changements de structure tarifaire de Sunrise et de UPC Cablecom avec une augmentation du débit à 5 Mbit/s Download et 0.5 Mbit/s Upload pour son offre DSL Standard dont le prix est cependant resté inchangé à CHF 49.– par mois.

<sup>121</sup> Cf. en particulier JOSEPH FARRELL/PAUL KLEMPERER, Coordination and Lock-in: Competition with switching Costs and Network Effects, Handbook of industrial Organization, Volume 3, 2007, 1967-2070.

<sup>122</sup> OFCOM, Kosten der Breitbanddienste (DSL und Kabelmodem): Vergleich und Entwicklung – Resultate (2006-2007), novembre 2007, 3 (ci-après: Kosten der Breitbanddienste 2007).

<sup>123</sup> Une taxe de raccordement de CHF 25.50 doit être considérée pour les offres de UPC Cablecom.

<sup>124</sup> Communiqué de presse de UPC Cablecom du 12.2.2008, accessible à: [http://www.upc-cablecom.ch/b2c/about/media/media\\_archiv.htm](http://www.upc-cablecom.ch/b2c/about/media/media_archiv.htm) (consulté pour la dernière fois le 9.1.2012).

Elle a également lancé un nouveau profil à cette date dont les débits étaient de 1 Mbit/s Download et 0.1 Mbit/s Upload pour un prix de CHF 34.– par mois. Une partie des clients de SCS ont migré vers ce nouveau profil (tableau ci-dessous, N° 4).<sup>125</sup>

272. Le 1<sup>er</sup> décembre 2008, Sunrise a acheté Tele2 et a repris à cette occasion le profil proposé par Tele2 dont les débits étaient de 5 Mbit/s Download et 1 Mbit/s Upload pour un prix de CHF 44.– par mois. L'opérateur n'a par la suite pas prolongé cette offre (tableau ci-dessous, N° 6).

273. Début 2009, UPC Cablecom a lancé un nouveau profil dont les débits étaient de 10 Mbit/s Download et de 1 Mbit/s Upload pour un prix de CHF 49.– par mois. Une partie de ses clients sont alors passés du profil à CHF 45.– à ce nouveau profil, acceptant par là une augmentation de prix (tableau ci-dessous, N° 7).<sup>126</sup> Simultanément, UPC Cablecom a augmenté les débits de son profil à CHF 60.– par mois à 12 Mbit/s Download et 1.2 Mbit/s Upload.

274. Le 1<sup>er</sup> septembre 2009, UPC Cablecom a, d'une part, modifié le profil à CHF 60.– par mois pour lui assigner des débits de 20 Mbit/s Download et 1.2 Mbit/s Upload et, d'autre part, introduit un nouveau profil à CHF 59.– avec des débits de 10 Mbit/s Download et 5 Mbit/s Upload. Ce dernier profil n'a pas séduit les utilisateurs finaux et a été retiré du marché à la fin avril 2010 (tableau ci-dessous, N° 8). A la fin octobre 2009, UPC Cablecom a lancé des offres combinées reposant sur le concept que les utilisateurs finaux ne paient que deux des trois services – Internet, téléphonie et télévision – qu'ils se procurent auprès de UPC Cablecom (tableau ci-dessous, N° 9).<sup>127</sup>

275. Le 17 février 2010, Sunrise a lancé une nouvelle offre combinée à un prix de CHF 115.– par mois incluant une «flatrate» tant pour la téléphonie fixe que pour l'Internet. La nouvelle offre pouvait en outre être complétée par une option incluant la téléphonie mobile en mode flatrate également (tableau ci-dessous, N° 10).<sup>128</sup>

276. Le 1<sup>er</sup> mai 2010, UPC Cablecom a remplacé le profil à CHF 55.– par un profil à CHF 50.– comprenant des débits de 25 Mbit/s Download et 2 Mbit/s Upload. Elle a en outre introduit un nouveau profil à CHF 60.– avec des débits de 50 Mbit/s Download et 5 Mbit/s Upload (tableau ci-dessous, N° 11).<sup>129</sup>

277. Le 1<sup>er</sup> décembre 2010, UPC Cablecom a augmenté les débits de son profil à CHF 45.– à 10 Mbit/s Download et 1 Mbit/s Upload (tableau ci-dessous, N° 12).

<sup>125</sup> Communiqué de presse de SCS du 5.5.2008, accessible à: <http://www.swisscom.ch/de/ghq/media/mediareleases.html> consulté pour la dernière fois le 9.1.2012).

<sup>126</sup> Communiqué de presse de UPC Cablecom du 5.1.2009, accessible à: <http://www.swisscom.ch/de/ghq/media/mediareleases.html>. consulté pour la dernière fois le 9.1.2012).

<sup>127</sup> Communiqué de presse de UPC Cablecom du 26.10.2009, accessible à: [http://www.upc-cablecom.ch/b2c/about/media/media\\_archiv.htm](http://www.upc-cablecom.ch/b2c/about/media/media_archiv.htm) (consulté pour la dernière fois le 9.1.2012).

<sup>128</sup> Communiqué de presse de Sunrise du 17.2.2010, accessible à: [http://www1.sunrise.ch/Medienmitteilungen-cb5FbAqFI.u3EAAAEsz2wTZ33e-Sunrise-Info-Site-WFS-de\\_CH-CHF.html](http://www1.sunrise.ch/Medienmitteilungen-cb5FbAqFI.u3EAAAEsz2wTZ33e-Sunrise-Info-Site-WFS-de_CH-CHF.html) (consulté pour la dernière fois le 9.1.2012).

<sup>129</sup> Communiqué de presse de UPC Cablecom du 31.3.2010, accessible à: [http://www.upc-cablecom.ch/b2c/about/media/media\\_archiv.htm](http://www.upc-cablecom.ch/b2c/about/media/media_archiv.htm) (consulté pour la dernière fois le 9.1.2012).

N°	Date	Événement	Nombre de clients			
			Cablecom	Sunrise	SCS	Total
1	1.1.2008	Adaptation des débits Sunrise	[...]	[...]	[...]	[...]
2	1.3.2008	Changement structure tarifaire Sunrise; Adaptation des débits UPC Cablecom	[...]	[...]	[...]	[...]
3	1.5.2008	Nouveau profil Sunrise	[...]	[...]	[...]	[...]
4	1.7.2008	Adaptation des prix SCS	[...]	[...]	[...]	[...]
5	1.11.2008	Etat intermédiaire	[...]	[...]	[...]	[...]
6	1.12.2008	Sunrise achète Tele2	[...]	[...]	[...]	[...]
7	1.1.2009	Nouveau profil UPC Cablecom	[...]	[...]	[...]	[...]
8	1.9.2009	Nouveau profil et adaptation des débits UPC Cablecom	[...]	[...]	[...]	[...]
9	1.11.2009	Offres combinées UPC Cablecom	[...]	[...]	[...]	[...]
10	17.2.2010	Offre combinée Sunrise	[...]	[...]	[...]	[...]
11	1.5.2010	Adaptation des débits et des prix UPC Cablecom	[...]	[...]	[...]	[...]
12	1.12.2010	Augmentation des débits UPC Cablecom	[...]	[...]	[...]	[...]

Tableau 8: Chronologie des développements dans le segment des prix moyens

278. L'analyse des parts de marché montre que le marché se trouvait dans une phase de croissance jusqu'à janvier 2010 et qu'il stagne – voire recule légèrement – depuis ce moment. Dans le segment des prix moyens, SCS et Sunrise ont proposé des offres pendant longtemps à des prix comparables ou identiques. C'est seulement par le changement de la structure tarifaire opérée en mars 2008, lequel repose de manière prépondérante

sur l'introduction du dégroupage de la boucle locale, que Sunrise a pu différencier ses offres de celles de SCS. Le dégroupage de la boucle locale a par ailleurs induit l'arrivée d'offres combinées et permis d'éviter la facturation séparée du raccordement fixe. En réaction, SCS a alors également modifié sa structure tarifaire pour tenter de se soustraire de la pression concurrentielle de Sunrise, ou du moins de réduire son exposition à celle-ci.

[...]

Illustration graphique 4: Evolution des parts de marché depuis janvier 2006 dans le segment des prix moyens

279. Par ses offres combinées, Sunrise a exercé une pression concurrentielle sur UPC Cablecom. Celle-ci a

perdu presque 5 % de ses clients sur la période mai 2008 à septembre 2009, alors que le marché se trouvait

toujours dans sa phase de croissance. Ce n'est qu'en adaptant les prix et les débits qu'elle n'est parvenu à corriger ce trend négatif à son avantage, comme le montre l'illustration graphique ci-dessus.

#### *Segment des prix élevés*

280. Le segment des prix élevés commence à partir d'env. CHF 60.– par mois et comprend en particulier les offres dites Premium des opérateurs. La comparaison des abonnements à haut débit proposés n'est pas aisée dans la mesure où les offres se présentent en général sous la forme de bouquet – par exemple conjointement avec la télévision numérique, la téléphonie mobile ou d'autres services complémentaires.

281. En novembre 2007, SCS a baissé le prix de son profil à CHF 69.– par mois à CHF 59.– par mois et celui de son profil CHF 89.– à CHF 69.–, tout en augmentant les débits de ce dernier profil à 20 Mbit/s Download et 1 Mbit/s Upload (tableau ci-dessous, N° 1). En outre, les clients de SCS peuvent téléphoner sans limite sur le réseau fixe de Suisse.<sup>130</sup>

282. A ce moment, UPC Cablecom proposait un profil comprenant 10 Mbit/s Download et 1 Mbit/s Upload. En mars 2008, elle a réagi à l'augmentation des débits de SCS en augmentant les débits de son offre à 15 Mbit/s Download et 1,5 Mbit/s Upload. En outre, le profil Premium à CHF 75.– par mois a été amélioré pour présenter des débits de 25 Mbit/s Download et 2,5 Mbit/s Upload, alors que le profil à CHF 95.– par mois a été supprimé (tableau ci-dessous, N° 3).

283. En janvier 2008, Sunrise a déplacé tous ses clients finaux de ce segment de prix dans le segment des prix moyens et a cessé de proposer son profil à CHF 69.– (tableau ci-dessous, N° 2).

284. En septembre 2009, UPC Cablecom a lancé le profil «Fiber-Power». Dans un premier temps, compte tenu des priorités déterminées pour le passage à la technologie DOCSIS 3.0, cette offre n'était disponible que dans les régions de Zurich, Bern et Winterthur (tableau ci-dessous, N° 4). Le premier profil a été proposé à un prix de CHF 85.– par mois pour des débits de 50 Mbit/s Download et 5 Mbit/s Upload et le deuxième à CHF 95.– par mois pour des débits de 100 Mbit/s Download et 7 Mbit/s Upload.<sup>131</sup> Un mois plus tard, UPC Cablecom a lancé des offres combinées incluant Internet, la téléphonie fixe, la télévision numérique. En mai 2010, UPC Cablecom a baissé les prix des profils mentionnés respectivement à CHF 60.– et CHF 85.– (tableau ci-dessous, N° 6).

285. A la fin novembre 2009, SCS a lancé le produit «casa trio», offre combinant le profil Premium – 20 Mbit/s Download et 1 Mbit/s Upload – pour l'Internet avec le raccordement téléphonique et Swisscom TV. Ce bouquet permettait aux clients finaux d'obtenir un avantage de prix de CHF 12.25 par mois par rapport aux produits considérés séparément (tableau ci-dessous, N° 5).<sup>132</sup> Cette stratégie a permis à SCS de gagner des clients supplémentaires dans le segments des prix élevés, en dépit du fait que UPC Cablecom proposait déjà à cette période des débits significativement plus élevés que SCS.

286. En novembre 2010, SCS a lancé une offre combinée au prix de CHF 99.– comprenant Swisscom TV, Voice et Internet aux débits 10 Mbit/s Download et 1 Mbit/s Upload (tableau ci-dessous, N° 7).<sup>133</sup> La stratégie des offres combinées a été poursuivie par SCS sans interruption. En août 2011, SCS a proposé de nouvelles offres comprenant au-delà de la téléphonie fixe, de l'Internet et de Swisscom TV, la téléphonie mobile.

287. En avril 2011, UPC Cablecom a augmenté la bande passante pour la plupart de ces clients finaux. Les clients du profil aux débits 50 Mbit/s Download et 5 Mbit/s Upload ont été migrés sur le profil le plus performant – 100 Mbit/s Download et 7 Mbit/s Upload – dont le prix a été ajusté à CHF 75.–.

<sup>130</sup> Communiqué de presse de SCS du 1.2.2008, accessible à: [http://www.swisscom.ch/fr/ghq/media/mediareleases/2008/02/20080201\\_01\\_Schneller\\_Internetzugang.html](http://www.swisscom.ch/fr/ghq/media/mediareleases/2008/02/20080201_01_Schneller_Internetzugang.html) (consulté pour la dernière fois le 9.1.2012).

<sup>131</sup> Communiqué de presse de UPC Cablecom du 1.9.2009, accessible à: [http://www.upc-cablecom.ch/b2c/about/media/media\\_archiv.htm](http://www.upc-cablecom.ch/b2c/about/media/media_archiv.htm) (consulté pour la dernière fois le 9.1.2012).

<sup>132</sup> Communiqué de presse de SCS du 27.11.2009, accessible à: <http://www.swisscom.ch/de/ghq/media/mediareleases.html> (consulté pour la dernière fois le 9.1.2012).

<sup>133</sup> Communiqué de presse de SCS du 15.11.2010, accessible à: <http://www.swisscom.ch/de/ghq/media/mediareleases.html> (consulté pour la dernière fois le 9.1.2012).

N°	Date	Événement	Nombre de clients			
			Cablecom	Sunrise	SCS	Gesamt
1	1.11.2007	Adaptation des prix et des débits SCS et Sunrise	[...]	[...]	[...]	[...]
2	1.1.2008	Changement structure tarifaire Sunrise	[...]	[...]	[...]	[...]
3	1.3.2008	Augmentation des débits UPC Cablecom	[...]	[...]	[...]	[...]
4	1.9.2009	Nouveaux profils UPC Cablecom	[...]	[...]	[...]	[...]
5	1.12.2009	Offres combinées SCS	[...]	[...]	[...]	[...]
6	1.5.2010	Baisse des prix UPC Cablecom	[...]	[...]	[...]	[...]
7	1.11.2010	Nouvelles offres combinées SCS	[...]	[...]	[...]	[...]

Tableau 9: Chronologie des développements dans le segment des prix élevés

288. L'analyse de marché met plusieurs éléments en évidence. Le segment des prix élevés a été très volatile et, à plusieurs moments déterminés, certains utilisateurs finaux ont été prêts à dépenser plus pour obtenir de meilleurs débits. Cependant, l'analyse montre également que les clients de ce segment de prix ont continuellement migré vers des profils meilleurs marchés, en parti-

culier lorsque les débits des profils meilleurs marchés ont été augmentés. Les opérateurs ont alors souvent cessé de proposer les offres concernées et transféré les clients dans le segment des prix moyens pour permettre une nouvelle entrée dans le segment des prix élevés. Avec l'introduction du TAL, Sunrise a transféré tous ses clients finaux dans le segment des prix moyens.

[...]

Illustration graphique 5: Evolution des parts de marché depuis janvier 2006 dans le segment des prix élevés

289. L'analyse montre également que dans ce segment de prix, UPC Cablecom n'a pas exercé une pression concurrentielle significative. Certes, elle a pu gagner des utilisateurs finaux privés grâce à l'augmentation massive de ses débits parallèlement à une baisse des prix. L'augmentation du nombre de ses clients a cependant été inférieure à celle engrangée par SCS, si bien que la part de marché d'UPC Cablecom s'est réduite en dépit de l'augmentation du nombre de ses clients. Il convient

également de remarquer que la part de marché de SCS dans le segment des prix moyens a légèrement diminué, alors que celle dans le segment des prix élevé a massivement augmenté. Cette situation repose essentiellement sur le transfert de nombreux clients du segment moyen au segment élevé. La courbe montre que le moment décisif a été l'introduction des offres combinées en novembre 2009, comme le montre l'illustration graphique ci-dessous.

[...]

Illustration graphique 6: Nombre de clients dans le profil 20 Mbit/s Download et 1 Mbit/s Upload

#### Conclusion intermédiaire

290. Trois tendances peuvent être constatées. Premièrement, [...], Sunrise abandonnant les profils Premium depuis lors. Deuxièmement, tous les opérateurs ont été aux confins des limites technologiques pour leurs offres

Premium. Troisièmement, malgré respectivement des débits parfois significativement plus élevés et des prix plus bas, voire ces deux éléments conjointement, aucun opérateur n'est parvenu à gagner des parts de marché par rapport à SCS.

291. L'évolution des prix se démarque par une baisse des prix suite à l'introduction du TAL selon l'analyse annuelle 2008 menée par l'OFCOM sur les prix des services à haut débit (DSL et modem coaxial).<sup>134</sup> Par la suite, les prix ont stagné à nouveau, même s'il convient

de remarquer que l'analyse proposée ne considère pas les offres combinées et le potentiel d'économies en résultant, offres pourtant fortement demandées par les utilisateurs finaux.

	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Prix réels	179.38	156.27	156.58	109.01	109.01	109.18	109.74	105.60	99.92	100

Tableau 10: Développement de l'indice de coûts des services Internet à haut débit pour les utilisateurs finaux modérés (100 = 2010)<sup>135</sup>

292. Par rapport à la période de stagnation dans le domaine du haut débit caractérisée par une faible concurrence jusqu'à fin 2007, deux changements peuvent être relevés.<sup>136</sup> Premièrement, par le dégroupage de la boucle locale du réseau cuivré (TAL), une prestation préalable régulée est devenue disponible. Sunrise et VTX ont en particulier pu, grâce au TAL, mener une politique de prix très agressive dans le segment intermédiaire, laquelle a généré une nouvelle dynamique de concurrence dans l'Internet à haut débit.<sup>137</sup> Les deux opérateurs mentionnés ont déclaré qu'à quelques exceptions près, ils ont cessé d'investir dans le dégroupage.<sup>138</sup> Cet élément indique sans équivoque que dès que la demande des utilisateurs finaux ne pourra plus être couverte par le raccordement cuivré, l'effet concurrentiel disciplinant généré par le TAL sera caduc, ce qui se répercutera sur la dynamique de concurrence. Cette situation se produit déjà en partie actuellement en ce qui concerne les offres les plus performantes comprenant la télévision et plusieurs raccordements téléphoniques par exemple.<sup>139</sup> Sunrise est déjà en l'état limité par le TAL pour proposer des débits plus élevés. Selon l'OFCOM, Sunrise a certes une des offres les plus favorables pour les utilisateurs modérés (valeur d'index de 72.89), mais elle ne parvient pas à gagner des parts de marché dans le segment élevé.<sup>140</sup> De plus, elle ne peut pas suivre les augmentations de débits proposés par UPC Cablecom et SCS, ni ne peut proposer d'offres combinées actuellement.

293. Deuxièmement, un changement de la situation de concurrence est intervenu par la mise en place du standard DOCSIS 3.0 sur les téléseaux. Selon ses propres affirmations, UPC Cablecom a investi [...] jusqu'à début 2011 dans le développement de son réseau.<sup>141</sup> Ainsi, les câblo-opérateurs considèrent qu'ils disposent d'un réseau surpassant en principe le réseau cuivré de SCS – même en tenant compte de la combinaison VDSL-fibre optique.<sup>142</sup> Depuis septembre 2009, UPC Cablecom propose le produit «Fiber Power» basé sur la technologie DOCSIS 3.0.<sup>143</sup> Depuis lors, elle a significativement augmenté les débits à plusieurs reprises et lancé des offres combinées comprenant la télévision numérique et la téléphonie fixe – offres «Triple-play». Dans le dernier trimestre 2010, elle a une nouvelle fois augmenté les débits, alors que SCS a commercialisé l'offre Triple-play «Vivo Casa».

294. SCS et UPC Cablecom ont systématiquement réagi aux adaptations de prix et de débits. Avec la combinaison de son offre Premium, SCS est parvenue à se mettre à l'abri d'une certaine pression concurrentielle. La faculté de réagir sur le marché aux offres des concurrents et les coûts de changement élevés expliquent pourquoi, d'une part, la répartition des parts de marché n'a pas connu d'altérations massives et, d'autre part, pourquoi SCS a pu renforcer encore sa position dans le segment Premium. Alors que Sunrise et UPC Cablecom n'ont pu gagner des clients que de manière irrégulière, la croissance de SCS ne semble pas atteinte par des facteurs extérieurs.

[...]

Illustration graphique 7 : Evolution du nombre de clients sur le marché de l'Internet à haut débit pour les utilisateurs finaux privés depuis 2001

<sup>134</sup> Kosten der Breitbanddienste 2007 (n. 122), 5 s.

<sup>135</sup> Kosten der Breitbanddienste 2007 (n. 122), 7.

<sup>136</sup> Cf. DPC 2010/1, 134 s. N 124 s., *Preispolitik Swisscom ADSL*.

<sup>137</sup> Kosten der Breitbanddienste 2007 (n. 122), 4.

<sup>138</sup> Réponse de Sunrise du 3.6.2011, 7; Réponse de VTX du 22.6.2011, 4.

<sup>139</sup> Réponse de Sunrise du 3.6.2011, 12.

<sup>140</sup> Kosten der Breitbanddienste 2007 (n. 122), 7.

<sup>141</sup> Communiqué de presse de UPC Cablecom du 14.02.2011, accessible à: [http://www.upc-cablecom.ch/b2c/about/media/media\\_archiv.htm](http://www.upc-cablecom.ch/b2c/about/media/media_archiv.htm) (consulté pour la dernière fois le 9.1.2012).

<sup>142</sup> Réponse de UPC Cablecom du 8.6.2011, 2; cf. également réponse de SCS du 1.6.2011, 5.

<sup>143</sup> Communiqué de presse de UPC Cablecom du 1.9.2009, accessible à: [http://www.upc-cablecom.ch/b2c/about/media/media\\_archiv.htm](http://www.upc-cablecom.ch/b2c/about/media/media_archiv.htm) (consulté pour la dernière fois le 9.1.2012).



295. En l'état, il règne sur le marché pour l'Internet à haut débit dans le domaine des utilisateurs finaux privés une certaine concurrence, dans la mesure où UPC Cablecom peut opérer indépendamment de l'infrastructure de SCS et Sunrise peut proposer dans le segment intermédiaire des offres intéressantes basées sur le TAL. Cette situation a mené SCS à respectivement baissé ses prix et augmenté ses débits. Sunrise et UPC Cablecom ont transféré conformément à leur stratégie leurs clients dans des segments inférieurs. Elles n'ont cependant pas été en mesure d'exercer une pression concurrentielle sur SCS et de démarcher les clients finaux privés de SCS ou de gagner de nouveaux utilisateurs finaux. Ainsi, la tendance s'observant en Suisse est que l'opérateur historique gagne sans discontinuer des parts de marché, un développement qui diffère de ce qui s'observe de manière générale dans les autres pays européens.<sup>144</sup>

296. Le développement de la situation de concurrence à l'avenir est difficile à prédire. Lorsque le débit moyen requis ne pourra plus être fourni par le réseau cuivré, la pression concurrentielle des entreprises opérant sur la base de la prestation préalable régulée va cesser. La mesure dans laquelle UPC Cablecom grâce aux investissements consentis dans la technologie DOCSIS 3.0 sera apte à générer une pression concurrentielle sur SCS ne peut pas être établie à ce jour. Jusqu'à maintenant, UPC Cablecom n'a pas été capable de remettre en question la forte position de SCS, malgré un ratio débits/prix parfois nettement plus favorable que celui de SCS. Sur la base de ces observations, l'éventualité d'une pression concurrentielle effective de la part de UPC Cablecom sur le marché des utilisateurs finaux privés pour l'Internet à haut débit est sujette à caution. Le développement des marchés de l'Internet jusqu'à 2008 a dans tous les cas montré que cette pression peut faiblir à tout moment et que UPC Cablecom, étant donné les coûts de changement conséquents et faute de développements technologiques subséquents, pourrait devoir se contenter d'opérer dans le seul but de préserver ses clients.

#### **B.3.3.3.2 Interdépendances**

297. En sus de la pression concurrentielle provenant de forces présentes sur le marché relevant, une pression disciplinant le marché relevant pourrait être générée par des effets indirects résultant des marchés situés en aval. Ces effets indirects dépendent des interdépendances entre les différents échelons de marché et les pressions créées par les marchés voisins.<sup>145</sup> Dans le domaine de l'Internet à haut débit, plusieurs interdépendances doivent être considérées dans l'analyse.

298. Les relations suivantes peuvent être énumérées dans le domaine de l'Internet à haut débit:

---

<sup>144</sup> Evaluation Télécommunications 2010 (n. 56), 16 s.

<sup>145</sup> ROMAN Inderst/TOMMASO VALLETTI, A Tale of Two Constraints: Assessing Market Power in Wholesale Markets, 10 s., accessible à: [www.wiwi.uni-frankfurt.de/profs/inderst/Competition\\_Policy/A\\_Tale\\_of\\_two\\_Constraints\\_07.pdf](http://www.wiwi.uni-frankfurt.de/profs/inderst/Competition_Policy/A_Tale_of_two_Constraints_07.pdf) (consulté pour la dernière fois le 9.1.2012).

Marché	Relation	Marché
Marché de l'accès physique à l'infrastructure permettant une vitesse de transmission basée sur le cuivre	En amont de	Marché des utilisateurs finaux pour l'Internet à haut débit – utilisateurs privés
		(Marché des utilisateurs finaux pour l'Internet à haut débit – utilisateurs commerciaux)
		Marché Wholesale pour l'Internet à haut débit – clients privés
		(Marché Wholesale pour l'Internet à haut débit – clients commerciaux)
Marché de l'accès physique à l'infrastructure permettant une vitesse de transmission basée sur la fibre optique	En amont de	Marché des utilisateurs finaux pour l'Internet à haut débit – utilisateurs privés
		Marché des utilisateurs finaux pour l'Internet à haut débit – utilisateurs commerciaux
		Marché Wholesale pour l'Internet à haut débit – clients privés
		Marché Wholesale pour l'Internet à haut débit – clients commerciaux
Marché Wholesale pour l'Internet à haut débit – clients commerciaux	En amont de	Marché des utilisateurs finaux pour l'Internet à haut débit – utilisateurs commerciaux
Marché Wholesale pour l'Internet à haut débit – clients privés	En amont de	Marché des utilisateurs finaux pour l'Internet à haut débit – utilisateurs privés

Tableau 11: Vue d'ensemble des relations d'interdépendance entre les marchés

Graphiquement, les relations d'interdépendance entre les différents marchés peuvent être illustrée de la manière suivante:

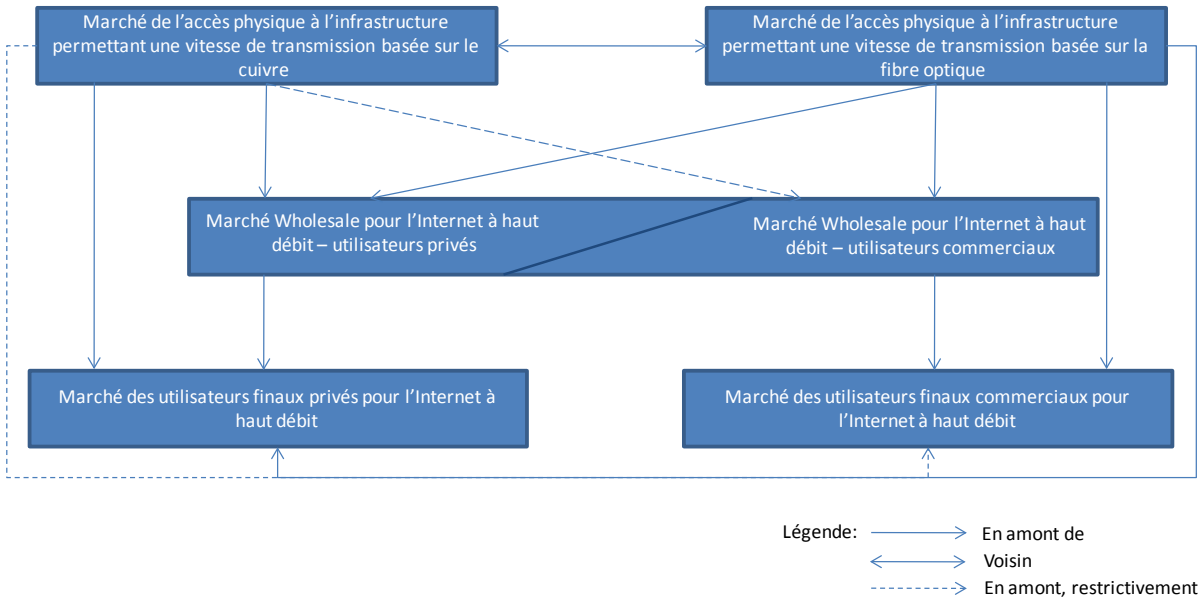


Illustration graphique 8: Vue d'ensemble des relations d'interdépendance entre les marchés

299. Il est nécessaire à ce stade de décrire l'articulation des marchés et le cadre dans lequel les effets indirects peuvent s'exercer.

**B.3.3.3.3 Effets du marché des utilisateurs finaux commerciaux pour l'Internet à haut débit sur les marchés Wholesale**

300. Plusieurs opérateurs sont actifs sur le marché des utilisateurs finaux commerciaux. Seule SCS opère de manière complètement intégrée sur ce marché. Tous les autres opérateurs actifs sur ce marché sont dépendants des prestations préalables proposées par SCS. Il résulte de cette situation que la concurrence entre SCS et les autres opérateurs sur ce marché est faible.<sup>146</sup> Quelques projets de grande envergure isolés, pour lesquels une ligne de fibre optique installée *ad hoc* serait rentable, donnent épisodiquement lieu à une certaine concurrence entre infrastructures.

301. Les partenaires commerciaux sont donc en principe dans l'obligation de recourir aux services de SCS, étant donné que plusieurs sites doivent être connectés entre eux. Partant, la pression concurrentielle des opérateurs est restreinte. Pour ces raisons, aucune pression concurrentielle ne provient du marché des utilisateurs finaux commerciaux sur les marchés situés en amont.

**B.3.3.3.4 Effets du marché des utilisateurs finaux privés pour l'Internet à haut débit sur les marchés Wholesale**

302. Les FST peuvent proposer des offres d'Internet à haut débit sur le marché des utilisateurs finaux privés sur la base des prestations préalables à disposition (marché en amont).

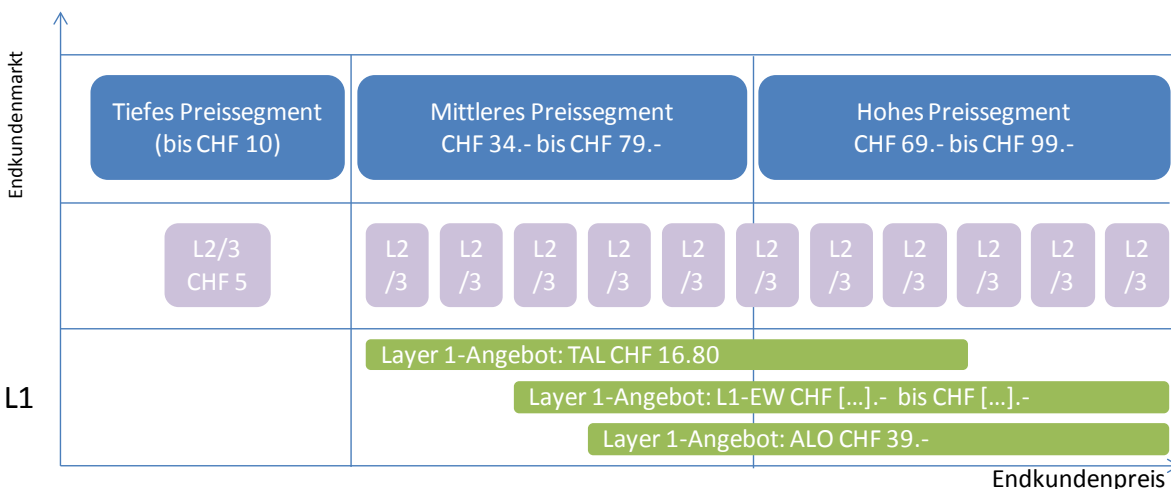


Illustration graphique 9: Articulation des différents échelons demarchés et Layers

<sup>146</sup> Cf. *supra* B.3.3.3.3.13.a, N. 247 s.

303. La marge de l'opérateur nécessaire pour couvrir ses frais et réaliser un gain varie selon la prestation préalable utilisée. La prestation utilisée en Layer 2 ou 3 est définie par l'entreprise offrant la prestation préalable. Cette entreprise peut ainsi déterminer les profils de prestations préalables et proposer, selon les vitesses Dow-

nload et Upload notamment, différents profils sur le marché.

304. SCS a, par exemple, proposé aux FST à partir du 1er janvier 2009, les profils suivants dans le domaine des utilisateurs privés.<sup>147</sup>

Download	Upload	Type <sup>148</sup>	Prix	Prix finaux Sunrise	Marge Sunrise
300	100	Shared	[...]	9.90	[...]
5000	500	Shared	[...]	49.–	[...]
5000	500	Naked	[...]	59.–	[...]

Tableau 12: Prix des offres en Layer 2 de SCS et marges de Sunrise sur la base de BBCS

305. Comme le montre le tableau ci-dessus, Sunrise peut réaliser sur la base des prestations préalables proposées par SCS des marges de respectivement CHF 21.– et CHF 22.– dans le segment intermédiaire – prix de Sunrise compris dans la fourchette CHF 49.– à CHF 59.–. Dans le segment des bas prix, la marge de Sunrise est limitée à CHF 4.90. Ainsi, les possibilités de Sunrise

d'exercer une pression concurrentielle dans le marché des utilisateurs finaux privés est limitée par les prix des prestations préalables.

306. En ce qui concerne le dégroupage, Sunrise a payé en 2011 CHF 15.50 par mois pour le TAL, ce qui lui permet de réaliser les marges suivantes:<sup>149</sup>

Download	Upload	Type <sup>150</sup>	Prix	Prix finaux Sunrise	Marge Sunrise
500	100	Naked	15.50	34.–	18.5
5000	500			59.–	43.5
15000	1000			79.–	63.5

Tableau 13: Prix des offres TAL et marges de Sunrise sur la base du TAL

307. L'utilisation du TAL présuppose que Sunrise a dégroupé les centrales de raccordement de SCS correspondantes. Avec un prix du TAL fixé à CHF 15.50,<sup>151</sup> Sunrise considère que le dégroupage d'une centrale de raccordement est rentable à partir [...].

308. Dans ces circonstances, se pose la question de savoir si la situation actuelle de concurrence sur le marché des utilisateurs finaux privés pour l'Internet à haut débit est suffisante pour exercer une pression concurrentielle sur le marché de l'accès à l'infrastructure physique avec une vitesse de transmission basée sur la fibre optique et sur les différents profils du marché Wholesale pour l'Internet à haut débit dans le domaine des utilisateurs privés ne pouvant pas être proposés par l'intermédiaire du réseau cuivré. L'efficacité de tels effets indirects dépend de l'intensité de la concurrence et de la différenciation de produits au niveau des utilisateurs finaux. Ces éléments sont déterminés par plusieurs fac-

teurs tels qu'en particulier les coûts de changement et les économies de gamme.

*Effets sur le marché Wholesale pour l'Internet à haut débit dans le domaine des utilisateurs privés*

309. Sur le marché Wholesale pour l'Internet à haut débit dans le domaine des clients privés sont proposé

<sup>147</sup> Price Manual Broadband Connectivity Service (BBCS), Version 1-2, valable dès le 1.5.2011.

<sup>148</sup> En cas d'utilisation de type Shared, le raccordement téléphonique est utilisé conjointement par SCS – pour la téléphonie – et par l'ISP correspondant – pour l'Internet. En cas d'utilisation de type Naked, l'ISP utilise le raccordement tant pour la téléphonie que pour l'Internet.

<sup>149</sup> Cf. Handbuch Preise: TAL (version 2-0 valable dès le 1.1.2011), accessible à: [http://www.swisscom.com/FxRes/NR/rdonlyres/635CC7CE-5910-4DAB-A2AD-E1376A090E5B/0/FAPRM\\_contr\\_Teilnehmer\\_anschlussleitung\\_V20.pdf](http://www.swisscom.com/FxRes/NR/rdonlyres/635CC7CE-5910-4DAB-A2AD-E1376A090E5B/0/FAPRM_contr_Teilnehmer_anschlussleitung_V20.pdf) (consulté pour la dernière fois le 9.1.2012).

<sup>150</sup> Cf. *supra* N 148.

<sup>151</sup> Cf. *supra* N 214.

plusieurs profils à des prix différents. Les entreprises peuvent ainsi opérer une stratégie de différenciation des prix. Par exemple, si une pression concurrentielle devait survenir dans un segment de prix du marché des utilisateurs finaux privés de l'Internet à haut débit, il serait possible de réagir en modifiant précisément le profil concerné sur le marché Wholesale, sans nécessité de modifier les prix des autres profils Wholesale. Etant donné que la différenciation de produits opérée au niveau Wholesale correspond dans les grandes lignes à celle qui est opérée au niveau des utilisateurs finaux privés, les entreprises proposant des prestations préalables Wholesale sont capables de modifier uniquement les profils concernés par la pression concurrentielle.

310. Ainsi, les partenaires de coopération sont en mesure de limiter aux profils concernés leur réaction à une éventuelle pression concurrentielle indirecte qui pourrait survenir du marché des utilisateurs finaux privés. Cette pression concurrentielle indirecte serait donc interceptée et n'aurait aucun effet sur les autres profils. Au surplus, il convient de constater que même sur les profils concernés, la pression concurrentielle indirecte ne pourrait être que restreinte en raison des coûts de changement importants caractérisant le marché des utilisateurs finaux privés.

*Effets sur le marché de l'accès physique à l'infrastructure permettant une vitesse de transmission basée sur la fibre optique*

311. A la différence du marché Wholesale pour l'Internet à haut débit dans le domaine des clients privés, aucune différenciation par l'intermédiaire de profils n'est possible sur le marché de l'accès physique à l'infrastructure permettant une vitesse de transmission basée sur la fibre optique. En ce qui concerne les débits faibles et moyens, les entreprises disposant d'un réseau peuvent intercepter en grande partie une éventuelle pression concurrentielle en proposant une offre en Layer 2. Il se peut qu'en procédant de la sorte, le coût des prestations préalables propres en Layer 1 soit plus élevé que le prix de l'offre en Layer 2, ce qui considéré isolément génère une transaction à perte. Cependant, une telle opération peut se révéler rentable et opportune si elle permet de préserver une marge plus importante sur les offres en Layer 1.

312. [...]

313. Ainsi, la pression concurrentielle indirecte provenant du marché des utilisateurs finaux peut être interceptée par la différenciation de produit au niveau des offres en Layer 2. L'éventuelle pression concurrentielle générée par les différentes infrastructures ne pourrait avoir un effet que très limité sur le marché relevant. Dans tous les cas, il ne peut pas être exclu que la situation de concurrence du marché des utilisateurs finaux privés pour l'Internet à haut débit n'ait pas un effet disciplinant indirect suffisant sur le marché relevant.

#### **B.3.3.3.4. Conclusion intermédiaire**

314. Les pressions concurrentielles externes et internes ainsi que les effets indirects ne permettent pas d'exclure que les clauses annoncées ne suppriment la concurrence sur le marché relevant.

#### **B.3.4 Affectation notable de la concurrence**

315. Même si – contrairement aux conclusions du présent rapport final – on parvenait à la conclusion que la présomption de suppression de la concurrence efficace pouvait être renversée, les clauses analysées ont le potentiel d'affecter notablement la concurrence efficace. En raison de la validité de la présomption, l'analyse de notabilité est effectuée de manière sommaire.

316. Le législateur a prévu que lorsque la présomption de suppression de concurrence peut être renversée, la question de l'affectation notable de la concurrence au sens de l'art. 5 al. 3 LCart en relation avec l'art. 5 al. 1 LCart doit être examinée. A ce titre, les clauses annoncées sont analysées à l'aune de critères qualitatif et quantitatif.<sup>152</sup>

317. L'examen des éléments qualitatifs commande une analyse des paramètres concernés par les clauses et de leur importance sur le plan concurrentiel.<sup>153</sup> Si des paramètres concurrentiels fondamentaux sont concernés, cela peut suffire pour conclure à une affectation notable de la concurrence par l'accord.<sup>154</sup> Lorsque l'examen selon l'art. 5 al. 3 LCart ne permet pas de renverser la présomption de suppression de la concurrence efficace et concerne un accord sur les prix, les quantités ou la répartition des marchés, l'examen qualitatif commandé par l'art. 5 al. 1 LCart mène généralement à la conclusion d'une atteinte qualitativement grave – «schwerwiegend».<sup>155</sup> Dans l'appréciation de l'élément quantitatif, la situation concurrentielle dans son ensemble est considérée.<sup>156</sup> L'appréciation des critères qualitatifs et quantitatifs est en principe effectuée au cas par cas dans une approche globale.

318. La communication du 28 juin 2010 concernant l'appréciation des accords verticaux (Communication sur les accords verticaux, CommVert) n'est pas directement applicable en l'espèce. Les clauses annoncées ne constituent en effet pas des accords verticaux au sens du chiffre 1 CommVert. Le cadre d'analyse défini dans la CommVert peut cependant servir d'orientation dans l'appréciation des critères qualitatif et quantitatif.<sup>157</sup> Concernant l'élément qualitatif, il convient d'analyser, d'une part, dans le marché concrètement en cause,<sup>158</sup> l'importance du paramètre concurrentiel affecté par la clause concernée et, d'autre part, l'ampleur de l'atteinte à ce paramètre.<sup>159</sup> L'appréciation du critère quantitatif se concentre sur la question de la portée de l'impact sur le marché concerné; en d'autres mots, elle focalise le «poids» de la clause examinée et des entreprises liées par cette clause sur le marché concerné (nombre, part de marché, chiffre d'affaires).<sup>160</sup>

<sup>152</sup> BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 7), art. 5 LCart N 173 ; ATF 129 II 18, 24 consid. 5.2.1 (= DPC 2002/4, 731), *Buchpreisbindung*.

<sup>153</sup> BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 7), art. 5 LCart N 174.

<sup>154</sup> BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 7), art. 5 LCart N 177.

<sup>155</sup> BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 7), art. 5 LCart N 192 s.

<sup>156</sup> BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 7), art. 5 LCart N 175.

<sup>157</sup> Notamment BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 7), art. 5 LCart N 189 ; ROGER ZÄCH, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2. Aufl., 2005, N 389.

<sup>158</sup> BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 7), art. 5 LCart N 187 ; ROLF H. WEBER, in: *Wettbewerbsrecht II Kommentar*, Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), 2011, ch. 6 CommVert N 1.

<sup>159</sup> Dans ce sens, concernant un accord sur un élément de coûts: DPC 2005/1, 241 N 19, *Klimarappen*.

<sup>160</sup> BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 7), art. 5 LCart N 230.

### B.3.4.1 Affectation de la concurrence par la clause de protection en matière d'investissement

319. Selon cette clause, le partenaire de coopération désavantagé par les conditions d'utilisation de l'IRU peut déclarer à son cocontractant [...].<sup>161</sup>

#### B.3.4.1.1. Élément qualitatif de la notabilité de la restriction à la concurrence

320. De manière générale, en ce qui concerne l'élément qualitatif de la restriction, il peut être renvoyé à l'analyse concluant à la suppression de la concurrence.<sup>162</sup> Succinctement, dans la mesure où la clause de protection en matière d'investissement permet à l'un des partenaires de coopération de déclencher un mécanisme ayant une influence directe sur le prix des offres de l'autre partenaire concernant l'accès physique à l'infrastructure permettant une vitesse de transmission basée sur la fibre optique, la clause examinée peut avoir une influence sur les prix, lesquels constituent un paramètre de concurrence essentiel dans le marché concerné.

321. Ainsi, qualitativement, la restriction à la concurrence générée par la clause de protection en matière d'investissement pourrait être qualifiée de grave.

#### B.3.4.1.2. Élément quantitatif de la notabilité de la restriction à la concurrence

322. Les partenaires de coopération réunissent ensemble sur le marché concerné une part de marché de 100 %. La clause de protection en matière d'investissement conclue par les partenaires de coopération produit des effets sur l'ensemble des participants au marché de l'accès physique à l'infrastructure permettant une vitesse de transmission basée sur la fibre optique. Ainsi, quantitativement, la restriction à la concurrence générée par la clause de protection en matière d'investissement pourrait être qualifiée de grave.

#### B.3.4.1.3. Conclusion intermédiaire

323. La clause de protection en matière d'investissement pourrait constituer tant sur les plans qualitatif que quantitatif une atteinte grave à la concurrence sur le marché de l'accès physique à l'infrastructure permettant une vitesse de transmission basée sur la fibre optique. La présente clause serait alors constitutive d'une affectation notable de la concurrence.

324. Durant la présente procédure, les partenaires de coopération ont convenu de supprimer la clause de protection en matière d'investissement.<sup>163</sup> Ce faisant, ils s'alignent sur les développements des coopérations FTTH à Bâle, Berne et Lucerne et tiennent ainsi compte des doutes sur la conformité cartellaire exposés par le Secrétariat durant la présente procédure et le rapport final du 5 septembre 2011.<sup>164</sup>

### B.3.4.2 Affectation de la concurrence par la clause par le mécanisme de répartition – niveau Drop

325. Le mécanisme de répartition prévu dans le contrat de coopération rend le paiement d'une indemnité compensatoire – [...] – dans le cas où le taux d'utilisation respectivement de [...] % pour SIG et [...] % pour SCS serait dépassé.<sup>165</sup> Par conséquent, le mécanisme de

répartition prévoit le versement d'une indemnité entre les partenaires générant plusieurs effets sur la concurrence. Les coûts générés par les IRU pourraient être plusieurs fois décomptés.<sup>166</sup>

#### B.3.4.2.1. Élément qualitatif de la notabilité de la restriction à la concurrence

326. De manière générale, en ce qui concerne l'élément qualitatif de la restriction, il peut être renvoyé à l'analyse concluant à la suppression de la concurrence.<sup>167</sup> Succinctement, dans la mesure où les partenaires de coopération se facturent à partir d'un degré d'utilisation prédéterminé des coûts dont ils ont déjà tenu compte dans le prix des IRU et qu'il faut s'attendre à ce que ces (sur-)coûts soient transférés aux clients, il convient de retenir l'hypothèse d'un accord indirect sur les prix, lesquels représentent un paramètre essentiel du marché.

327. Le mécanisme de répartition peut également générer une restriction des quantités produites lorsque les partenaires de coopération ne donneraient par exemple pas accès à une fibre optique à un tiers en raison du paiement de compensation qui en résulterait alors même que des fibres supplémentaires seraient disponibles. La clause du mécanisme de répartition au niveau du Drop constitue un accord pouvant restreindre les quantités, lesquelles représentent un paramètre essentiel dans ce marché.

328. Ainsi, qualitativement, la restriction à la concurrence générée par le mécanisme de répartition au niveau du Drop pourrait être qualifiée de grave.

#### B.3.4.2.2. Élément quantitatif de la notabilité de la restriction à la concurrence

329. Les partenaires de coopération réunissent ensemble sur le marché concerné une part de marché de 100 %. Le mécanisme de répartition au niveau du Drop conclu par les partenaires de coopération produit des effets sur l'ensemble des participants au marché de l'accès physique à l'infrastructure permettant une vitesse de transmission basée sur la fibre optique. En effet, en se basant sur les coûts de l'ensemble du réseau, les partenaires de coopérations influencent mutuellement leurs coûts. Certains de ceux-ci pourraient au surplus être facturés plusieurs fois et transférés aux clients. Dès qu'un certain seuil a été atteint dans le taux d'utilisation,

<sup>161</sup> Cf. *supra* B.3.1.2, N 62 s.

<sup>162</sup> Cf. *supra* B.3.2.1, N 84 s.

<sup>163</sup> Cf. courrier de SIG du 2.12.2011.

<sup>164</sup> Cf. *supra* A.5, N 37.

<sup>165</sup> Cf. *supra* B.3.1.4, N 72 s.

<sup>166</sup> Cf. *supra* B.3.2.2, N 91 s.

<sup>167</sup> Cf. *supra* B.3.2.2, N 91 s.

les partenaires de coopérations ont des incitations plus faibles à se concurrencer. De plus, le mécanisme de répartition limite les possibilités de profiter d'économies d'échelle, ce qui vient à introduire un plancher dans leur marge de manœuvre pour déterminer des prix. Simultanément, il peut avoir un effet d'augmentation des prix pour les clients, dans le sens où les partenaires de coopération pourraient transférés sur ceux-ci la charge des paiements de compensation prévus.

330. Ainsi, quantitativement, la restriction à la concurrence générée par le mécanisme de répartition au niveau du Drop pourrait être qualifiée de grave.

#### **B.3.4.2.3. Conclusion intermédiaire**

331. Le mécanisme de répartition au niveau du Drop pourrait constituer tant sur les plans qualitatif que quantitatif une atteinte grave à la concurrence sur le marché de l'accès physique à l'infrastructure permettant une vitesse de transmission basée sur la fibre optique. La présente clause serait alors constitutive d'une affectation notable de la concurrence. Dans une mesure certes atténuée, il en va de même pour les versions modifiées de la clause proposés durant la présente procédure.

#### **B.3.4.3 Affectation de la concurrence par la clause de répartition des revenus de la commercialisation des fibres de réserve de la colonne montante**

332. La clause de répartition In-house prévoit que les partenaires de coopération se partagent les revenus générés par les fibres optiques de réserve lorsqu'un seuil de [...] % de commercialisation a été atteint.<sup>168</sup> Dès ce moment, les partenaires de coopération agissent ainsi telle une unité économique et n'entrent plus en concurrence l'un avec l'autre.

#### **B.3.4.3.1. Élément qualitatif de la notabilité de la restriction à la concurrence**

333. De manière générale, en ce qui concerne l'élément qualitatif de la restriction, il peut être renvoyé à l'analyse concluant à la suppression de la concurrence.<sup>169</sup> Succinctement, dans la mesure où les partenaires de coopération interviennent comme une entreprise commune dès qu'un seuil est atteint dans la commercialisation, les prix et/ou les quantités sont susceptibles d'être affectés par la clause de répartition In-house. La clause de répartition In-house constitue un accord pouvant affecter les prix et/ou restreindre les quantités. Tant les prix que les quantités sont des paramètres essentiels de concurrence dans ce marché.

334. Ainsi, qualitativement, la restriction à la concurrence générée par le mécanisme de répartition au niveau In-house pourrait être qualifiée de grave.

#### **B.3.4.3.2. Élément quantitatif de la notabilité de la restriction à la concurrence**

335. Les partenaires de coopération réunissent sur le marché relevant une part de marché de 100 %. La répartition In-house annule la concurrence entre les partenaires de coopération dès qu'un seuil de commercialisation est atteint. Faute d'alternative, la restriction se répercute sur l'ensemble de la demande.

336. Ainsi, quantitativement, la restriction à la concurrence générée par le mécanisme de répartition au niveau du In-house pourrait être qualifiée de grave.

#### **B.3.4.3.3. Conclusion intermédiaire**

337. Le mécanisme de répartition au niveau In-house pourrait constituer tant sur les plans qualitatif que quantitatif une atteinte grave à la concurrence sur le marché de l'accès physique à l'infrastructure permettant une vitesse de transmission basée sur la fibre optique. La présente clause serait alors constitutive d'une affectation notable de la concurrence.

#### **B.3.5 Justification par des motifs d'efficacité économique**

338. Comme la présomption de la suppression de la concurrence efficace n'a pas pu être renversée, l'analyse des motifs d'efficacité économique est, à l'instar de celle de l'affectation notable de la concurrence, menée sous une forme sommaire dans cette enquête préalable découlant des art. 49a al. 3 let. a LCart et 19 OS-LCart. Les partenaires de coopération n'ont invoqué les motifs d'efficacité économique que de manière forfaitaire et sans motivation particulière.<sup>170</sup>

339. Selon l'art. 5 al. 2 LCart, un accord est réputé justifié par des motifs d'efficacité économique :

- a. lorsqu'il est nécessaire pour réduire les coûts de production ou de distribution, pour améliorer des produits ou des procédés de fabrication, pour promouvoir la recherche ou la diffusion de connaissances techniques ou professionnelles, ou pour exploiter plus rationnellement des ressources; et
- b. lorsque cet accord ne permettra en aucune façon aux entreprises concernées de supprimer une concurrence efficace.

340. Pour admettre un motif d'efficacité économique au sens de la Loi sur les cartels, trois conditions doivent ainsi être cumulativement réunies.<sup>171</sup> L'accord (1) renferme un des motifs d'efficacité énumérés par la loi, (2) est nécessaire pour générer l'efficacité visée et (3) ne permet en aucun cas aux entreprises de supprimer la concurrence efficace.

#### **B.3.5.1 Motifs d'efficacité économique**

341. Le législateur a défini de manière exhaustive les motifs d'efficacité économique pouvant être invoqués selon l'art. 5 al. 2 LCart.<sup>172</sup> Ce sont:

- la réduction des coûts de production ou de distribution;
- l'amélioration des produits ou des procédés de fabrication;

<sup>168</sup> Cf. *supra* B.3.1.3, N 66 s.

<sup>169</sup> Cf. *supra* B.3.2.3, N 106 s.

<sup>170</sup> Cf. annonce de SIG du 24.8.2010, 25 s., N 93 s. (répartition In-house), 31 s., N 116 s. (mécanisme de répartition au niveau Drop), annonce complémentaire de SIG du 10.01.2011, 6 (protection en matière d'investissement), annonce de SCS du 16.12.2010, 19 (uniquement en ce qui concerne la protection de l'investissement).

<sup>171</sup> BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 7), art. 5 LCart N 300.

<sup>172</sup> BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 7), art. 5 LCart N 304 f.

- la promotion de la recherche ou de la diffusion de connaissances techniques ou professionnelles et
- l'exploitation plus rationnelle des ressources.

342. Pour réduire les coûts de production ou de distribution, les petites entreprises peuvent coordonner l'exploitation de leurs facteurs de production et créer des structures de productions ou de coûts comparables à celles de plus grandes entreprises.<sup>173</sup> Tombent dans cette catégorie de motifs d'efficacité économique notamment les économies d'échelle – l'augmentation de la production permet de réduire le coût unitaire étant donné l'importance des coûts fixes – et de gamme – les synergies de fabrication de plusieurs biens permettent de réduire les coûts par rapport à la production séparée de ces biens.<sup>174</sup> En cas d'accord horizontal, le législateur fait explicitement référence à la réduction des coûts dans le cadre d'accords de coopération entre petites et moyennes entreprises.<sup>175</sup> La pratique a cependant étendu l'interprétation de ce motif d'efficacité.<sup>176</sup> Pour qu'une coopération soit considérée comme un motif d'efficacité économique, il s'agit de démontrer que celle-ci est apte à faire baisser les coûts de production ou de distribution.

343. L'amélioration des produits ou des procédés de fabrication comprend notamment l'élargissement de l'assortiment et l'amélioration de la qualité de certains produits.<sup>177</sup> L'amélioration du bilan écologique peut aussi entrer dans cette catégorie.<sup>178</sup>

344. Le motif d'efficacité économique de la promotion de la recherche et de la diffusion de connaissances techniques ou professionnelles peut être en principe invoqué lorsque l'accord concerné a un effet au sein de l'ensemble d'une branche – les connaissances techniques sont nivelés à la hausse pour tous les acteurs du marché.<sup>179</sup>

345. Les ressources visées par la quatrième catégorie de motifs d'efficacité – exploitation plus rationnelle des ressources – peuvent être de type financier, naturelles, humaines, etc.<sup>180</sup>

346. Selon SIG, la clause de protection en matière d'investissement est justifiée par l'irrationalité de la construction de deux réseaux en parallèles et indépendants de fibres optiques dans le canton de Genève.<sup>181</sup> SIG ne se prononce pas sur la question de savoir dans quelle catégorie de motifs d'efficacité économique tombe cette irrationalité économique. Selon SCS, cette clause permet une exploitation plus rationnelle des ressources.<sup>182</sup> A l'appui de son argument, elle se fonde sur le risque de discrimination résultant de l'absence d'une telle protection, sans se prononcer sur la relation entre l'exploitation plus rationnelle des ressources et le risque de discrimination, ni sur la mesure dans laquelle l'exploitation serait plus rationnelle grâce à la clause.

347. Concernant les autres clauses, SCS n'a pas explicitement invoqué de motifs d'efficacité économique dans son annonce. SIG considère que le mécanisme de répartition In-house peut être justifié par un motif d'efficacité économique dans le sens où il améliore les produits, incite les partenaires de coopération à construire rapidement et lui permet de s'assurer des revenus pour recouvrer son investissement.<sup>183</sup> En substance, elle considère que le mécanisme de répartition au niveau

Drop peut être justifié pour les mêmes motifs et ajoute qu'il permet de minimiser le risque commercial.<sup>184</sup>

348. Les partenaires de coopération n'ont pas étayé les motifs d'efficacité économique avancés, pour peu que de tels motifs aient été invoqués. Dans la mesure où la possibilité de suppression de la concurrence subsiste,<sup>185</sup> la question des motifs d'efficacité économique peut dans tous les cas rester ouverte.

### B.3.5.2 Proportionnalité

349. Cas échéant, il conviendrait d'examiner ensuite si l'accord est nécessaire pour générer l'efficacité visée.<sup>186</sup> L'analyse est menée de manière comparable à l'examen de proportionnalité en cas de restriction de droits fondamentaux.<sup>187</sup> Dans ce sens, l'accord doit réaliser les trois conditions suivantes:

- a. L'accord doit être apte à atteindre l'un des buts visés par la loi.<sup>188</sup>
- b. Pour atteindre ce but, l'accord doit être nécessaire. En d'autres mots, il ne doit pas y avoir de moyen tout aussi apte à générer l'efficacité visée tout en affectant de manière moindre la concurrence que le moyen prévu par la clause.<sup>189</sup>
- c. L'accord ne doit pas créer une disproportion crasse entre l'affectation de la concurrence due à la clause et le but d'efficacité visé.<sup>190</sup>

350. En l'espèce, sans qu'il soit nécessaire d'entrer plus avant sur l'examen de la proportionnalité, il convient de remarquer deux éléments. D'abord, étant donné la densité de population à Genève, un réseau de fibres optiques peut en principe être construit et exploité de façon rentable. Cette observation ressort également du fait qu'à Genève, comme à Zurich par exemple, c'est plus une construction parallèle de plusieurs infrastructures par SCS et SIG qui a menacé d'avoir lieu qu'une absence de déploiement.

<sup>173</sup> BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 7), art. 5 LCart N 306.

<sup>174</sup> BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 7), art. 5 LCart N 307-308; PHILIPPE GUGLER/PHILIPP ZURKINDEN, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (éd.), 2002, Art. 5 LCart N 108.

<sup>175</sup> Message du 23 novembre 1994 concernant la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la LCart, 555.

<sup>176</sup> BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 7), art. 5 LCart N 310.

<sup>177</sup> CR PHILIPPE GUGLER/PHILIPP ZURKINDEN (n. 174), Art. 5 LCart N 105.

<sup>178</sup> BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 7), art. 5 LCart N 316.

<sup>179</sup> BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 7), art. 5 LCart N 322.

<sup>180</sup> BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 7), art. 5 LCart N 327.

<sup>181</sup> Annonce complémentaire de SIG du 10.1.2011, 6.

<sup>182</sup> Annonce de SCS du 16.12.2010, 19.

<sup>183</sup> Annonce de SIG du 24.8.2010, 25, N 93 s.

<sup>184</sup> Annonce de SIG du 24.8.2010, 31, N 116 s.

<sup>185</sup> Cf. *infra* B.3.5.3, N 352 s.

<sup>186</sup> BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 7), art. 5 LCart N 332.

<sup>187</sup> BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 7), art. 5 LCart N 334.

<sup>188</sup> BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 7), art. 5 LCart N 336.

<sup>189</sup> BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 7), art. 5 LCart N 342.

<sup>190</sup> BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 7), art. 5 LCart N 355.

<sup>191</sup> Annonce de SIG du 24.08.2010, 21, N 75 s.



351. Ensuite, les partenaires de coopération ont justifié les coûts additionnels dus au déploiement d'un modèle à quatre fibres par rapport à un modèle reposant sur une fibre unique par le gain de concurrence en résultant.<sup>191</sup> Etant donné que les clauses annoncées concernent exclusivement l'exploitation du réseau – et non sa construction –, on peut s'interroger si ces clauses sont nécessaires pour permettre une construction en commun de l'infrastructure de fibres optiques. Malgré les doutes émis par le Secrétariat, les partenaires de coopération ont poursuivi la construction en commun des réseaux dans les régions concernées.

### B.3.5.3 Possibilité de supprimer la concurrence efficace

352. Selon la lettre de l'art. 5 al. 2 LCart, des motifs d'efficacité économique ne peuvent être invoqués que si l'accord ne permettra en aucune façon aux entreprises concernées de supprimer une concurrence efficace.<sup>192</sup> L'examen de la possibilité de supprimer la concurrence se fonde sur la perspective des parties l'accord et n'est ainsi pas directement lié à l'accord en tant que tel. L'élément central est ainsi le comportement subjectif des parties à l'accord.<sup>193</sup> Dans la mesure où le législateur a disposé que la possibilité de suppression de la concurrence efficace ne devait subsister dans aucune mesure, il a placé très haute la barre pour une justification d'un accord affectant notablement la concurrence.<sup>194</sup> Même si la possibilité que les parties à l'accord suppriment la concurrence efficace semble réduite, l'autorité ou le juge doit déclarer cet accord comme illicite. La doctrine n'est cependant pas unanime. HOFFET défend une autre opinion. Selon cet auteur, une telle possibilité éloignée ne devrait pas suffire. Il conviendrait bien plus d'admettre qu'une probabilité importante de suppression potentielle de la concurrence efficace constitue l'aune pour une justification.<sup>195</sup>

353. L'analyse des clauses annoncées a montré qu'en ce qui concerne la protection en matière d'investissement et les mécanismes de répartition aux niveaux Drop et In-house la suppression de la concurrence serait présumée.<sup>196</sup> Elle a montré en sus qu'une suppression de la concurrence efficace sur le marché de l'accès physique à l'infrastructure permettant une vitesse de transmission basée sur la fibre optique par les clauses annoncées ne pouvait pas être exclue.<sup>197</sup>

354. En outre, la coopération s'étendant à l'exploitation, il ne peut être exclu que des possibilités supplémentaires soient à disposition des partenaires de coopération pour supprimer la concurrence dans la commercialisation (au sens large) du réseau de fibres optiques. A Genève en particulier, dans la mesure où les propriétaires de SIG détiennent également une participation importante dans le câblo-opérateur local – Naxoo –, des interrogations sérieuses sont de mise en ce qui concerne le développement de la concurrence à plusieurs échelons dans la branche.

355. Les partenaires de coopération construisent en commun un réseau de plusieurs fibres optiques dans le but de garantir une concurrence efficace. Il s'agit de la justification du déploiement du modèle à quatre fibres. Indépendamment du nombre de fibres tirées, le contrôle de l'infrastructure reste entre les mains des (deux) par-

tenaires de coopération. Une concurrence efficace ne peut dans ces conditions avoir lieu qu'entre les participants au marché disposant d'un accès à l'infrastructure jusqu'à l'utilisateur final. Tant que les partenaires de coopération se mettent d'accord sur des paramètres de l'exploitation, c'est-à-dire de la commercialisation de l'infrastructure de fibres optiques, il subsiste une possibilité –réelle et non pas éloignée – de suppression de la concurrence.

### B.3.5.4 Conclusion intermédiaire

356. En l'espèce, il ne peut pas être exclu que la possibilité de supprimer la concurrence efficace par la coopération subsiste (art. 5 al. 2 let. b LCart). De plus, il n'est pas évident que des motifs d'efficacité économique satisfaisant aux exigences légales puissent permettre de justifier les clauses annoncées (art. 5 al. 2 let. a LCart).

### B.3.6 Résultat

357. En cas de mise en œuvre des clauses annoncées, il ne peut être exclu que la concurrence efficace soit supprimée dans le marché de l'accès physique à l'infrastructure permettant une vitesse de transmission basée sur la fibre optique.

## C Résultat

Sur la base de l'analyse qui précède, le Secrétariat de la Commission de la concurrence constate les éléments suivants:

1. Les clauses annoncées du mécanisme de répartition des revenus de la commercialisation des fibres de réserve de la colonne montante (In-house) et du mécanisme de répartition au niveau Drop, ainsi que les variantes de ces clauses proposées par les partenaires de coopération durant l'enquête préalable, pourraient mener à une suppression de la concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 3 LCart en relation avec l'art. 5 al. 1 LCart.
2. Les partenaires de coopération ont supprimé la clause annoncée de protection en matière d'investissement, qui aurait pu mener à une suppression de la concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 3 LCart en relation avec l'art. 5 al. 1 LCart.
3. La clause annoncée du droit de préemption pourrait mener à une affectation notable de la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart.
4. Le risque de sanction pour les clauses annoncées mentionnées sous chiffre 1 des conclusions et pour les clauses non annoncées est maintenu.

<sup>192</sup> BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 7), art. 5 LCart N 358.

<sup>193</sup> BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 7), art. 5 LCart N 360.

<sup>194</sup> BSK-KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 7), art. 5 LCart N 361.

<sup>195</sup> FRANZ HOFFET in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 5 LCart N 105.

<sup>196</sup> Cf. *supra* B.3.2., N 80 s.

<sup>197</sup> Cf. *supra* B.3.3.3.4, N 314.

B 1	<b>4. Beratungen Conseils Consulenze</b>
B 1.4	<b>3. Rabattdifferenzierung bei Lieferungen in die Schweiz</b>

*Beratung betreffend Rabattdifferenzierung bei Lieferungen in die Schweiz*

**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.

Der Klient der Gesuchstellerin ist ein im EU-Raum ansässiges Grosshandelsunternehmen (nachfolgend: das Grosshandelsunternehmen) für eine bestimmte Warengruppe. Es kauft die Handelsware bei den Herstellern auf eigene Rechnung, um sie an seine Kunden weiter zu vertreiben. Die Kunden des Grosshandelsunternehmens sind einerseits Einzelhändler und andererseits teilweise andere Grosshändler, welche mit den Handelswaren wiederum den Einzelhandel beliefern.

Das Grosshandelsunternehmen beliefert mit diesen Handelswaren hauptsächlich Abnehmer in verschiedenen EU-Ländern, zusätzlich jedoch auch Händler in der Schweiz. Das Grosshandelsunternehmen ist keine vertraglichen Vereinbarungen eingegangen, welche es in seinen Absatztätigkeiten auf bestimmte geographische Gebiete beschränken.

Die heute bestehende Stärke des Schweizer Frankens gegenüber dem Euro hat dazu geführt, dass das Grosshandelsunternehmen vermehrt mit Anfragen von anderen Grosshändlern oder Einzelhändlern aus der Schweiz für Lieferungen in die Schweiz konfrontiert wird. Die Bezugsbedingungen für den Schweizer Gross- oder Einzelhandel sind bei einem Direktbezug von gewissen Herstellern schlechter als bei einem indirekten Bezug über das Grosshandelsunternehmen.

Das Preisniveau für die fragliche Handelsware ist in der Schweiz grundsätzlich höher als in denjenigen EU-Ländern, welche vom Grosshandelsunternehmen in erster Linie beliefert werden. Das Grosshandelsunternehmen sieht sich nun mit Forderungen von bestimmten Herstellern konfrontiert, welche von ihm Folgendes mit Nachdruck verlangen:

- a. Das Grosshandelsunternehmen soll einen höheren Einkaufspreis auf der Grosshandelsstufe durch eine entsprechende Rabattdifferenzierung bezahlen in Abhängigkeit davon, ob die Handelsprodukte im Einzelhandel in der Schweiz oder im Einzelhandel in der EU angeboten werden sollen. Als Basis für den Rabatt soll dabei das in der

Schweiz geltende höhere Preisniveau auf der Grundlage empfohlener Endverkaufspreise, welche von den Herstellern festgelegt werden, gelten. Diese Rabattpolitik führt dazu, dass der Einstandspreis des Grosshandelsunternehmens höher ist, sobald es das Handelsprodukt an einen Händler in die Schweiz weiterverkauft. Die Leistungen des Herstellers gegenüber dem Grosshandelsunternehmen unterscheiden sich bei einem Weiterverkauf in die Schweiz nicht von denjenigen bei einem Weiterverkauf an einen Händler in der EU.

- b. Das Grosshandelsunternehmen hat die Hersteller zu Abrechnungszwecken darüber zu informieren, ob die von ihm bezogene Handelsware in die Schweiz weiter verkauft wird.

**II. Beurteilung**

Im Rahmen der vorliegenden Beratung ist zu beurteilen, ob die unter den Ziffern a. und b. formulierten Forderungen der Hersteller gegenüber dem Grosshandelsunternehmen ohne Verletzung des Schweizer Kartellgesetzes durchgesetzt werden können. Dies ist aus folgenden Gründen zu verneinen:

Bei Umsetzung der genannten Forderungen hat das Grosshandelsunternehmen zwar immer noch die Möglichkeit, Händler in der Schweiz zu beliefern. Eine direkte Behinderung von Parallelexporten in die Schweiz findet somit nicht statt. Allerdings macht die beschriebene Rabattpolitik den Parallelhandel des Grosshandelsunternehmens unattraktiv und behindert damit auf indirektem Weg Passivverkäufe in die Schweiz. Laut Ziff. 10 Abs. 2 der Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 28. Juni 2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, Vert-Bek) umfasst Art. 5 Abs. 4 KG auch Abreden, welche indirekt zu einem absoluten Gebietschutz führen. Somit wird der Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG durch die Forderungen der Hersteller erfüllt, sofern das Grosshandelsunternehmen diese akzeptiert. In der Folge wären sowohl die fraglichen Hersteller wie auch das Grosshandelsunternehmen einer möglichen Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG ausgesetzt.

Weiter kann die Vorgabe, wonach das Grosshandelsunternehmen die Hersteller darüber zu informieren hat, wohin es seine Ware verkauft, der Behinderung von Parallelhandel förderlich sein. Im Entscheid Gaba (RPW 2010/1, 80 Rz 130) führte die Wettbewerbskommission (WEKO) in einem ähnlichen Zusammenhang aus, dass die Pflicht, den Hersteller bei Exporten in ein bestimmtes Gebiet zu informieren, dem Hersteller die Möglichkeit

gibt, auf die Exporte Einfluss zu nehmen und dadurch ein faktisches Verbot des Passivverkaufs durchzusetzen. Mit anderen Worten erachtete die WEKO eine solche Informationspflicht als grundsätzlich geeignet, Parallelimporte zu behindern, wobei die Informationspflicht für sich allein genommen noch keine Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG begründen kann. Hierzu bedarf es weiterer Hinweise für einen absoluten Gebietsschutz.

Erfüllt eine Vereinbarung den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG, ist sie nur in jenen Fällen unzulässig und sanktionsbedroht, in welchen sie den wirksamen Wettbewerb beseitigt oder erheblich beeinträchtigt und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) gerechtfertigt werden kann. Eine abschliessende Würdigung der angesprochenen Forderungen der Hersteller lässt sich basierend auf den verfügbaren Informationen nicht vornehmen.

Allerdings bleibt darauf hinzuweisen, dass Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG qualitativ schwerwiegende Abreden darstellen (Ziff. 12 Abs. 2 VertBek). Solche Abreden können den Wettbewerb trotz quantitativ geringfügiger Auswirkungen erheblich beeinträchtigen (Ziff. 12 Abs. 1 VertBek). Hinsichtlich des quantitativen Elements der Erheblichkeit kann im vorliegenden Fall festgehalten werden, dass durch die geplante Rabattdifferenzierung Preisdifferenzen zum Ausland entweder erst entstehen oder vergrössert werden. Dies dürfte in der Schweiz tendenziell zu höheren Preisen oder geringeren Preisreduktionen führen verglichen mit einem Szenario ohne Rabattdifferenzierung. Sofern die fraglichen Hersteller zudem wohl bekannte Marken mit nicht zu vernachlässigenden Marktanteilen produzieren, könnte bei einer Umsetzung der geplanten Rabattdifferenzierung gemäss

der bisherigen Praxis der WEKO durchaus eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung vorliegen (vgl. RPW 2010/1, 103 ff. Rz 301 ff., *Gaba*; *Verfügung Nikon*, Rz 487 ff. und *Verfügung BMW*, Rz 288 ff., abrufbar unter [www.weko.ch](http://www.weko.ch)). Darüber hinaus sind a priori keine Gründe der wirtschaftlichen Effizienz ersichtlich.

Zusammenfassend erachtet das Sekretariat die geschilderten Forderungen der Hersteller als wettbewerbsrechtlich problematisch und potenziell sanktionsbedroht.

Der Vollständigkeit halber wird darauf hingewiesen, dass die geplante Rabattdifferenzierung zum einen auch den Tatbestand einer Abrede zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindestpreise erfüllen könnte (Art. 5 Abs. 4 KG). Mit anderen Worten ist denkbar, dass eine Vereinbarung betreffend einen höheren Einstandspreis bei Lieferungen in die Schweiz indirekt zu einer Vorgabe eines Mindestpreises führt. Zum anderen könnte die geplante Rabattdifferenzierung auch in den Bereich von Art. 5 Abs. 3 KG fallen, sofern die Rabattdifferenzierung Resultat einer Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweise zwischen Konkurrenten wäre. Anhaltspunkt hierfür ist, dass mehrere Hersteller eine identische oder zumindest ähnliche Rabattdifferenzierung planen.

Diese beiden möglichen Tatbestände werden an dieser Stelle nicht weiter erörtert, da eine gebietsabschottende Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG basierend auf den vorliegenden Informationen zum einen naheliegender erscheint im Vergleich zu einer Abrede über Mindestpreise und zum anderen das Grosshandelsunternehmen direkt betrifft im Gegensatz zu einer Abrede zwischen Konkurrenten (Art. 5 Abs. 3 KG).

B 1	<b>5. BGBM</b> LMI LMI
B 1.5	<b>1. Die Niederlassungsfreiheit für juristische Personen am Beispiel einer Zahnarztpraxis / La liberté d'établissement pour les personnes morales à l'exemple d'une clinique de soins médicaux dentaires</b>

*Publikation einer Verfügung, die in Anwendung des Binnenmarktgesetzes ergangen ist (Art. 10a Abs. 2 BGBM), mit Erläuterungen von Dr. Nicolas Diebold und Gaël Schaffter, Kompetenzzentrum Binnenmarkt, Sekretariat der Wettbewerbskommission*

*Publication d'une décision rendue en application de la Loi sur le marché intérieur (art. 10a al. 2 LMI) avec les commentaires de Dr Nicolas Diebold et Gaël Schaffter, Centre de compétence LMI, Secrétariat de la Commission de la concurrence*

#### 1. Erläuterungen / Commentaires

1. Die Gesellschaft A. AG betreibt eine Zahnarztpraxis im Kanton St. Gallen in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft und verfügt über eine st. gallische Betriebsbewilligung als medizinisches Institut. Zur Begründung einer neuen Niederlassung im Kanton Zürich ersuchte die A. AG beim Kantonsärztlichen Dienst des Kantons Zürich gestützt auf das Binnenmarktgesetz (BGBM; SR 943.02) um Erteilung einer Bewilligung zum Betrieb einer Zahnarztpraxis in Form einer juristischen Person. Im Gesundheitsrecht des Kantons Zürich war nach Auffassung des Kantonsärztlichen Dienstes im Unterschied zum Kanton St. Gallen nicht vorgesehen, dass Zahnärzte eine Praxis als juristische Person führen können.

2. Die Bestimmung nach Art. 2 Abs. 1 BGBM verleiht den Personen im Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes einen individual-rechtlichen Anspruch auf freien Marktzugang (MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, OFK-Wettbewerbsrecht II, BGBM 2 N1). In Konkretisierung des Anspruchs auf freien Marktzugang im Sinne von Art. 2 Abs. 1 BGBM statuieren Abs. 3 und 4 das Herkunftsprinzip. Das Herkunftsprinzip gilt sowohl für die vorübergehende Wirtschaftstätigkeit über Binnengrenzen hinaus als auch für die Begründung einer (Zweit-)Niederlassung (zum Herkunftsprinzip BGE Urteil 2C\_57/2011 vom 3. Mai 2011 [Marktzugang für Sanitärinstallateure]; Urteil 2C\_844/2008 vom 15. Mai 2009 [Marktzugang für komplementärmedizinische Therapeuten]; BGE 135 II 12 [Marktzugang für Psychotherapeuten]; aus der Literatur z.B. NICOLAS DIEBOLD, Das Herkunftsprinzip im Binnenmarktgesetz zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, ZBI 111/2010, 129 ff., 142 ff.);

- *Dienstleistungsfreiheit.* Gemäss Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 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. Massgebend sind dabei die Vorschriften des Kantons oder der Gemeinde der Niederlassung des Anbieters.

- *Niederlassungsfreiheit.* Nach Art. 2 Abs. 4 BGBM hat jede Person, die eine Tätigkeit rechtmässig ausübt, das Recht, sich zwecks Ausübung dieser Tätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz niederzulassen und diese Tätigkeit nach den Vorschriften des Orts der Erstniederlassung auszuüben. Dies gilt auch dann, wenn die Tätigkeit am Ort der Erstniederlassung aufgegeben wird.

3. Das Recht auf freien Marktzugang nach Massgabe der Herkunftsvorschriften gilt nicht absolut. Die Behörde des Bestimmungsorts kann den Marktzugang für ortsfremde Anbieter mittels Auflagen oder Bedingungen einschränken. Dafür muss die zuständige Behörde in einem ersten Schritt prüfen, ob die generell-abstrakten Marktzugangsregeln und die darauf beruhende Praxis des Herkunftsorts eines ortsfremden Anbieters einen gleichwertigen Schutz der öffentlichen Interessen vorsehen, wie die Vorschriften des Bestimmungsorts. Diesbezüglich gilt die Gleichwertigkeitsvermutung gemäss Art. 2 Abs. 5 BGBM. Ist die Gleichwertigkeitsvermutung in einem konkreten Fall nicht widerlegt, muss dem ortsfremden Anbieter ohne weiteres Marktzugang gewährt werden (BGE 135 II 12 E. 2.4).

4. Marktzugangsbeschränkungen sind nur in der Form von Auflagen oder Bedingungen zulässig, sofern die Vorschriften des Herkunftsorts in einem konkreten Fall einen wesentlich tieferen Schutz der öffentlichen Interessen vorsehen als die Vorschriften des Bestimmungsorts (Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung) und 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 Marktzugangsschranken zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen (Art. 3 Abs. 3 BGBM) und Marktzugangsverweigerungen (Art. 3 Abs. 1 BGBM).

5. Das Herkunftsprinzip gemäss Art. 2 Abs. 1-4 BGBM erfasst nicht nur Marktzugangsvorschriften im eigentlichen Sinne (z.B. Bewilligungsvoraussetzungen), sondern auch Vorschriften über die Modalitäten der Ausübung einer Erwerbstätigkeit. So richtet sich beispielsweise die Befugnis eines ortsfremden Rechtsanwalts zur Anstellung und Ausbildung von Rechtspraktikanten nach den Vorschriften des Herkunftsorts des Rechtsanwalts (BGE 134 II 329 E. 6). Entsprechend erfasst das Herkunftsprinzip auch Vorschriften über die Organisationsform einer Erwerbstätigkeit. Die A. AG verfügt somit gestützt auf Art. 2 Abs. 4 BGBM über einen Anspruch, im Kanton Zürich eine Zahnarztklinik nach den st. gallischen Vorschriften in der Form einer juristischen Person zu betreiben.

6. Im vorliegenden Fall erteilte der Kantonsärztliche Dienst des Kantons Zürich der A. AG gestützt auf Art. 2 Abs. 4 BGBM eine Bewilligung zum Betrieb eines medizinischen Instituts nach den Herkunftsvorschriften (Art. 51 Abs. 1 des Gesundheitsgesetzes des Kantons St. Gallen). Diese Bewilligung wurde aber gestützt auf Art. 3 Abs. 1 BGBM mit verschiedenen Auflagen verbunden. Die A. AG wurde verpflichtet sicherzustellen, dass ihr Personal mindestens fünf zahnmedizinische Fachbereiche sowie drei akademische Behandlungsbereiche und einen nichtakademischen Bereich abdeckt.

7. Die Wettbewerbskommission setzte gegen diese Bewilligung ihr Beschwerderecht nach Art. 9 Abs. 2<sup>bis</sup> BGBM ein, mit der Begründung, dass der Kantonsärztliche Dienst die Gleichwertigkeitsvermutung nach Art. 2 Abs. 5 BGBM missachtet habe und die Auflagen nicht im Einklang mit den Voraussetzungen gemäss Art. 3 Abs. 1 BGBM stünden.

8. Noch während Hängigkeit der Beschwerde der Wettbewerbskommission urteilte das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich in einem anderen Fall, dass gemäss zürcherischem Gesundheitsrecht nicht ausgeschlossen sei, eine urologische Praxis als ambulante ärztliche Institution in der Form einer juristischen Person zu begründen (Urteil VB.2011.00413 vom 22. September 2011). Damit wurde die Ärzte-AG im Kanton Zürich zulässig, weshalb der Kantonsärztliche Dienst die Betriebsbewilligung der A. AG in Wiedererwägung zog und mit Verfügung vom 21. Februar 2012 eine neue Bewilligung erteilte. Die nachfolgend gestützt auf Art. 10a Abs. 2 BGBM publizierte neue Bewilligung stützt sich nach wie vor auf das Binnenmarktgesetz und die st. gallischen Vorschriften, verzichtet jedoch auf die umstrittenen Auflagen.

\* \* \*

1. La société saint-galloise A. AG exploite un réseau de centres médicaux dentaires sous la forme d'une société anonyme et dispose pour ce faire d'une autorisation d'exploitation en tant qu'institut médical. A l'occasion de la fondation d'une nouvelle succursale dans le canton de Zurich, A. AG a requis du Service du médecin cantonal, sur la base de la Loi sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02), une autorisation d'exploiter une clinique de soins médicaux dentaires sous la forme d'une société anonyme. Toutefois, selon l'interprétation du Service du médecin cantonal, la loi sur la santé publique zurichoise, à l'inverse de celle du canton de St-Gall, ne prévoyait

pas la possibilité d'exploiter un cabinet dentaire sous la forme d'une personne morale.

2. L'article 2 al. 1 LMI accorde aux personnes entrant dans le champ d'application de la Loi sur le marché intérieur un droit individuel au libre accès au marché (MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, Kommentar zum Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in: MATTHIAS OESCH/ROLF H. WEBER/ROGER ZÄCH (Eds), Kommentar Wettbewerbsrecht, Band II, Zurich 2011, art. 2 N1). Le principe du lieu de provenance institué par les alinéas 3 et 4 de l'article 2 LMI concrétise ainsi le droit au libre accès au marché de l'alinéa 1er. Le principe du lieu de provenance vaut tant pour les activités économiques intercantionales que pour la constitution d'un (deuxième) établissement (au sujet du principe du lieu de provenance, cf. arrêt du TF 2C\_57/2011 du 3 mai 2011 [accès au marché des installateurs sanitaires]; arrêt du TF 2C\_844/2008 du 15 mai 2009 [accès au marché des thérapeutes de la médecine complémentaire]; ATF 135 II 12 [accès au marché des psychothérapeutes]; dans la littérature, par exemple: NICOLAS DIEBOLD, Das Herkunftsprinzip im Binnenmarktgesetz zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, ZBl 111/2010, 129 ss, 142 ss):

- *La liberté de prestation de services*: selon l'art. 2 al. 1 en lien avec l'al. 3 LMI, toute personne a le droit d'offrir des marchandises, des services et des prestations de travail sur tout le territoire suisse pour autant que l'exercice de l'activité lucrative en question soit licite dans le canton ou la commune où elle a son siège ou son établissement. Les prescriptions du canton ou de la commune où l'offreur a son siège ou son établissement y sont applicables.
- *La liberté d'établissement*: Selon l'art. 2 al. 4 LMI toute personne exerçant une activité lucrative légale est autorisée à s'établir sur tout le territoire suisse afin d'exercer cette activité conformément aux dispositions en vigueur au lieu du premier établissement. Il en va de même en cas d'abandon de l'activité au lieu du premier établissement.

3. Le droit au libre accès au marché selon les prescriptions du lieu de provenance n'est pas absolu. L'autorité du lieu de destination peut restreindre l'accès au marché par le biais de charge ou de conditions. Pour ce faire, l'autorité compétente doit dans un premier temps vérifier si les règles générales et abstraites d'accès au marché et la pratique y relative du lieu de provenance d'un offreur externe offrent une protection équivalente des intérêts publics à celles du lieu de destination. Dans ce cadre, l'art. 2 al. 5 LMI présume l'équivalence des prescriptions. Si dans un cas concret la présomption d'équivalence n'est pas renversée, alors l'accès au marché doit être accordé sans autre à l'offreur externe (ATF 135 II 12, cons. 2.4).

4. Les restrictions d'accès au marché ne sont admissibles que sous la forme de charges ou de conditions pour autant que, dans un cas concret, les prescriptions du lieu de provenance offrent un niveau de protection notablement inférieur à celui qu'offrent les dispositions du lieu de destination (réfutation de la présomption

d'équivalence) et pour autant que les restrictions (a) s'appliquent de la même manière 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). En tous les cas, les barrières déguisées à l'accès au marché destinées à favoriser les intérêts économiques locaux (art. 3 al. 3 LMI) ou les refus d'accès au marché (art. 3 al. 1 LMI) sont inadmissibles.

5. Le principe du lieu de provenance selon l'art. 2 al. 1 à 4 LMI ne concernent pas uniquement les prescriptions d'accès au marché au sens étroit (par ex.: les conditions d'autorisation), mais aussi les prescriptions sur les modalités d'exercice d'une activité lucrative. Ainsi, par exemple, la possibilité pour un avocat qui a obtenu son brevet dans un autre canton d'engager et de former un avocat-stagiaire est régie par les prescriptions de cet autre canton (ATF 134 II 329, cons. 6). En conséquence, le principe du lieu de provenance comprend également des prescriptions sur l'organisation d'une activité lucrative. Ainsi, sur la base de l'art. 2 al. 4 LMI, A. AG dispose d'un droit d'exploiter dans le canton de Zurich une clinique de soins dentaires sous la forme d'une personne morale en application des prescriptions du canton de St-Gall.

6. Dans le cas présent, le Service du médecin cantonal du canton de Zurich a délivré à A. AG une autorisation d'exploiter une clinique de soins médicaux dentaires sur la base de l'art. 2 al. 4 LMI et du droit du lieu de provenance (art. 51 al. 1 Gesundheitsgesetz du canton de St-Gall). Mais cette décision prévoyait différentes charges, basées sur l'art. 3 al. 1 LMI. A. AG devait notamment assurer que son personnel fournisse des prestations dans au moins cinq domaines spécialisés de médecine dentaire, trois domaines académiques et un non-académique.

7. La Commission de la concurrence a fait usage du droit de recours que lui accorde l'art. 9 al. 2<sup>bis</sup> LMI contre cette décision, au motif que le Service du médecin cantonal n'avait pas tenu compte de la présomption d'équivalence de l'art. 2 al. 5 LMI et que les charges n'étaient pas conformes aux conditions imposées par l'art. 3 al. 1 LMI.

8. Alors que le recours de la Commission de la concurrence était pendant, le Tribunal administratif du canton de Zurich a jugé, dans une autre affaire, que la loi de santé publique zurichoise n'excluait pas l'exploitation d'un cabinet d'urologie ambulatoire sous la forme d'une personne morale (Jugement VB.2011.00413 du 22 septembre 2011). Les sociétés anonymes exploitant un cabinet médical étant admises, le Service du médecin cantonal a reconsidéré la décision d'exploitation de A. AG et, par décision du 21 février 2012, lui a octroyé une nouvelle autorisation d'exploiter. La décision reproduite ci-dessous, publiée en application de l'art. 10a al. 2 LMI, se base comme auparavant sur la Loi sur le marché intérieur et le droit saint-gallois, mais ne prévoit plus les charges initialement contestées.

## 2. Verfügung des Kantonsärztlichen Dienstes des Kantons Zürich vom 21. Februar 2012

„Betriebsbewilligung (Nach Binnenmarktrecht und St. Galler Recht)

Der Kantonszahnärztliche Dienst verfügt nach Einsicht in die neue Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich (VB.2011.00413, Urteil vom 22. September 2011) und das Wiedererwägungsgesuch der A. AG vom 8. Dezember 2011 gestützt auf Art. 2 Abs. 4 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM), Art. 51 des st. gallischen Gesundheitsgesetzes (GesG-SG) sowie Art. 22 Abs. 2, Art. 23 Abs. 2 und Art. 24 der st. gallischen Verordnung über den Betrieb privater Einrichtungen der Gesundheitspflege (VEG-SG):

- I. Die der A. AG, [...] am 8. Juli 2010 mit Auflagen erteilte Bewilligung zum Betrieb der Einrichtung [im Kanton Zürich] wird aufgehoben.
- II. A. AG wird wiedererwägungsweise gestützt auf das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 22. September 2011 (VB.2011.00413) eine neue Bewilligung zum Betrieb der Einrichtung [im Kanton Zürich] ohne Auflagen erteilt. Zahnärztlicher Leiter ist B. \_\_\_\_\_ mit Berufsausübungsbewilligung als selbstständiger Zahnarzt des Kantons Zürich.
- III. Die Einrichtung, die zahnärztliche Leiterin / der zahnärztliche Leiter sowie die Mitarbeiter unterstehen vollumfänglich den Bestimmungen der st. gallischen Gesundheitsgesetzgebung. Es wird insbesondere auf folgende Bestimmungen hingewiesen:

Mitteilungspflicht: Die Einrichtung teilt Änderungen in den Voraussetzungen, unter denen die Bewilligung erteilt wurde, der Vollzugsbehörde vor deren Eintreten unaufgefordert schriftlich mit. Die Mitteilungspflicht umfasst insbesondere die Betriebsaufgabe, den Wechsel des Standorts, Änderungen im Leistungsangebot sowie Änderungen von Bezeichnung, Organisation und Leitung der Einrichtung (Art. 9 VEG-SG). Die Mitarbeiter der Einrichtung teilen der Vollzugsbehörde die Aufnahme, Verlegung und Aufgabe der beruflichen Tätigkeit innert 30 Tagen nach deren Eintritt mit (Art. 10 der Verordnung über die medizinischen Berufe (VMB-SG)).

Auskündigung: Auskündigungen der Einrichtung sowie der Zahnärztinnen und Zahnärzte einschliesslich der Verwendung akademischer Titel weisen keinen rechtswidrigen Inhalt auf, sind nicht aufdringlich und geben zu keinen Täuschungen Anlass (Art. 10 VEG-SG, Art. 12 VMB-SG). Die Einrichtung ist berechtigt, gegen aussen unter ihrem Namen aufzutreten, ohne dass die in der Einrichtung tätigen Zahnärztinnen und Zahnärzte namentlich erwähnt werden müssen.

Krankengeschichten: Die Einrichtung ist in Bezug auf die Krankengeschichten aufbewahrungspflichtig. Die Verantwortung für den Umgang mit den Krankengeschichten liegt bei der

- 
- zahnärztlichen Leiterin / dem zahnärztlichen Leiter.
- IV. Die Bewilligung ist befristet bis 20. Februar 2022 (Art. 8 VEG-SG). Sie wird auf entsprechendes Gesuch hin erneuert, sofern die Bewilligungsvoraussetzungen fortbestehen. Das Gesuch ist rechtzeitig vor Bewilligungsablauf zu stellen.
- V. Für diese Bewilligung wird der A. AG keine Gebühr auferlegt.
- VI. [Rechtsmittelbelehrung]
- VII. [Mitteilung]
- Kantonszahnärztlicher Dienst“
-

B 1.5

## 2. Interkantonaler Marktzugang für fachlich selbständige Rettungssanitäter

*Publikation von Verfügungen, die in Anwendung des Binnenmarktgesetzes ergangen sind (Art. 10a Abs. 2 BGBM), mit Anmerkungen von Dr. Nicolas Diebold, Leiter Kompetenzzentrum Binnenmarkt, Sekretariat der Wettbewerbskommission*

### 1 Ausgangslage

1. A. \_\_\_\_ absolvierte von Juni 2006 bis Mai 2009 die Ausbildung zum diplomierten Rettungssanitäter HF. Am 25. Mai 2009 erteilte das Schweizerische Rote Kreuz dem Verfügungsadressaten das Diplom Rettungssanitäter HF; dieser Titel gilt gestützt auf Art. 75 der Verordnung über die Berufsbildung (BBV; SR 412.101) als eidgenössisch.

2. A. \_\_\_\_ arbeitet seit dem 1. Juni 2006 beim Rettungsdienst X. \_\_\_\_\_. Vom 1. Juni 2006 bis 31. Mai 2009 war er als Rettungssanitäter in Ausbildung tätig, vom 1. Juni 2009 bis heute als Rettungssanitäter HF. A. \_\_\_\_ beabsichtigte, per Sommer 2012 als selbstständiger Rettungssanitäter tätig zu werden und beantragte zu diesem Zweck im Kanton Luzern eine Bewilligung zur fachlich selbstständigen Ausübung des Berufes eines Rettungssanitäters.

3. Mit Verfügung vom 12. September 2011 erteilte die Dienststelle des Kantons Luzern A. \_\_\_\_ die Bewilligung zur fachlich selbstständigen Ausübung des Berufes eines Rettungssanitäters. Die Bewilligung wurde in Anwendung von § 16 Absatz 1a und b des Gesundheitsgesetzes Luzern (SRL Nr. 800) und der §§ 11 Abs. 1 Bst. n und § 42 der luzernischen Verordnung über die anderen bewilligungspflichtigen Berufe im Gesundheitswesen und über die bewilligungspflichtigen Betriebe mit solchen Berufsleuten (SRL Nr. 806) erteilt. Die Bewilligung berechtigt A. \_\_\_\_ gemäss § 43 der Verordnung dazu (a) unter Aufsicht und Verantwortung eines Arztes oder einer Ärztin an Notfallpatientinnen und -patienten präklinische nichtärztliche und ärztlich delegierte Rettungsmassnahmen durchzuführen, und (b) im Rahmen der Berufsausübung diejenigen Arzneimittel anzuwenden, die von der Dienststelle Gesundheit bezeichnet werden.

4. A. \_\_\_\_ möchte seine Dienstleistung nicht nur im Kanton Luzern, sondern grundsätzlich schweizweit anbieten können. Die Regelung über den Zugang zum Beruf als Rettungssanitäter wie auch die Ausübung dieses Berufes liegt in der Kompetenz der Kantone. Mit der Schaffung des eidgenössisch anerkannten und geschützten Titels „dipl. Rettungssanitäter/Rettungssanitäterin HF“ haben die Kantone ihre fachlichen Bewilligungsvoraussetzungen auf diese Ausbildung ausgerichtet und so indirekt harmonisiert. Wie der nachfolgende Auszug aus der kantonalen Praxis unter Titel 2 sowie die diesbezüglichen Anmerkungen unter Titel 3 aber zeigen, können sich Marktzugangsbeschränkungen insbesondere auch aus den kantonalen Vorschriften über die Modalitäten der Berufsausübung ergeben.

5. Gestützt auf die luzernische Bewilligung und das Binnenmarktgesetz (BGBM; SR 943.02) beantragte A. \_\_\_\_ in verschiedenen Kantonen eine Bewilligung zur fachlich selbstständigen Ausübung des Berufes eines Rettungssanitäters. Im Kanton Graubünden setzte die Wettbewerbskommission ihr Beschwerderecht gemäss Art. 9 Abs. 2bis BGBM ein, wobei die Beschwerde nach Erlass einer binnenmarktrechtskonformen Verfügung durch die Vorinstanz als gegenstandlos abgeschrieben werden konnte.

6. Zur Illustration der kantonalen Praxis über die Anwendung des Binnenmarktgesetzes werden nachfolgend unter Titel 2 gestützt auf Art. 10a Abs. 2 BGBM die Entscheide der Kantone Appenzell I. Rh., Obwalden, Thurgau, Zug, Zürich, Solothurn, Nidwalden, Basellandschaft, Appenzell A. Rh. und Graubünden veröffentlicht. Im Rahmen der Gliederung wird unterschieden, ob der Bestimmungskanton die fachlich selbstständige Berufsausübung kennt (2.1) oder nicht; ist die Tätigkeit am Bestimmungskanton nicht vorgesehen, wird weiter unterschieden, ob die Tätigkeit bewilligungsfrei ausgeübt werden kann (2.2) oder ob eine Bewilligungspflicht besteht (2.3). Unter Titel 3 nachfolgend wird erläutert, inwiefern gewisse dieser Verfügungen nicht im Einklang mit dem Binnenmarktgesetz stehen.

### 2 Kantonale Entscheide

#### 2.1 Fachlich selbstständige Berufsausübung als Rettungssanitäter vorgesehen

##### Entscheid des Kantons Appenzell Innerrhoden

Gesundheits- und Sozialdepartement

Departementsvorsteherin

[...]

Appenzell, 14. Mai 2012

Bewilligung zur selbstständigen Berufsausübung als Rettungssanitäter im Kanton Appenzell Innerrhoden / Verfügung

##### 1. Bewilligung

A. \_\_\_\_, wohnhaft [...], verfügt über eine zum aktuellen Zeitpunkt uneingeschränkt gültige Zulassung des Kantons Luzern vom 12.09.2011 als dipl. Rettungssanitäter HF.

Es wird hiermit gestützt auf Art. 4 Bst. f und Art. 9 des Gesundheitsgesetzes vom 26. April 1998 (GS AI 800.000) sowie Art. 2 Abs. 4 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM; SR 943.02) festgestellt, dass diese Bewilligung des Kantons Luzern als selbstständig tätiger Rettungssanitäter vorbehältlich nachstehender Einschränkungen auch im Kanton Appenzell Innerrhoden Gültigkeit hat.



2. Bewilligungseinschränkungen / Auflagen
  - 2.1. Gemäss Art. 2 Abs. 4 BGBM darf die Tätigkeit nach den Vorschriften des Ortes der Erstniederlassung, also gemäss der entsprechenden luzernischen Rechtsetzung ausgeübt werden.
  - 2.2. Zudem kann der Bestimmungskanton gestützt auf Art. 3 Abs. 1 und 3 BGBM zusätzliche Einschränkungen machen, die auch für ortsansässige Personen gelten und zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich sowie verhältnismässig sind. Unter Beachtung dieser Voraussetzungen ist die für den Kanton Appenzell Innerrhoden geltende Definition der Tätigkeit des Rettungssanitäters (geregelt in Art. 29 des Standeskommissionsbeschlusses betreffend die Ausübung der anderen Berufe des Gesundheitswesens vom 27. Juni 2000 (GS AI 811.002); im Folgenden "StKB" genannt) ebenfalls einzuhalten.
  - 2.3. Es ist eine Haftpflichtversicherung mit angemessener Deckung abzuschliessen (vgl. Art. 6 Abs. 1 Bst. d StKB). Eine Kopie der entsprechenden Versicherungspolice liegt dem Gesundheits- und Sozialdepartement (Gesundheitsamt) vor.
  - 2.4. Jede Änderung einer für die Erteilung der Bewilligung massgebenden Tatsache sowie wesentliche Änderungen der betrieblichen Einrichtungen sind dem Gesundheits- und Sozialdepartement (Gesundheitsamt) vom Bewilligungsinhaber umgehend zu melden.

### 3. Berufspflichten

In Bezug auf die den Bewilligungsinhaber obliegenden Pflichten wird auf die Bestimmungen des Gesundheitsgesetzes des Kantons Appenzell Innerrhoden (GS AI 800.000; siehe insbesondere Art. 15) und die gestützt darauf erlassenen Verordnungen und Beschlüsse verwiesen (siehe insbesondere Art. 9 bis 12 sowie Art. 29 StKB).

### 4. Kosten

Diese Verfügung ist gestützt auf Art. 3 Abs. 4 BGBM kostenlos.

### 5. [Rechtsmittelbelehrung]

[...]

### Entscheid des Kantons Obwalden

Finanzdepartement FD

Gesundheitsamt GA

[...]

Sarnen, 1. Mai 2012

Bewilligung für die selbständige Berufsausübung als Rettungssanitäter:

[...]

Sehr geehrter Herr A. \_\_\_\_\_

Wir beziehen uns auf Ihr Bewilligungsgesuch für die selbstständige Tätigkeit als Rettungssanitäter im Kanton

Obwalden. Sie verfügen bereits über eine entsprechende Bewilligung des Kantons Luzern.

Eine Ihrer Dienstleistungen ist die selbstständige Arbeit für Rettungsdienst als freier Mitarbeiter. Daneben betreuen Sie Patienten an Events und VIP-Gäste beispielsweise an Managementerklassen, Messen, Kongressen etc.

Sie verstehen sich dabei nicht als Konkurrent zu den Samaritern oder örtlichen Rettungsdiensten, sondern vielmehr als ein professioneller Partner. Bei Bedarf ziehen Sie entsprechende Fachkräfte hinzu und überbrücken die Zeit, bis der örtliche Rettungsdienst den Patienten übernimmt.

Sie haben keine Praxis im Kanton Obwalden, denn Sie gestalten Ihre Einsätze sehr flexibel. Material und technisches Equipment bewirtschaften Sie an Ihrem Stützpunkt im Kanton Luzern.

### Erwägungen:

Ist eine Gesundheitsfachperson bereits Inhaberin einer Berufsausübungsbewilligung eines anderen Kantons, wird die Bewilligung nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt anerkannt.

### Beschluss:

1. A. \_\_\_\_\_ erhält gestützt auf das Binnenmarktgesetz eine Bewilligung für die selbständige Berufsausübung als Rettungssanitäter auf dem Gebiet des Kantons Obwalden.
2. Auflagen und Bedingungen:
  - a. Gemäss Art. 33 der Verordnung über Berufe der Gesundheitspflege vom 24. Oktober 1991 dürfen diagnostische und therapeutische Einrichtungen nur nach Anordnung eines Arztes ausgeführt werden.
  - b. Gemäss Art. 5 der Verordnung über Berufe der Gesundheitspflege vom 24. Oktober 1991 ist jede Tatsache, welche für die Berufsausübungsbewilligung von Belang ist, dem zuständigen Departement zu melden.

### 3. [Zustellung]

[Unterschrift]

### Entscheid des Kantons Thurgau

Departement für Finanzen und Soziales

Frauenfeld, 11. Mai 2012

Entscheid

[...]

Bewilligung zur selbständigen Berufsausübung als Rettungssanitäter an A. \_\_\_\_\_ im Kanton Thurgau

1. Mit Schreiben vom 29. April 2012 ersucht A. \_\_\_\_\_ das Departement für Finanzen und Soziales (DFS) um Erteilung der Bewilligung zur selbständigen Berufsausübung als Rettungssanitäter zu einem Beschäftigungsgrad von 100 % als „Freelancer“ im Kanton Thurgau.

2. Gemäss § 9 Abs. 1 Ziff. 4 des Gesundheitsgesetzes (GG) vom 5. Juni 1985 ist das DFS zuständig für die Erteilung und den Entzug gesundheitspolizeilicher Bewilligungen.
3. Nach § 16 Abs. 1 GG darf einen Beruf des Gesundheitswesens nur ausüben, wer über genügende Fachkenntnisse verfügt, einen guten Leumund geniesst und nicht unter schwerwiegenden gesundheitlichen Störungen leidet, welche eine einwandfreie Berufsausübung verunmöglichen. Gemäss § 62 der Verordnung des Regierungsrates über Berufe des Gesundheitswesens erhält eine Bewilligung als Rettungssanitäter oder Rettungssanitäterin, wer über ein Diplom des Interverbandes für Rettungswesen oder des Schweizerischen Roten Kreuzes verfügt und hauptberuflich als Rettungssanitäter oder Rettungssanitäterin tätig ist. Gemäss § 63 dürfen Rettungssanitäter und Rettungssanitäterinnen nur unter Aufsicht und Verantwortung eines Arztes oder einer Ärztin Notfallpatienten und Notfallpatientinnen beurteilen und die präklinischen nichtärztlichen und ärztlich delegierten Rettungsmassnahmen durchführen.
4. A. \_\_\_\_\_, der hauptberuflich als Rettungssanitäter tätig ist, verfügt über ein Diplom als Rettungssanitäter HF des Schweizerischen Roten Kreuzes, ausgestellt in Nottwil am 25. Mai 2009. Zudem ist er bereits im Besitz einer Bewilligung zur selbstständigen Berufsausübung als Rettungssanitär im Kanton Luzern, ausgestellt in Luzern am 12. September 2011. Der Auszug aus dem Zentralstrafregister vom 25. April 2012 weist keine Eintragungen auf, und A. \_\_\_\_\_ hat eine Erklärung abgegeben, dass im gegenwärtigen Zeitpunkt keine Strafverfahren gegen ihn hängig sind. Des Weiteren liegt eine Bestätigung vor, wonach er nicht unter schwerwiegenden gesundheitlichen Störungen leidet, welche eine einwandfreie Berufsausübung verunmöglichen. Die bisherige berufliche Tätigkeit hat zu keinen Beanstandungen Anlass gegeben. Die Bewilligung kann somit erteilt werden.
5. Aufgrund von Art. 3 Abs. 4 BGBM sowie unter Berücksichtigung von BGE 125 II 406 hat die um Bewilligung ersuchende Person beim Vorliegen eines Fähigkeitsausweises eines Kantons Anspruch darauf, dass ihre Zulassung in einem andern Kanton in einem einfachen, raschen und kostenlosen Verfahren geprüft wird. Im erwähnten Bundesgerichtsentscheid wird ausgeführt, diese Vorschrift des BGBM garantiere ein kostenloses Verfahren, gegebenenfalls in Abweichung von kantonalen Vorschriften über die Erhebung von Verwaltungsgebühren. Da der Gesuchsteller in casu über eine Zulassung im Kanton Luzern verfügt, wird auf die Erhebung einer Gebühr verzichtet.
3. [recte: 2.] Es werden keine Verfahrensgebühren erhoben.
3. Mitteilung an : [...]  
[...]  
[Rechtmittelbelehrung]
- Entscheid des Kantons Zug**
- Gesundheitsdirektion  
[...]  
Berufsausübungsbewilligung  
Sehr geehrter Herr A. \_\_\_\_\_
- Wir beziehen uns auf Ihr Gesuch mit Eingang vom 1. Mai 2012 um Erteilung der Berufsausübungsbewilligung als Rettungssanitäter. Die Prüfung Ihrer Unterlagen hat ergeben, dass Sie die persönlichen und fachlichen Voraussetzungen dazu erfüllen, zumal Sie bereits über eine Berufsausübungsbewilligung des Kantons Luzern verfügen, ausgestellt am 12. September 2011.
- Bitte informieren Sie sich über die Bestimmungen zu den Berufspflichten gemäss §§ 14 ff. des Gesetzes über das Gesundheitswesen sowie §§ 32 ff. der Gesundheitsverordnung. Die Bewilligung erlischt ohne Weiteres mit dem Erreichen der Altersgrenze von 70 Jahren[...].
- Die Gesundheitsdirektion, gestützt auf Ihr Gesuch und in Anwendung von § 25 des Gesetzes über das Gesundheitswesen im Kanton Zug vom 30. Oktober 2008 (BGS 821.1) in Verbindung mit der Gesundheitsverordnung vom 30. Juni 2009 (BGS 821.11), verfügt:
1. A. \_\_\_\_\_, geb. [...], [...], wird die Berufsausübungsbewilligung als Rettungssanitäter im Kanton Zug erteilt. Eine allfällige Änderung der Adresse oder des Namens sowie die Aufgabe der selbstständigen Berufsausübung ist der Gesundheitsdirektion innert Monatsfrist zu melden.
  2. Nach Aufnahme der Tätigkeit hat der Bewilligungsinhaber innert zwei Monaten der Gesundheitsdirektion unaufgefordert nachzuweisen, dass eine Berufshaftpflichtversicherung entsprechend der Art und des Umfangs der Risiken, die mit der Tätigkeit verbunden sind, abgeschlossen oder eine andere gleichwertige Sicherheit erbracht ist.
  3. Die Erteilung der Berufsausübungsbewilligung wird im Amtsblatt des Kantons Zug publiziert.
  4. Es wird keine amtliche Gebühr erhoben (Art. 3 Abs. 4 Binnenmarktgesetzes; SR 943.02)
  5. [Rechtmittelbelehrung]  
[...]

Es wird entschieden:

1. A. \_\_\_\_\_ wird die Bewilligung zur selbstständigen Berufsausübung als Rettungssanitäter als „Freelancer“ im Kanton Thurgau erteilt.

**2.2 Fachlich selbstständige Berufsausübung als Rettungssanitäter nicht vorgesehen und bewilligungsfrei zulässig**

**Entscheid des Kantons Zürich**

Gesundheitsdirektion  
Kantonsärztlicher Dienst  
[...]

7. Mai 2012

Ihr Gesuch um Bewilligung zur selbstständigen Berufsausübung als Rettungssanitäter

Sehr geehrter Herr A. \_\_\_\_\_

Wir beziehen uns auf Ihr oben genanntes Gesuch vom 29. April 2012, welches am 2. Mai 2012 bei uns eingegangen ist.

Grundsätzlich bewegt sich ein Rettungssanitäter bei Ausübung einer beruflichen Tätigkeit im bewilligungspflichtigen Tätigkeitsbereich gemäss Gesundheitsgesetz. Eine selbstständige Berufsausübung im bewilligungspflichtigen Bereich setzt in der Regel eine persönliche Berufsausübungsbewilligung voraus. Dabei ist eine selbstständige Tätigkeit im Sinne des Gesundheitsgesetzes gleichbedeutend mit *fachlich eigenverantwortlicher* Tätigkeit zu verstehen, nicht zu verwechseln mit dem sozialversicherungsrechtlichen Begriff der Selbstständigkeit. Gemäss Gesetzgeber ist aber nicht vorgesehen, dass ein Rettungssanitäter seine - grundsätzlich dem bewilligungspflichtigen Bereich zuzurechnende - Tätigkeit fachlich eigenverantwortlich ausüben kann. Es wurde deshalb für diesen Bereich weder eine Bewilligungspflicht statuiert noch wird eine Berufsausübungsbewilligung erteilt.

Ausgehend hiervon bestätigen wir Ihnen gerne, dass eine Tätigkeit als Rettungssanitäter, welcher als Freelancer (freiberuflich, im Auftragsverhältnis) für ein bewilligtes Krankentransport- und Rettungsunternehmen tätig ist, keiner persönlichen Berufsausübungsbewilligung bedarf. Der Rettungssanitäter handelt insofern nicht fachlich eigenverantwortlich, sondern untersteht der Aufsicht der ärztlichen Leitung des jeweiligen bewilligten Rettungsdienstes.

Zudem bestätigen wir Ihnen, dass eine Tätigkeit die sich auf die Betreuung von Patienten vor Ort beschränkt (Sanitätspostendienst) und vergleichbar ist mit jener der Samariter oder First-Responder bewilligungsfrei ausgeübt werden darf. In der Beilage retournieren wir Ihnen zu unserer Entlastung, Ihre im Rahmen der Gesuchstellung eingereichten Unterlagen.

[...]

[Unterschrift]

### **Entscheid des Kantons Solothurn**

Gesundheitsamt

Bewilligungswesen

01. Mai 2012 [...]

Gesuch Rettungssanitäter

Guten Tag Herr A. \_\_\_\_\_

Vielen Dank für das Einreichen der Unterlagen für die Bewilligung als Rettungssanitäter im Kanton Solothurn. Im Kanton Solothurn ist der Beruf des Rettungssanitäters nicht bewilligungspflichtig. Er untersteht der Meldepflicht.

Mit Ihrem Schreiben sind Sie gemäss §11 des Gesundheitsgesetzes Ihrer Meldepflicht nachgekommen.

Ich sende Ihnen die Unterlagen zu meiner Entlastung retour.

[...]

[Unterschrift]

### **Entscheid des Kantons Nidwalden**

Gesundheits- und Sozialdirektion, Gesundheitsamt

[...]

Berufsausübungsbewilligung als Rettungssanitäter

Sehr geehrter Herr A. \_\_\_\_\_

Vielen Dank für Ihr Gesuch um eine Berufsausübungsbewilligung als Rettungssanitäter im Kanton Nidwalden.

Gemäss der Vollzugsverordnung zum Gesundheitsgesetz vom 3. Februar 2009 (Gesundheitsverordnung, GesV; NG 711.11) gehört der Beruf des Rettungssanitäters nicht zu den bewilligungspflichtigen Berufen, weshalb wir Ihnen keine Berufsausübungsbewilligung ausstellen können. Den Beruf als Rettungssanitäter können Sie im Kanton Nidwalden ohne Bewilligung ausführen.

Beiliegend schicken wir Ihnen Ihre Unterlagen wieder zurück. Wir wünschen Ihnen viel Freude bei der Ausübung Ihres Berufs als Rettungssanitäter.

[...]

[Unterschrift]

### **Entscheid des Kantons Basel-Landschaft**

Kantonsarzt

[...]

Gesuch um Berufsausübungsbewilligung als Rettungssanitäter

Sehr geehrter Herr A. \_\_\_\_\_

Ihr Schreiben vom 29. April 2012 haben wir erhalten.

Der Kanton Basel-Landschaft sieht in seinem Gesundheitsgesetz keine Bewilligungspflicht für die von Ihnen beabsichtigte Tätigkeit vor. Gerne bestätige ich Ihnen daher hiermit, dass Sie Ihre Tätigkeit, gestützt auf die Bewilligung des Kantons Luzern, auch im Kanton BL ausüben dürfen. Allfällige Gesetzesänderungen in der Zukunft bleiben vorbehalten.

[...]

### **Entscheid des Kantons Appenzell Ausserrhodens**

Departement Gesundheit, Gesundheitsfachpersonen und Heilmittelkontrolle

[...]

Gesuch um Berufsausübungsbewilligung als Rettungssanitäter, vom 29.04.2012

Sehr geehrter Herr A. \_\_\_\_\_

Für Ihr obenerwähntes Bewilligungsgesuch danken wir Ihnen.

Sie sind bereits im Besitze einer Berufsausübungsbewilligung als Rettungssanitäter Ihres Domizilkantones Luzern. Ihr Firmendomizil befindet sich ebenfalls im Kanton

Luzern, Einsätze könnten punktuell aber auch in anderen Kantonen erfolgen.

Sie fragen um eine Berufsausübungsbewilligung des Kantons Appenzell Ausserrhoden, gestützt auf das Binnenmarktgesetz, an.

Der Kanton Appenzell Ausserrhoden kennt den Beruf des Rettungssanitäter nicht als eigenständigen bewilligungspflichtigen Beruf. Deshalb ist es uns auch nicht möglich, eine entsprechende Berufsausübungsbewilligung auszustellen.

Wir halten aber fest, dass Sie über eine Berufsausübungsbewilligung Ihres Domizilkantones verfügen und aus weiteren vorstehend dargelegten Gründen daher auch punktuell Einsätze im Kanton Appenzell Ausserrhoden leisten könnten.

Für weitere Auskünfte stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

[...]

### Entscheid des Kantons Aargau

Departement Gesundheit und Soziales, Generalsekretariat

[...]

12. Juni 2012

Gesuch um Erteilung einer Berufsausübungsbewilligung als Rettungssanitäter

Sehr geehrter Herr A. \_\_\_\_\_

Mit etwas Verspätung, wofür wir uns entschuldigen, bestätigen wir Ihnen den Eingang Ihres Gesuches vom 29. April 2012.

Im Kanton Aargau ist abschliessend geregelt, welche Berufe zur fachlich selbständigen Tätigkeit einer Bewilligungspflicht unterstehen und welche Berufe bewilligungspflichtig bzw. bewilligungsfähig sind. Ebenfalls ist geregelt, welche Organisationen einer Betriebsbewilligungspflicht unterliegen.

Die Tätigkeit als Rettungssanitäter ist kein gemäss Aargauischer Gesundheitsgesetzgebung bewilligungspflichtiger und bewilligungsfähiger Beruf. Transport- und Rettungsunternehmen an sich sind bewilligungspflichtig. Die Voraussetzungen entnehmen Sie bitte § 41 der Verordnung über die Berufe, Organisationen und Betriebe im Gesundheitswesen (VBOB) vom 11. November 2009 (Beilage). Wenn Sie in einem bewilligten Transport- und Rettungsunternehmen im Kanton Aargau als Mitarbeiter (unabhängig, ob Sie dabei wirtschaftlich selbständig bleiben) unter Verantwortung und Aufsicht dieses Rettungsunternehmens tätig sind, steht einer Berufsausübung nichts entgegen. Diesfalls ist keine spezielle Berufsausübungsbewilligung als Rettungssanitäter notwendig.

Sie sind gemäss eingereichter Unterlagen seit dem 12. September 2011 im Besitz einer Bewilligung des Kantons Luzern zur fachlich selbständigen Ausübung des Berufes eines Rettungssanitäters. Es liegt uns, datiert vom 25. April 2012, eine Unbedenklichkeitsbestätigung der Dienststelle Gesundheit, des Gesundheits- und Sozialdepartements des Kantons Luzern vor. Gestützt auf

die luzernische Berufsausübungsbewilligung und die aktuelle Unbedenklichkeitsbestätigung des Kantons Luzern nehmen wir in Anwendung des Binnenmarktgesetzes vom 06. Oktober 1995 Kenntnis von Ihrer Tätigkeit im Kanton Aargau.

Umfang und Inhalt Ihrer Tätigkeit als fachlich selbständiger Rettungssanitäter richten sich dabei nach der vom Kanton Luzern erteilten Berufsausübungsbewilligung. Bezüglich der Berufszulassung gelten die Bestimmung des Kantons Luzern als Ort Ihrer Erstniederlassung.

Veränderungen in den Verhältnissen wie Beendigung oder Verlegung der Tätigkeit, Änderung der Personalien, der Geschäfts- und Privatadressen, müssen uns umgehend schriftlich gemeldet werden. Massgebende kantonale Bestimmungen finden Sie unter [www.ag.ch/dgs](http://www.ag.ch/dgs).

[...]

### 2.3 Fachlich selbstständige Berufsausübung als Rettungssanitäter nicht vorgesehen und bewilligungspflichtig

#### Entscheid des Kantons Graubünden

Gesundheitsamt Graubünden

Chur, 6. Juli 2012

[...]

Verfügung

In Sachen Gesuch von A. \_\_\_\_\_, geb. [...], von [...], wohnhaft in [...], betreffend Bewilligung zur selbstständigen Berufsausübung als Rettungssanitäter

Sachverhalt

1. Mit Gesuch vom 29. April 2012 beantragte A. \_\_\_\_\_ die selbstständige Ausübung der Tätigkeit als Rettungssanitäter im Kanton Graubünden. Zur Begründung führte er aus, da er bereits über eine Bewilligung im Kanton Luzern verfüge, ersuche er im Rahmen des Binnenmarktgesetzes um kostenlose Erteilung der Berufsausübungsbewilligung. Eine seiner Dienstleistungen sei die selbstständige Arbeit für Rettungsdienste als freier Mitarbeiter. Daneben betreue er Patienten an Events und VIP Gäste an Managementanlässen, Messen, Kongressen, etc. Er verstehe sich nicht als Konkurrent zu den Samaritern oder örtlichen Rettungsdiensten, sondern vielmehr als ein professioneller Partner. Bei Bedarf ziehe er entsprechende Fachkräfte hinzu und überbrücke die Zeit bis der örtliche Rettungsdienst den Patienten übernehme. Eine Praxis habe er im Kanton Graubünden nicht, denn sein Arbeitsort gestalte sich aus den obigen Dienstleistungen stets flexibel. Material und technisches Equipment bewirtschafte er an seinem Stützpunkt im Kanton Luzern. Er arbeite noch bis 31. Juli 2012 als diplomierter Rettungssanitäter HF beim Rettungsdienst X. \_\_\_\_\_. Zusammen mit seinem Gesuch reichte A. \_\_\_\_\_ eine Kopie seines Passes sowie der Niederlassungsbewilligung C, das Diplom als diplomierter Rettungssanitäter HF des Schweizer Instituts für Rettungsmedizin, Notwil, vom 25. Mai 2009, einen Lebenslauf, eine Police der Haftpflichtversicherung, den Strafregis-

terauszug, die Bewilligung des Kantons Luzern zur fachlich selbstständigen Ausübung des Berufes eines Rettungssanitäters, ein ärztliches Zeugnis, die Unbedenklichkeitserklärung der Dienststelle Gesundheit des Kantons Luzern vom 25. April 2012, das Zwischenzeugnis des Rettungsdienstes X. \_\_\_\_ vom 8. April 2010 sowie verschiedene Bestätigungen über Fortbildungskurse ein.

2. Nach Prüfung der Unterlagen stellte das Gesundheitsamt am 21. Mai 2012 fest, dass A. \_\_\_\_ im Handelsregister des Kantons Luzern mit einer Einzelfirma eingetragen ist, die u.a. die Erbringung von Dienstleistungen in der präklinischen Notfallmedizin inklusive Patiententransport bezweckt. Angesichts dieses Umstandes teilte das Gesundheitsamt A. \_\_\_\_ mit Schreiben vom 25. Mai 2012 mit, dass im Kanton Graubünden der gewerbemässige Transport von Kranken und Verunfallten einer Betriebsbewilligung bedürfe. Aufgrund dieser Ausgangslage könne ihm keine Berufsausübungsbewilligung als Rettungssanitäter erteilt werden.
3. Am 27. Mai 2012 reichte A. \_\_\_\_ beim Departement für Justiz, Sicherheit und Gesundheit eine als Verwaltungsbeschwerde bezeichnete Eingabe ein mit dem Ersuchen, ihm die Berufsausübungsbewilligung als Rettungssanitäter zu erteilen. Mit Schreiben vom 5. Juni 2012 teilte das Departement A. \_\_\_\_ mit, dass seine Eingabe vom 27. Mai 2012 mit seinem Einverständnis als Gesuch um Erlass einer anfechtbaren Verfügung an das Gesundheitsamt weitergeleitet würde, andernfalls ein Entscheid bezüglich des Rechtscharakters des Schreibens des Gesundheitsamtes vom 25. Mai 2012 erlassen werde. Mit Schreiben vom 8. Juni 2012 erklärte sich A. \_\_\_\_ mit dem Vorgehen einverstanden. Am 12. Juni 2012 übermittelte das Departement dem Gesundheitsamt die Gesuchsunterlagen zum Erlass einer anfechtbaren Verfügung.
4. Im Rahmen der weiteren Prüfung des Gesuchs ersuchte die Kantonsapothekerin A. \_\_\_\_ mit Mail vom 14. Juni 2012 um Zustellung eines medizinischen Konzepts, insbesondere zu den Fragen, unter wessen ärztlicher Aufsicht und Verantwortung er als Rettungssanitäter tätig sein und wie er die Arzneimittelsicherheit gewährleisten werde. Da beim Gesundheitsamt kein Bericht einging, ersuchte die Kantonsapothekerin mit Schreiben vom 2. Juli 2012 erneut um Zustellung eines medizinischen Konzepts.
5. Mit Mail vom 4. Juni 2012 teilte A. \_\_\_\_ der Kantonsapothekerin mit, dass am 29. Juni 2012 eine Sitzung mit dem Kantonsapotheker Luzern stattgefunden habe, aus welcher sich verschiedene neue Erkenntnisse für seine vorgesehene Tätigkeit ergeben hätten. Gemäss diesen, mit Aktennotiz vom 4. Juli 2012 festgehaltenen Feststellungen werde er als Freelancer im Auftrag eines Rettungsdienstes im Einsatz stehen. Die Anwendung der Arzneimittel erfolge im Rahmen der lokal gül-

tigen Delegationen. Die Arzneimittel würden nicht durch ihn beschafft. Mit dem aktiven Eventdienst würde er einen Rettungsdienst beauftragen und stattdessen die Organisationen der Events über die nötigen Massnahmen und Mittel beraten. Dadurch habe er nichts mit der Beschaffung, Lagerung und Qualitätssicherung von Arzneimitteln zu tun. Am 5. Juli 2012 bestätigte A. \_\_\_\_ dieses Konzept gegenüber der Kantonsapothekerin.

#### Erwägungen

1. Nach Art. 6 Abs. 1 des Gesetzes über das Gesundheitswesen (Gesundheitsgesetz, GesG; BR 500.000) vollzieht das zuständige Departement die Erlasse auf dem Gebiete des Gesundheitswesens und trifft die notwendigen gesundheitspolizeilichen Massnahmen und Verfügungen, sofern diese Aufgaben nicht ausdrücklich anderen Behörden oder Ämtern übertragen sind. Zuständig für die Erteilung und den Entzug der gesundheitspolizeilichen Bewilligungen ist das Gesundheitsamt (Art. 6a Bst. b GesG).
2. Gemäss Art. 29 Abs. 1 GesG bedarf die schulmedizinische Behandlung von Krankheiten, Verletzungen, Behinderungen oder sonstiger Störungen auf eigene Rechnung oder in eigener fachlicher Verantwortung auf Rechnung einer andern Person einer Bewilligung zur Berufsausübung. Absatz 2 der besagten Bestimmung zählt die der Bewilligungspflicht unterstellten Tätigkeiten auf. Der Beruf des Rettungssanitäters ist unter den bewilligungspflichtigen Tätigkeiten nicht vorgesehen. Damit lässt das bündnerische Recht die selbstständige Ausübung (in eigener fachlicher Verantwortung oder auf eigene Rechnung) dieses Berufes nicht zu.
3. Nach Art. 2 Abs. 4 BGBM hat jede Person, die eine Erwerbstätigkeit rechtmässig ausübt, das Recht, sich zwecks Ausübung dieser Tätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz niederzulassen und diese Tätigkeit unter Vorbehalt von Artikel 3 nach den Vorschriften des Ortes der Erstniederlassung auszuüben. Dies gilt auch, wenn die Tätigkeit am Ort der Erstniederlassung aufgegeben wird. Die Aufsicht über die Einhaltung der Vorschriften der Erstniederlassung obliegt den Behörden des Bestimmungsortes. In Einklang mit diesem Grundsatz sieht Art. 4 Abs. 1 BGBM vor, dass kantonale oder kantonal anerkannte Fähigkeitsausweise zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz gelten, sofern sie nicht Beschränkungen nach Artikel 3 unterliegen.

Gemäss Art. 3 Abs. 1 BGBM darf ortsfremden Anbieterinnen und Anbietern der freie Zugang zum Markt nicht verweigert werden. Beschränkungen sind in Form von Auflagen oder Bedingungen auszugestalten und nur zulässig, wenn sie gleichermaßen auch für ortsansässige Personen gelten (a.), zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich sind (b.) und verhältnismässig sind (c.). Nach Abs. 2 der genannten Bestimmungen sind Beschränkungen

insbesondere nicht verhältnismässig, wenn der hinreichende Schutz überwiegender öffentlicher Interessen bereits durch die Vorschriften des Herkunftsortes erreicht wird (a.), die Nachweise und Sicherheiten, welche die Anbieterin oder der Anbieter bereits am Herkunftsort erbracht hat, genügen (b.), zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit vorgängig die Niederlassung oder der Sitz am Bestimmungsort verlangt wird (c.) und der hinreichende Schutz überwiegender öffentlicher Interessen durch die praktische Tätigkeit gewährleistet werden kann, welche die Anbieterin oder der Anbieter am Herkunftsort ausgeübt hat (d.).

Da der Kanton Graubünden die selbstständige Ausübung des Berufs des Rettungssanitäters nicht vorsieht, ist nachstehend zu prüfen, ob A. \_\_\_\_ der Marktzugang unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitserfordernisses mittels Auflagen oder Bedingungen zu beschränken ist.

4. Nach § 16 Abs. 1 des Luzernischen Gesundheitsgesetzes vom 13. September 2005 (GesG LU; SRL 800) benötigt eine Berufsausübungsbewilligung der zuständigen Behörde, wer unter eigener fachlicher Verantwortung und gewerbsmässig Krankheiten, Verletzungen oder sonstige Störungen der psychischen und physischen Gesundheit von Menschen und Tieren nach den Erkenntnissen der anerkannten Wissenschaften oder im Rahmen der wissenschaftlichen Forschung feststellt und behandelt (Bst. a) und in einem Beruf tätig ist, der im Krankenversicherungsrecht als Leistungserbringer genannt ist (Bst. b). Dar Regierungsrat regelt das Nähere, namentlich die fachlichen Anforderungen für die Bewilligung und die besonderen Rechte und Pflichten bei der Berufsausübung, insbesondere den Tätigkeitsbereich, durch Verordnung (§ 36 GesG LU). Eine Berufsausübungsbewilligung der Dienststelle Gesundheit benötigt, wer selbstständig und gewerbsmässig den Beruf Rettungssanitäter ausübt (§ 11 Abs. 1 Bst. n Verordnung über die anderen bewilligungspflichtigen Berufe im Gesundheitswesen vom 28. April 2009, SRL 806, nachstehend: Verordnung LU). Eine Bewilligung als Rettungssanitäter erhält, wer den eidgenössischen Fähigkeitsausweis als diplomierter Rettungssanitäter HF oder das Diplom einer vom Schweizerischen Roten Kreuz anerkannten Schule oder ein von dieser Stelle als gleichwertig anerkanntes Diplom erworben hat (§ 42 Abs. 1 Bst. a und b Verordnung LU). Gemäss § 43 Verordnung LU berechtigt die Bewilligung dazu, unter Aufsicht und Verantwortung eines Arztes oder einer Ärztin an Notfallpatientinnen und -patienten präklinische nichtärztliche und ärztlich delegierte Rettungsmassnahmen durchzuführen (Bst. a) und im Rahmen der Berufsausübung diejenigen Arzneimittel anzuwenden, die von der Dienststelle Gesundheit bezeichnet werden (Bst. b).

A. \_\_\_\_ ist im Besitze der Bewilligung zur fachlich selbstständigen Ausübung des Berufes eines Rettungssanitäters der Dienststelle Gesundheit des Kantons Luzern vom 12. September 2011. Bei der

vorliegenden Bewilligung handelt es sich um einen Fähigkeitsausweis im Sinne von Art. 4 Abs. 1 BGBM. Ein Fähigkeitsausweis ist die Bestätigung dafür, dass der Erwerber die fachlichen Kenntnisse und Fähigkeiten besitzt, um den betreffenden Beruf richtig auszuüben (BGE 125 I 276 E. 5c aa). Dem letter of good standing der Dienststelle Gesundheit des Kantons Luzern vom 25. April 2012 zu Folge lagen und liegen keine aufsichtsrechtlichen Massnahmen gegen A. vor. Indem die luzernischen Vorschriften die Tätigkeit als Rettungssanitäter von einer Spezialausbildung abhängig machen und den Umfang der Tätigkeit klar begrenzen, sorgen sie für einen genügenden Schutz der auf dem Spiel stehenden öffentlichen Interessen, d.h. die menschliche Gesundheit, Angesichts dieser Tatsache ist eine Einschränkung des Tätigkeitsfelds bzw. eine Beschränkung des Marktzugangs nicht gerechtfertigt.

5. Über Beschränkungen ist in einem einfachen, raschen und kostenlosen Verfahren zu entscheiden (Art. 3 Abs. 4 BGBM). A. sind demnach keine Kosten aufzuerlegen.

Demnach wird

#### verfügt:

1. A. \_\_\_\_, geb. [...], von [...], wird gestützt auf Art. 2 Abs. 4 BGBM die Bewilligung erteilt, die Tätigkeit als Rettungssanitäter in Umfang und Bestand nach der Bewilligung zur fachlich selbstständigen Ausübung des Berufes eines Rettungssanitäters des Herkunftskantons Luzern vom 12. September 2011 auszuüben.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. A. \_\_\_\_ hat Adressänderungen, die Aufgabe der beruflichen Tätigkeit im Kanton Luzern sowie Wegzug aus dem Kanton Graubünden dem Gesundheitsamt unverzüglich schriftlich zu melden.
4. [Rechtmittelbelehrung]
6. [recte: 5.] [Mitteilung]

[...]

### 3 Anmerkungen zur kantonalen Praxis

1. Das Binnenmarktgesetz gewährleistet, dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben. Zu diesem Zweck sieht das Binnenmarktgesetz verschiedene Marktzugangsrechte vor. Für die Beurteilung des Marktzugangs für Rettungssanitäter sind der Anspruch auf Marktzugang nach Massgabe der Herkunftsvorschriften (Art. 2 Abs. 1-4 BGBM) sowie der Anspruch auf Anerkennung von Fähigkeitsausweisen (Art. 4 BGBM) von Bedeutung.

#### 3.1 Anspruch auf Marktzugang

2. Die Bestimmung nach Art. 2 Abs. 1 BGBM verleiht den Personen im Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes einen individual-rechtlichen Anspruch auf freien Marktzugang (MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, OFK-Wettbewerbsrecht II, BGBM 2 N1). In Konkretisierung

des Anspruchs auf freien Marktzugang im Sinne von Art. 2 Abs. 1 BGBM statuieren Abs. 3 und 4 das Herkunftsprinzip. Das Herkunftsprinzip gilt sowohl für die vorübergehende Wirtschaftstätigkeit über Binnengrenzen hinaus als auch für die Begründung einer (Zweit-)Niederlassung (vgl. WEKO-Empfehlung vom 27. Februar 2012 betreffend Marktzugang für ortsfremde Taxidienste am Beispiel der Marktzugangsordnungen der Kantone Bern, Basel-Stadt, Basel-Landschaft sowie der Städte Zürich und Winterthur, RPW 2012/2, 438 ff., Rz 14 ff.):

- *Dienstleistungsfreiheit*: Gemäss Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 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. Massgebend sind dabei die Vorschriften des Kantons oder der Gemeinde der Niederlassung des Anbieters.
- *Niederlassungsfreiheit*: Nach Art. 2 Abs. 4 BGBM hat jede Person, die eine Tätigkeit rechtmässig ausübt, das Recht, sich zwecks Ausübung dieser Tätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz niederzulassen und diese Tätigkeit nach den Vorschriften des Orts der Erstniederlassung auszuüben. Dies gilt auch dann, wenn die Tätigkeit am Ort der Erstniederlassung aufgegeben wird.

3. Das Herkunftsprinzip basiert auf der gesetzlichen Vermutung, wonach die verschiedenen kantonalen und kommunalen Marktzugangsregelungen gleichwertig sind (Art. 2 Abs. 5 BGBM).

4. Das Recht auf freien Marktzugang nach Massgabe der Herkunftsvorschriften gilt nicht absolut. Die Behörde des Bestimmungsorts kann den Marktzugang für ortsfremde Anbieter mittels Auflagen oder Bedingungen einschränken. Dafür muss die zuständige Behörde in einem ersten Schritt prüfen, ob die generell-abstrakten Marktzugangsregeln und die darauf beruhende Praxis des Herkunftsorts eines ortsfremden Anbieters einen gleichwertigen Schutz der öffentlichen Interessen vorsehen, wie die Vorschriften des Bestimmungsorts. Diesbezüglich gilt die Gleichwertigkeitsvermutung gemäss Art. 2 Abs. 5 BGBM. Führt diese Prüfung unter Berücksichtigung der in Frage stehenden Schutzgüter zum Ergebnis, dass gleichwertige Marktzugangsordnungen vorliegen bzw. dass die vermutete Gleichwertigkeit nicht widerlegbar ist, bleibt für Marktzugangsbeschränkungen von vornherein kein Raum (BGE 135 II 12 E. 2.4; Urteil BGer 2C\_15/2008 vom 13. Oktober 2008 E. 2.4).

5. Beschränkungen für ortsfremde Anbieter sind in der Form von Auflagen oder Bedingungen zulässig, sofern die Vorschriften des Herkunftsorts in einem konkreten Fall einen wesentlich tieferen Schutz der öffentlichen Interessen vorsehen als die Vorschriften des Bestimmungsorts (Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung) und 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 Marktzugangsschranken zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen (Art. 3 Abs. 3 BGBM) und Marktzugangsverweigerungen (Art. 3 Abs. 1 BGBM).

6. Schliesslich gelten gemäss Art. 4 Abs. 1 BGBM kantonale oder kantonal anerkannte Fähigkeitsausweise zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz. Diese Bestimmung verleiht dem Ausweisinhaber einen Anerkennungsanspruch. Als Fähigkeitsausweise gelten insbesondere auch kantonale Berufsausübungsbewilligungen (WEKO-Gutachten vom 16. Juli 2012 zuhanden der Gesundheitsdirektion Zürich betreffend Marktzugang einer Assistenz Zahnärztin aus dem Kanton Appenzell A. Rh., RPW 2012/3, 708 ff., Rz 37 ff.).

7. Die konzeptionelle Unterscheidung zwischen Art. 2 Abs. 1-4 und Art. 4 Abs. 1 BGBM besteht darin, dass der Marktzugang nach Art. 2 Abs. 1-4 BGBM nach Massgabe des Herkunftsprinzips ausgestaltet ist, währenddessen gestützt auf Art. 4 Abs. 1 BGBM gegenüber der Behörde des Bestimmungskantons ein Anspruch auf Ausstellung einer Berufsausübungsbewilligung unter Anerkennung der Herkunftsbewilligung besteht. Entsprechend untersteht der ortsfremde Anbieter, dem gestützt auf Art. 2 Abs. 3 oder 4 BGBM Marktzugang gewährt wird, mit Bezug auf Zugang zu einer Erwerbstätigkeit als auch Ausübung der Erwerbstätigkeit grundsätzlich seinen Herkunftsvorschriften (zum Herkunftsprinzip BGer Urteil 2C\_57/2011 vom 3. Mai 2011 [Marktzugang für Sanitärinstallateure]; Urteil 2C\_844/2008 vom 15. Mai 2009 [Marktzugang für komplementärmedizinische Therapeuten]; BGE 135 II 12 [Marktzugang für Psychotherapeuten]; aus der Literatur z.B. NICOLAS DIEBOLD, Das Herkunftsprinzip im Binnenmarktgesetz zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, ZBI 111/2010, 129 ff., 142 ff.). Demgegenüber untersteht ein ortsfremder Anbieter, dessen Fähigkeitsausweis gemäss Art. 4 Abs. 1 BGBM anerkannt wird, vollumfänglich den Vorschriften des Bestimmungsorts. Er erhält aber vereinfachten Zugang zu einer Bewilligung des Bestimmungsorts, indem gestützt auf den Fähigkeitsausweis des Herkunftsorts die fachlichen und persönlichen Befähigungen anerkannt werden (BGE 125 I 276 E. 5b; 125 I 322 E. 4b; 125 II 56 E. 4b; 135 II 12 E. 2.4). Im Resultat werden damit die fachlichen und persönlichen Bewilligungsvoraussetzungen am Bestimmungsort als erfüllt betrachtet.

8. Die Anspruchsgrundlagen auf Marktzugang nach Art. 2 Abs. 1-4 und Art. 4 BGBM bestehen parallel, d.h. der ortsfremde Anbieter verfügt über die freie Wahl des ihm vorteilhafteren Marktzugangsregimes. Der Marktzugang nach Art. 2 Abs. 1 und 3 BGBM eignet sich beispielsweise für einen Anbieter, der seine Leistung schweizweit nach den Vorschriften seines Herkunftsorts ausüben möchte, ohne sich jedes Mal über die am Bestimmungsort geltenden Vorschriften erkundigen zu müssen. Hingegen bietet sich der Marktzugang nach Art. 4 Abs. 1 BGBM an, wenn die am Bestimmungsort geltenden Berufsausübungsvorschriften für den Anbieter vorteilhafter sind als die Vorschriften seines Herkunftsorts.

9. A. \_\_\_\_\_ bezweckt von seinem Herkunftskanton Luzern aus, vorübergehend und unregelmässig auch in anderen Kantonen als selbstständiger Rettungssanitäter

### 3.2 Anmerkungen zur kantonalen Praxis im Lichte des Anspruchs auf Marktzugang

9. A. \_\_\_\_\_ bezweckt von seinem Herkunftskanton Luzern aus, vorübergehend und unregelmässig auch in anderen Kantonen als selbstständiger Rettungssanitäter

tätig zu sein, ohne sich ausserhalb seines Herkunftskantons niederzulassen und ohne eine Zweitniederlassung zu begründen. Es handelt sich somit um eine binnengrenzüberschreitende Tätigkeit im Sinne des freien Dienstleistungsverkehrs, womit der vorliegende Sachverhalt gestützt auf den Anspruch auf Marktzugang nach Massgabe der Herkunftsvorschriften nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 BGBM zu beurteilen ist.

10. A. \_\_\_\_ verfügt über einen Anspruch auf ein einfaches, rasches und kostenloses Marktzugangsverfahren (Art. 3 Abs. 4 BGBM). Erfreulicherweise lässt sich feststellen, dass sich alle genannten Kantone an diese Vorgabe gehalten haben.

### 3.2.1 Marktzugang nach den Herkunftsvorschriften

11. Bei Marktzutrittsgesuchen nach Art. 2 Abs. 1-4 BGBM stellt die Behörde des Bestimmungsorts grundsätzlich nicht eine eigene Berufsausübungsbewilligung aus, sondern sie hält lediglich fest, dass der ortsfremde Anbieter seine Erwerbstätigkeit nach den Vorschriften des Herkunftsorts auch im Hoheitsgebiet des Bestimmungsorts ausüben darf. Als gutes Beispiel ist die Verfügung des Kantons Appenzell I. Rh. zu erwähnen, wobei diese fälschlicherweise auf Art. 2 Abs. 4 anstatt Abs. 3 BGBM abstützt:

„1. Es wird hiermit gestützt auf Art. 4 Bst. f und Art. 9 des Gesundheitsgesetzes vom 26. April 1998 (GS AI 800.000) sowie Art. 2 Abs. 4 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM; SR 943.02) festgestellt, dass diese Bewilligung des Kantons Luzern als selbständig tätiger Rettungssanitäter vorbehältlich nachstehender Einschränkungen auch im Kanton Appenzell Innerrhoden Gültigkeit hat.

#### 2. Bewilligungseinschränkungen / Auflagen

2.1 Gemäss Art. 2 Abs. 4 BGBM darf die Tätigkeit nach den Vorschriften des Ortes der Erstniederlassung, also gemäss der entsprechenden luzernischen Rechtsetzung ausgeübt werden.“

12. Demgegenüber erteilten die Behörden der Kantone Obwalden, Thurgau und Zug eine neue Berufsausübungsbewilligung für das Hoheitsgebiet des entsprechenden Bestimmungskantons. Im Resultat ist diese Vorgehensweise grundsätzlich nicht zu beanstanden, sofern in der Verfügung festgehalten wird, dass die Bewilligung gestützt auf die Herkunftsvorschriften erteilt wird und sich auch die Ausübung der Tätigkeit nach den Herkunftsvorschriften richtet. Hingegen ist es der Behörde des Bestimmungsorts unter Vorbehalt von Art. 2 Abs. 5 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 und 2 BGBM nicht gestattet, ihre eigenen Bewilligungsvoraussetzungen anzuwenden. Vor diesem Hintergrund sind beispielsweise die Verfügungen der Kantone Appenzell I. Rh., Thurgau und Zug nicht binnemarktrechtskonform ausgestaltet, soweit diese auf ihre jeweils eigenen Vorschriften abstützen.

13. Gemäss der Konzeption des Herkunftsprinzips wirkt der Entscheid eines Kantons oder einer Gemeinde über die persönliche Eignung einer Person zur Ausübung einer bestimmten Erwerbstätigkeit auch für andere Kantone und Gemeinden verbindlich. Werden persönliche

Voraussetzungen wie Leumund, Charakter, Ehrenhaftigkeit und Vertrauenswürdigkeit bereits durch den Herkunftsort geprüft und positiv beurteilt, hätte eine abermalige Rücküberprüfung durch den Bestimmungsort nach Auffassung des Bundesgerichts die Aushöhlung der Gleichwertigkeitsvermutung zur Folge (BGE 125 I 276 E. 5b; 125 I 322 E. 4b; 125 II 56 E. 4b; 135 II 12 E. 2.4). Dies gilt unabhängig davon, ob sich der Marktzugang nach Art. 4 Abs. 1 BGBM oder wie im vorliegenden Fall nach Art. 2 Abs. 1-4 BGBM richtet. Entsprechend ist eine Rücküberprüfung der am Herkunftsort geltenden Bewilligungsvoraussetzungen nur zulässig, sofern konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der ortsfremde Anbieter die persönlichen Voraussetzungen des Herkunftsorts entweder bereits zum Zeitpunkt der Erteilung der Erstbewilligung nicht erfüllt hatte oder diese zwischenzeitlich nicht mehr erfüllt (BGer Urteil 2C\_57/2010 vom 4. Dezember 2010 E. 4.1; so auch BGE 135 II 12 E. 2.4; BGer Urteil 2C\_68/2009 vom 14. Juli 2009 E. 6.3).

14. Der Anspruch auf Marktzugang gemäss Art. 2 Abs. 1-4 BGBM gilt im Unterschied zum Anerkennungsanspruch nach Art. 4 Abs. 1 BGBM auch dann, wenn eine Tätigkeit am Bestimmungskanton gar nicht vorgesehen oder allenfalls einer anderen Berufsgruppe vorbehalten ist. Vorliegend ist die selbstständige Berufsausübung als Rettungssanitäter in verschiedenen Kantonen nicht vorgesehen. Dies trifft beispielsweise für die Kantone Zürich, Solothurn, Nidwalden, Basel-Landschaft, Appenzell A. Rh. und Aargau zu; diese halten A. \_\_\_\_ gegenüber in einem formlosen Schreiben fest, dass er die Tätigkeit im jeweiligen Kanton bewilligungsfrei ausüben dürfe. Demgegenüber kommt der Kanton Graubünden zum Schluss, dass gemäss bündnerischem Recht die selbstständige Ausübung des Berufes als Rettungssanitäter nicht zugelassen sei. Der Kanton Graubünden erteilt A. \_\_\_\_ aber gestützt auf Art. 2 Abs. 4 BGBM (richtig wäre Abs. 3 BGBM) zu Recht eine Bewilligung zur Ausübung der Tätigkeit gemäss den Vorschriften des Kantons Luzern und hält fest, dass eine Beschränkung des Marktzugangs im Sinne von Art. 3 Abs. 1 BGBM nicht gerechtfertigt wäre.

### 3.2.2 Ausübung der Erwerbstätigkeit nach den Herkunftsvorschriften

15. Das Herkunftsprinzip gemäss Art. 2 Abs. 1-4 BGBM erfasst nicht nur Marktzugangsvorschriften im eigentlichen Sinne (z.B. Bewilligungsvoraussetzungen), sondern auch Vorschriften über die Modalitäten der Ausübung einer Erwerbstätigkeit. So richtet sich beispielsweise die Befugnis des ortsfremden Rechtsanwalts zur Anstellung und Ausbildung von Rechtspraktikanten nach den Vorschriften des Herkunftsorts des Rechtsanwalts (BGE 134 II 329 E. 6). Folglich richtet sich auch vorliegend die Tätigkeit von A. \_\_\_\_ als selbstständiger Rettungssanitäter gestützt auf das Herkunftsprinzip schweizweit nach den Vorschriften des Kantons Luzern. Dies hat zum Vorteil, dass sich A. \_\_\_\_ nicht jedes Mal vor einem Einsatz in einem anderen Kanton über seine Tätigkeitsbefugnisse und seine Berufspflichten vergewissern muss.

16. Soweit eine Behörde des Bestimmungskantons in Abweichung der Herkunftsvorschriften ihre eigenen Vorschriften als anwendbar erklärt, stellt dies eine Ein-



schränkung des Herkunftsprinzips und damit eine Marktzugangsbeschränkung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 BGBM dar. Im vorliegenden Fall darf ein Bestimmungskanton somit seine eigenen Vorschriften nur dann als anwendbar erklären, wenn die entsprechenden Vorschriften des Kantons Luzern nicht gleichwertig sind (Art. 2 Abs. 5 BGBM) und die als anwendbar erklärten Vorschriften des Bestimmungskantons 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).

17. Die Behörde des Bestimmungsorts trägt die Begründungs- und Beweislast für den Nachweis, dass die Marktzugangsvorschriften des Herkunftsorts nicht gleichwertig sind wie die eigenen Marktzugangsvorschriften und dass Auflagen oder Bedingungen die Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 und 2 BGBM erfüllen. Die Folgen der Beweislosigkeit trägt folglich die Behörde des Bestimmungskantons (BGer Urteil 2C\_57/2011 vom 3. Mai 2011 E. 3).

18. Im vorliegenden Fall erklären einige der vorstehend genannten Verfügungen gewisse Bestimmungen ihrer eigenen Vorschriften als anwendbar. So verweisen die Kantone Appenzell I. Rh., Obwalden, Thurgau und Zug beispielsweise auf ihre eigenen Vorschriften betreffend Tätigkeitsbefugnisse und Berufspflichten, Versicherungsnachweise oder Altersbeschränkungen. Indem ein Bestimmungskanton seine eigenen Vorschriften umfassend als anwendbar erklärt, unterläuft er grundsätzlich das Herkunftsprinzip. Einige der genannten Kantone erkennen immerhin, dass die eigenen Vorschriften im binnenmarktrechtlichen Kontext als Auflagen oder Bedingungen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 BGBM zu qualifizieren sind. Allerdings kommt keiner der genannten Kantone seiner Begründungspflicht nach, weshalb die Verweise auf die eigenen Vorschriften grundsätzlich nicht als binnenmarktrechtskonform beurteilt werden können.

## B 2

**Wettbewerbskommission**  
 Commission de la concurrence  
 Commissione della concorrenza

B 2	<b>2. Untersuchungen</b> Enquêtes Inchieste
B 2.2	<b>1. BMW</b>

*Verfügung der Wettbewerbskommission vom 7. Mai 2012 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend BMW wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 4 i.V.m Abs. 1 KG gegen Bayerische Motoren Werke AG, München vertreten durch [...]*

**Inhaltsverzeichnis**

<b>A Sachverhalt</b>	<b>541</b>	B.3.2.1.8	Gegenargumente der BMW AG	555	
A.1	Gegenstand der Untersuchung	541	B.3.2.2	Widerlegung der gesetzlichen Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 4 KG	559
A.2	Verfahren	542	B.3.2.2.1	Relevante Märkte	559
<b>B Erwägungen</b>	<b>517</b>	B.3.2.2.1.1	Sachlich relevante Märkte	559	
B.1	Geltungsbereich	517	B.3.2.2.1.2	Räumlich relevante Märkte	561
B.1.1	Persönlicher Geltungsbereich	517	B.3.2.2.2	Intrabrand-Wettbewerb	562
B.1.2	Sachlicher Geltungsbereich	548	B.3.2.2.2.1	Arbitragemöglichkeit	562
B.1.3	Räumlicher Geltungsbereich	548	B.3.2.2.2.2	Direktimporte	567
B.2	Vorbehaltene Vorschriften	549	B.3.2.2.2.3	Intrabrand-Wettbewerb hinsichtlich Ausstattung und Serviceleistungen	570
B.3	Unzulässige Wettbewerbsabrede über die Zuweisung von Gebieten	549	B.3.2.2.2.4	Intrabrand-Wettbewerb hinsichtlich Verkauf und Service im selektiven Vertrieb	571
B.3.1	Wettbewerbsabrede	549	B.3.2.2.2.5	Fazit Intrabrand-Wettbewerb	571
B.3.1.1	Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken	549	B.3.2.2.3	Interbrand-Wettbewerb	571
B.3.1.2	Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung	550	B.3.2.2.3.1	Aktueller Wettbewerb	571
B.3.1.3	Abredepartner und Abrededauer	551	B.3.2.2.3.2	Potenzieller Wettbewerb	575
B.3.2	Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs	553	B.3.2.2.3.3	Zwischenergebnis	575
B.3.2.1	Vorliegen einer vertikalen Abrede über die Zuweisung von Gebieten	553	B.3.3	Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs	575
B.3.2.1.1	Vertikale Abrede	554	B.3.3.1	Qualitatives Element der Erheblichkeit	576
B.3.2.1.2	Gebiet	554	B.3.3.2	Quantitatives Element der Erheblichkeit	577
B.3.2.1.3	Zuweisung von Gebieten	554	B.3.3.3	Zwischenergebnis	580
B.3.2.1.4	Vertriebsvertrag	554	B.3.4	Keine Rechtfertigung aus Effizienzgründen	580
B.3.2.1.5	Verkäufe durch gebietsfremde Vertriebspartner	555	B.3.5	Ergebnis	581
B.3.2.1.6	Ausschluss von Verkäufen	555	B.4	Sanktionierung	581
B.3.2.1.7	Fazit	555	B.4.1	Allgemeine Ausführungen	581
			B.4.1.1	Einleitung	581
			B.4.1.2	Tatbestandsmerkmale von Art. 49a Abs. 1 KG	581
			B.4.1.2.1	Unternehmen	581
			B.4.1.2.2	Unzulässige Verhaltensweise	581

B.4.1.2.3	Sanktionierbarkeit im Falle der Widerlegung der Vermutung	581
B.4.1.2.4	Vorwerfbarkeit	582
B.4.1.2.5	Ergebnis	585
B.4.2	Sanktionsbemessung	585
B.4.2.1	Maximalsanktion	585
B.4.2.2	Konkrete Sanktionsberechnung	586
B.4.2.2.1	Basisbetrag	586
B.4.2.2.2	Dauer des Verstosses	589
B.4.2.2.3	Erschwerende und mildernde Umstände	589
B.4.3	Ergebnis	590
<b>C</b>	<b>Kosten</b>	<b>590</b>
<b>D</b>	<b>Ergebnis</b>	<b>591</b>
<b>E</b>	<b>Dispositiv</b>	<b>591</b>
<b>F</b>	<b>ANHÄNGE</b>	<b>592</b>
<b>A</b>	<b>Sachverhalt</b>	

### A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Am 12. Oktober 2010 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine Anzeige<sup>1</sup> eines Kaufinteressenten mit folgendem Wortlaut ein:

„Ein Vertragshändler von BMW/Mini Neufahrzeugen im grenznahen Ausland verweigert mir den Verkauf eines Neuwagens mit dem Hinweis, dass er dieses nicht tun dürfe, weil der Hersteller sicherstellen will, dass der Schweizer Markt nicht konkurrenziert wird. Ich besitze zwar eine von mir unterschriebene Neuwagenbestellung des Vertragshändlers. Tags darauf will der Händler mit Berufung auf einen Irrtum mit der Bestellung nichts mehr zu tun haben und mir stattdessen nur einen Vorführ- oder Gebrauchtwagen verkaufen.“<sup>2</sup>

2. Am 19. Oktober 2010, liess die Redaktion der Sendung „Kassensturz“ (nachfolgend: Redaktion „Kassensturz“) dem Sekretariat ein Schreiben zukommen. Es handelte sich um folgende Stellungnahme der BMW AG, München (nachfolgend: BMW AG, siehe Rz 74), zum Thema „Import von BMW/MINI Neufahrzeugen aus Deutschland in die Schweiz“.<sup>3</sup>

„[...] Im Einklang mit den wettbewerbsrechtlichen Massgaben der Europäischen Kommission erstreckt sich das Vertriebsrecht der BMW und MINI Händler in Deutschland wie auch in den anderen Staaten des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR)<sup>4</sup> auf den gesamten EWR. Hierdurch haben Kunden mit Wohnsitz im EWR, gleich welcher Herkunft, die Möglichkeit, den Wettbewerb im EWR für sich zu nutzen und neue BMW und MINI Fahrzeuge von beliebigen BMW und MINI Händlern ihrer Wahl innerhalb des EWR zu beziehen.

Die Schweiz unterhält bislang mit den Mitgliedstaaten des EWR nur Freihandelsabkommen, hier gilt jedoch nicht europäisches Wettbewerbsrecht.

Auf Basis der o.g. wettbewerbsrechtlichen Massgaben sehen die Verträge der BMW AG mit ihren europäischen Vertriebspartnern nicht den Verkauf von BMW- und MINI-Neufahrzeugen an Kunden mit Wohnsitz ausserhalb des EWR vor. Mit dieser Regel stärken wir die Position unserer Vertriebspartner sowohl im als auch ausserhalb des EWR.

Die BMW Group verfügt auch in der Schweiz über ein dichtes, leistungsfähiges Vertriebsnetz mit 87 Handelsbetrieben [...].<sup>5</sup>

3. Gleichtags wurde in der Sendung „Kassensturz“ des Schweizer Fernsehens ein Bericht zum Thema „Autoimport“ ausgestrahlt. Darin wurde u.a. berichtet, ein „Kassensturz“-Reporter habe eine offizielle BMW-Vertretung im deutschen Lindau besucht und als Kunde nach einem Neuwagen gefragt. Der Verkaufsberater hätte ihn mit dem Argument abweisen müssen, dass er keinen BMW an Schweizer Kunden verkaufen dürfe. Es wurde berichtet, dass BMW AG gegenüber der Redaktion „Kassensturz“ begründete, mit dieser Regel würde die Position der Vertriebspartner von BMW AG in und ausserhalb des EWR gestärkt. Im Bericht wurde daraus gefolgert, dass BMW AG so verhindere, dass Schweizer Konsumenten in Deutschland billigere BMWs und MINIs kaufen können. Weiter wurde berichtet, dass Kunden in

<sup>1</sup> Mit „Anzeige“ werden vorliegend sämtliche Eingaben von nicht am Verfahren beteiligten Personen bezeichnet, die dem Sekretariat Informationen im Zusammenhang mit dem vorliegenden Untersuchungsverfahren mitgeteilt haben und/oder ihr Interesse an der Durchführung einer entsprechenden Untersuchung bekundet haben.

<sup>2</sup> Act. 1.

<sup>3</sup> Act. 2.

<sup>4</sup> Das EWR-Abkommen wurde im Mai 1992 zwischen den damaligen zwölf Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft (EG) und den damaligen sechs EFTA-Staaten Österreich, Finnland, Island, Norwegen, Schweiz und Schweden geschlossen. Da sich die schweizerische Bevölkerung im Dezember 1992 in einem Referendum gegen den Beitritt aussprach, wurde das Abkommen von der Schweiz allerdings nicht ratifiziert. Seitdem das Abkommen 1994 in Kraft trat, sind drei der ursprünglichen EFTA-Staaten - Österreich, Finnland und Schweden - Vollmitglieder der Europäischen Union (EU) geworden, und im Mai 1995 trat Liechtenstein dem EWR bei. Das Abkommen gilt daher jetzt für sämtliche Mitgliedstaaten der EU und drei EFTA-Staaten - nicht aber für die Schweiz, die jedoch weiterhin der EFTA angehört. Das Kernstück des EWR-Abkommens sind die "vier Freiheiten" des Binnenmarktes: der freie Waren-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr und die Freizügigkeit der Personen. Ausserdem erstreckt sich das Abkommen auf gewisse flankierende Massnahmen zum Binnenmarkt, z.B. Wettbewerbs- und Sozialpolitik, Verbraucher- und Umweltschutz, Bildung sowie Forschung und Entwicklung (Europäisches Parlament: Kurzdarstellungen 6.3.2. Der Europäische Wirtschaftsraum, abrufbar unter: [www.europarl.europa.eu/factsheets/6\\_3\\_2\\_de.htm?textMode=on](http://www.europarl.europa.eu/factsheets/6_3_2_de.htm?textMode=on) [26. Juli 2011]). Die Schweiz unterzeichnete 1972 mit der EG ein Freihandelsabkommen (FHA). Das FHA schafft eine Freihandelszone für industrielle Erzeugnisse zwischen der Schweiz und der EU. Innerhalb dieser Zone werden Industriewaren mit Ursprung im Gebiet der beiden Vertragsparteien zollfrei gehandelt. Das Abkommen verbietet zudem mengenmässige Beschränkungen des Handels (Kontingente) sowie Massnahmen mit gleicher Wirkung wie Zölle (vgl. Rz 338).

<sup>5</sup> Act. 2.

der Schweiz oft mehr für einen Neuwagen bezahlen würden, als im Ausland. Der tiefe Eurokurs habe die Preisunterschiede noch vergrössert. Zur Verdeutlichung wurde ein Preisvergleich (exkl. Mehrwertsteuer, Euro-Kurs 1.34) für den BMW 335i aufgeführt, der in der Schweiz CHF 60'130.- und in Deutschland CHF 47'970.- kostete und folglich in der Schweiz 25 % teurer sei als in Deutschland.<sup>6</sup>

4. In der Folge gingen beim Sekretariat verschiedene Anzeigen von Kaufinteressenten mit Wohnsitz in der Schweiz ein, die erfolglos versucht hatten Neufahrzeuge der Marke BMW bzw. MINI aus Deutschland, Österreich und Grossbritannien zu importieren (siehe Rz 12; Anhang XV).

5. Laut den schriftlichen Auskünften der BMW AG gegenüber der Redaktion von „Kassensturz“ und den Anzeigen von Kaufinteressenten, untersagt die BMW AG (siehe Rz 74) ihren europäischen Vertriebspartnern möglicherweise den Verkauf von BMW- und MINI-Neufahrzeugen an Kunden mit Wohnsitz ausserhalb des EWR. Dies sind Anhaltspunkte für eine unzulässige vertikale Abrede über die Zuweisung von Gebieten (Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 KG<sup>7</sup>).

6. Gemäss Ziff. 14 Bst. a KFZ-Bekanntmachung<sup>8</sup> stellt im selektiven Vertriebssystem<sup>9</sup> u.a. die Beschränkung der Möglichkeit der Endverbraucher in der Schweiz, Kraftfahrzeuge ohne Einschränkung bei einem im EWR tätigen Händler zu beziehen in der Regel eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG dar, die nicht gerechtfertigt ist.<sup>10</sup>

7. Mit der Untersuchung soll geprüft werden, ob die BMW AG für den Fall, dass sie die von ihr hergestellten Neufahrzeuge über ein selektives Vertriebssystem vertreibt, den Wettbewerb in unzulässiger Weise einschränkt, indem sie ihre Vertriebspartner im EWR möglicherweise dazu anhält, keine Neufahrzeuge an Endkunden ausserhalb des EWR zu verkaufen, und damit Direktimporte<sup>11</sup> in die Schweiz verhindert bzw. behindert.

8. Zur BMW Group gehören die folgenden Marken: BMW, MINI und Rolls Royce Motor Cars.<sup>12</sup> Die vorliegende Untersuchung betrifft nur die Marken BMW und MINI.

## A.2. Verfahren

9. Am 12. Oktober 2010 ging beim Sekretariat eine Anzeige eines Kaufinteressenten für einen Neuwagen ein, dem ein Vertragshändler von BMW- und MINI-Neufahrzeugen im grenznahen Ausland den Verkauf eines Neuwagens mit dem Hinweis verweigert hatte, der Hersteller untersage dies, um sicherzustellen, dass der Schweizer Markt nicht konkurrenziert werde (Rz 1; Act. 1).

10. Am 19. Oktober 2010 hat die Redaktion „Kassensturz“ dem Sekretariat ein Schreiben der BMW AG vom 15. Oktober 2010 übergeben, worin die BMW AG der Redaktion „Kassensturz“ schreibt, dass der Verkauf von Neufahrzeugen der Marken BMW und MINI an Kunden mit Wohnsitz ausserhalb des EWR in den Verträgen der BMW AG mit ihren europäischen Vertriebspartnern nicht vorgesehen sei (Rz 2; Act. 2).

11. Gleichentags wurde im Schweizer Fernsehen die Sendung „Kassensturz“ ausgestrahlt, worin berichtet wurde, BMW AG verhindere, dass Schweizer Konsumenten in Deutschland billigere BMWs und MINIs kaufen könnten (Rz 3).

12. In der Folge gingen beim Sekretariat verschiedene Anzeigen von Kaufinteressenten ein, die erfolglos versucht hatten, Neufahrzeuge der Marken BMW bzw. MINI aus Deutschland (Act. 7, 11, 15<sup>13</sup>, 17<sup>14</sup>, 18, 19, 20<sup>15</sup>, 23, 24, 27, 33, 61, 65, 96), Österreich (Act. 4, 5) und Grossbritannien (Act. 8, 28) zu importieren (Anhang XV). Insgesamt gingen beim Sekretariat 16 (z.T. dokumentierte) Anzeigen von schweizerischen Kaufinteressenten ein, die bei Händlern in den besagten Ländern kein Neufahrzeug der Marke BMW bzw. MINI kaufen konnten, wobei 11 Anzeiger auf eine entsprechende Weisung von BMW hingewiesen wurden (Anhang XV).

<sup>6</sup> Autoimport, Autofirma verbietet Kauf an Schweizer, Sendung „Kassensturz“ vom 19. Oktober 2010, abrufbar unter: <http://www.kassensturz.sf.tv/Nachrichten/Archiv/2010/10/19/Themen/Konsum/Autofirma-verbietet-Verkauf-an-Schweizer> (16. Juni 2011).

<sup>7</sup> Schweizerisches Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

<sup>8</sup> Bekanntmachung der WEKO vom 21. Oktober 2002 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel (KFZ-Bekanntmachung).

<sup>9</sup> Selektive Vertriebssysteme sind Vertriebssysteme, in denen sich der Kraftfahrzeuglieferant verpflichtet, die Vertragswaren oder Dienstleistungen unmittelbar oder mittelbar nur an Händler oder Werkstätten zu verkaufen, die aufgrund festgelegter Merkmale ausgewählt werden, und in denen sich diese Händler oder Werkstätten verpflichten, die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht an nicht zugelassene Händler oder unabhängige Werkstätten zu verkaufen (Ziff. 3 Abs. 2 KFZ-Bekanntmachung).

<sup>10</sup> Da die KFZ-Bekanntmachung aus der Zeit vor der Einführung des Art. 5 Abs. 4 KG stammt, wurde in Ziff. 11 der Erläuterungen der WEKO zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel (nachfolgend: Erläuterungen) festgehalten, dass die WEKO Preis- und Gebietsschutzabreden gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 KG sowie unter Beziehen der einschlägigen Bestimmungen der allgemeinen Vertikal-Bekanntmachung prüft. Zudem wurde in den Erläuterungen darauf hingewiesen, dass bei Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG verhängt werden (Erläuterungen Ziff. 11). Gemäss den Erläuterungen dürfen im Selektivvertriebssystem aktive und passive Verkäufe durch den Kraftfahrzeuglieferanten nicht eingeschränkt werden (vgl. Ziffer 14 KFZ-Bekanntmachung).

<sup>11</sup> Mit „Direktimporten“ werden vorliegend Importe durch Endkunden bezeichnet, sofern nichts anderes erwähnt wird. Importe durch Händler werden als „Parallelimporte“ bezeichnet, sofern nichts anderes erwähnt wird. Die Europäische Kommission hingegen verwendet den Begriff „Parallelimporte“ im Automobilbereich für die Summe grenzüberschreitender Verkäufe. Erfasst werden dabei Verkäufe durch Händler, die dem offiziellen Vertriebsnetz angehören an nicht dem Vertriebsnetz angehörende Händler (sog. Wiederverkäufer) in anderen Mitgliedstaaten, an andere, dem Vertriebsnetz angehörende Händler aus anderen Mitgliedstaaten sowie Verkäufe an Endverbraucher aus anderen Mitgliedstaaten, sei es direkt oder unter Einschaltung eines Vermittlers (KOMM, ABl. 1998 L 124/60, Rz 19 VW).

<sup>12</sup> Abrufbar unter [http://www.bmwgroup.com/e/nav/index.html?..0\\_0\\_www\\_bmwgroup\\_com/home/home.html&source=overview](http://www.bmwgroup.com/e/nav/index.html?..0_0_www_bmwgroup_com/home/home.html&source=overview) (22. August 2011).

<sup>13</sup> Betrifft Motorräder.

<sup>14</sup> Betrifft Motorräder.

<sup>15</sup> Betrifft Motorräder.

13. Am 20. Oktober 2010 hat sich das Sekretariat mit einem Auskunftsbegehren an die Redaktion „Kassensturz“ gerichtet und diese gebeten, dem Sekretariat sämtliche Unterlagen im Zusammenhang mit dem Beitrag zum „Autoimport“ in der Sendung vom 19. Oktober 2010 zukommen zu lassen (Act. 6).

14. Mit E-Mail vom 22. Oktober 2010 hat die Redaktion „Kassensturz“ dem Sekretariat mitgeteilt, dass sie dem Sekretariat aus Gründen des Quellenschutzes nicht mehr Informationen geben könne, als sie auf der Internetseite der Sendung „Kassensturz“ veröffentlicht habe (Act. 10).

15. Am 25. Oktober 2010 hat das Sekretariat, im Einvernehmen mit dem Präsidenten der WEKO, eine Untersuchung gegen die BMW Group bzw. die BMW AG und alle mit ihr konzernmässig verbundenen Unternehmen eröffnet. Die BMW AG wurde aufgefordert, bis zum 10. November 2010 eine Stellungnahme zu den Vorwürfen sowie Kopien der Verträge der europäischen BMW Vertriebsgesellschaften (insbesondere der deutschen und österreichischen Vertriebsgesellschaft) mit ihren europäischen Vertriebspartnern (EWR-Händlervertrag) und des in der Schweiz verwendeten Händlervertrages einzureichen (Act. 12).

16. Am darauffolgenden Tag hat das Sekretariat das Bundeskartellamt über die Eröffnung der Untersuchung informiert (Act. 14).

17. Mit Schreiben vom 26. Oktober 2010 wurde der Verband Freier Autohandel Schweiz (VFAS) gebeten, dem Sekretariat entsprechende Erfahrungen beim Import von Neufahrzeugen der Marken BMW und MINI mitzuteilen und zu dokumentieren (Act. 13).

18. Am 2. November 2010 strahlte das Schweizer Fernsehen in der Sendung „Kassensturz“ einen Bericht zum Thema Neuwagen mit dem Titel „So halten Autofirmen ihre Preise hoch“ aus.<sup>16</sup> Darin wurde u.a. berichtet, BMW verbiete in EU-Ländern den Verkauf von Autos an Schweizer Kundschaft.

19. Mit Schreiben vom 8. November 2010 ersuchten die Rechtsvertreter der BMW AG um Erstreckung der Frist zur Einreichung der verlangten Verträge und der Stellungnahme bis zum 30. November 2010 (Act. 29). Das Sekretariat hiess das Gesuch mit Schreiben vom 9. November 2010 gut (Act. 31).

20. Die Publikation der Untersuchungseröffnung im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB)<sup>17</sup> und im Bundesblatt<sup>18</sup> erfolgte am 9. November 2010.

21. Am 9. November 2010 hat der VFAS (Rz 17) eine Stellungnahme eingereicht. Darin wurden drei Fälle von Fahrzeugimporten durch Verbandsmitglieder dokumentiert, in denen es zu Problemen kam (Act. 32).

22. Mit Schreiben vom 30. November 2010 ersuchten die Rechtsvertreter der BMW AG um erneute Erstreckung der Frist zur Einreichung der verlangten Verträge und der Stellungnahme bis zum 6. Dezember 2010 (Act. 40). Das Sekretariat hiess das Gesuch gleichentags gut (Act. 41).

23. Mit Schreiben vom 1. Dezember 2010 haben die Rechtsvertreter der BMW AG beim Sekretariat um Ak-

teneinsicht ersucht und das Sekretariat gebeten, ihnen in Zukunft Kopien der neuen Akten jeweils am Ende des Monats zuzustellen (Act. 42).

24. Am 3. Dezember 2010 gingen beim Sekretariat die Stellungnahme<sup>19</sup> der BMW AG und die Verträge ein, um die das Sekretariat am 25. Oktober 2010 ersucht hatte (Rz 15; Act. 43).

25. Am 8. Dezember 2010 wurde der VFAS gebeten, in der Antwort vom 9. November 2010 (Rz 21) allfällige vertrauliche Informationen zu kennzeichnen (Act. 44).

26. Am 9. Dezember 2010 stellte das Sekretariat den Rechtsvertretern der BMW AG – unter Gutheissung deren Akteneinsichtsgesuch (Rz 23) – sämtliche bis zu diesem Zeitpunkt hinzugekommenen Verfahrensakten auf einem passwortgeschützten elektronischen Datenträger inklusive Aktenverzeichnis zu. Mit demselben Schreiben wurde die BMW AG vom Sekretariat zu einer Anhörung eingeladen (Act. 45).

27. Am 10. Dezember 2010 hat das Sekretariat die Oberzolldirektion der Eidgenössischen Zollverwaltung telefonisch angefragt, ihm allfällige Importstatistiken betreffend Neuwagen zur Verfügung zu stellen (Act. 47).

28. Mit E-Mail vom 23. Dezember 2010 wurde den Rechtsvertretern der BMW AG der Termin vom 26. Januar 2011 für eine Anhörung durch das Sekretariat (Rz 37) bestätigt. Das Sekretariat hat die Rechtsvertreter dahingehend informiert, dass es um die Besprechung von Sachverhaltsfragen gehe und diese gebeten, bestimmte Statistiken ihrer Klientin dem Sekretariat vorweg zuzustellen bzw. zur Besprechung mitzubringen (Act. 49).

29. Mit E-Mail vom 23. Dezember 2010 hat sich ein Schweizer Konsument beim Sekretariat erkundigt, ob es sein könne, dass man für einen BMW X3 xDrive28i in den USA USD 38'000.- bezahle, während der Preis für dasselbe Modell in der Schweiz bei CHF 80 000.- liege (Act. 50).

30. Am 6. Januar 2011 ging eine Anzeige bzw. Bürgeranfrage zum Verfahrensstand ein, die das Sekretariat gleichentags beantwortete (Act. 51).

<sup>16</sup> Abrufbar unter: <http://www.kassensturz.sf.tv/Nachrichten/Archiv/2010/11/02/Themen/Konsum/So-halten-Autofirmen-ihre-Preise-hoch> (16. Juni 2011).

<sup>17</sup> Act. 30.

<sup>18</sup> Bundesblatt Nr. 44 vom 9. November 2011, 7655, abrufbar unter: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2010/7655.pdf> (16. Juni 2011).

<sup>19</sup> Die Stellungnahme der BMW AG vom 3. Dezember 2010 (Act. 43) und die Stellungnahme der BMW AG vom 13. Januar 2012 zum Antrag des Sekretariats vom 21. Oktober 2011 (Act. 164) werden nachfolgend jeweils als solche bezeichnet. Wenn von den „Stellungnahmen“ (Plural) die Rede ist, sind jeweils beide miteingeschlossen.

31. Mit Schreiben vom 12. Januar 2011 richtete das Sekretariat ein Auskunftsbegehren an „Auto-Schweiz“, die Vereinigung Schweizer Automobil-Importeure (nachfolgend: „Auto-Schweiz“). Das Sekretariat bat „Auto-Schweiz“ um Zustellung sämtlicher Statistiken über Importe von Personenwagen der Marken BMW und MINI sowie von Konkurrenzmarken für das Jahr 2010. Zudem wurde „Auto-Schweiz“ nach den Quellen der Zahlen für diese Statistiken und danach gefragt, was „Auto-Schweiz“ unter den Begriffen „Gesamtverkäufe“ und „Direktimporte“ zusammenfasse (Act. 52).

32. Am 13. Januar 2011 hat das Sekretariat ein zweites Auskunftsbegehren an den VFAS gerichtet (vgl. Rz 21). Das Sekretariat bat den Präsidenten des VFAS um Bekanntgabe der Quellen, auf die er sich bei der Aussage gegenüber einem Zeitungsjournalisten, wonach Auto-Direktimporteure im Jahr 2010 50 % mehr abgesetzt hätten, gestützt hatte, wer gemäss dem VFAS alles unter den Begriff „Direktimporteure“ falle und wodurch sich „Parallelimporte“ nach Auffassung des VFAS von „Direktimporten“ unterscheiden würden. Der VFAS wurde zudem um Einreichung allfälliger Statistiken betreffend Direktimporte aus dem EWR für die Jahre 2005 bis 2010 gebeten. Weiter wurde der Präsident des VFAS danach gefragt, worauf er seine Aussage stütze, wonach Direktimporteure inzwischen einen Marktanteil von 7 bis 10 % erreichten und um Zustellung entsprechender Statistiken für die Jahre 2005 bis 2010 gebeten (Act. 53).

33. Am 14. Januar 2011 ging beim Sekretariat eine Anzeige eines Kaufinteressenten für einen BMW 535 i xDrive Diesel GT ein. Er machte das Sekretariat darauf aufmerksam, dass dasselbe Modell in der Schweiz rund CHF 24'000.- teurer sei als in Deutschland. Er schrieb, er ginge davon aus, dass dieser Unterschied zum Teil auf andere Ausstattungen und Serviceleistungen zurückzuführen sei, der entsprechende Mehrwert dürfte nach seiner Einschätzung allerdings höchstens bei CHF 5'000.- liegen (Act. 54).

34. Am 18. Januar 2011 hat das Sekretariat mit der Oberzolldirektion einen Termin vereinbart (Act. 56); diese liess dem Sekretariat Statistiken zum Import von Fahrzeugen zukommen (Act. 57).

35. Mit Schreiben vom 19. Januar 2011 beantwortete „Auto-Schweiz“ das Auskunftsbegehren vom 12. Januar 2011 (Rz 31). In der Beilage befanden sich die verlangten Statistiken über Direktimporte von neuen Personenwagen (CH+FL) und Immatrikulationen von neuen Personenwagen (CH+FL). „Auto-Schweiz“ informierte das Sekretariat, dass ihre Statistiken aus den Rohdaten entstünden, die sie vom ASTRA<sup>20</sup> kaufen würden. Bei den Daten handle es sich um einen monatlichen Auszug aus der MOFIS-Datenbank<sup>21</sup> des ASTRA. Enthalten seien jeweils alle Motorfahrzeuge mit einem Erstzulassungsdatum im laufenden Jahr (Act. 59).

36. Auf entsprechende Nachfrage hin hat „Auto-Schweiz“ dem Sekretariat am 20. Januar 2011 die Verkaufsstatistiken Personenwagen Dezember 2010 für die verschiedenen Auto-Marken zugestellt (Act. 63/64).

37. Am 26. Januar 2011 fand in den Räumlichkeiten des Sekretariats eine Anhörung von Vertretern der BMW AG statt. Anlässlich dieser Anhörung stellte das Sekretariat

den Vertretern der BMW AG konkrete Fragen zum Vertriebssystem der BMW Group, zur Stellungnahme der BMW AG vom 3. Dezember 2010 sowie zur Statistik „Direktimporte und Gesamtverkäufe“. Darüber hinaus erhielten die Vertreter von BMW AG Gelegenheit, ihrerseits Fragen zu stellen und ihre Sicht der Dinge darzulegen. Die Anhörung wurde protokolliert (Act. 65).

38. Mit Schreiben vom 27. Januar 2011 hat der VFAS das Auskunftsbegehren vom 13. Januar 2011 (Rz 32) beantwortet. Der VFAS hat u.a. erklärt, das ASTRA unterscheide zwischen drei Kategorien: Den offiziellen Importen über das Vertriebsnetz eines Herstellers (Fahrzeuge mit CH-Typenschein), den Parallelimporten (durch freie Händler, die parallel zu einem bestehenden Typenschein einen eigenen Typenschein<sup>22</sup> beantragen können) und den Direktimporten (Importe zum Eigengebrauch<sup>23</sup> und Importe kleiner Stückzahlen). Im Handel würde diese begriffliche Unterscheidung von Parallelimporten allerdings kaum gemacht, sondern es würde vom offiziellen Import und vom Direktimport gesprochen. Der VFAS bezeichne alle Importe, die nicht über das offizielle Vertriebsnetz des Herstellers laufen, als Direktimporte. In Bezug auf Direktimporte gebe es keine verlässlichen Statistiken. [„Auto-Schweiz“ erstelle eine interne, vertrauliche Statistik über Direktimporte. Darin würden die Zahlen aus dem automatisierten Fahrzeug- und Fahrzeughalterregister des Bundes (MOFIS)<sup>24</sup> mit den Zahlen verglichen, welche die offiziellen Importeure „Auto-Schweiz“ melden. Die sich daraus ergebende Differenz entspreche in etwa den Direktimporten. Problematisch bei diesen Statistiken sei allerdings, dass importierte Neuwagen darin z.T. nicht erscheinen, weil sie im Ausland bereits zugelassen werden mussten (sog. „Tageszulassungen“) und diesfalls als Gebrauchtfahrzeuge in die Schweiz kämen] (Act. 66).

39. Mit Schreiben vom 28. Januar 2011 leitete der Preisüberwacher eine Anzeige eines Kaufinteressenten für einen BMW an das Sekretariat weiter. Der Anzeiger wollte einen BMW X5 aus den USA zu importieren, weil er dort rund CHF 30'000.- günstiger erhältlich war. Der Händler in den USA teilte ihm allerdings mit, dass BMW Verkäufe in die Schweiz verbiete (Act. 70). Das Sekretariat beantwortete die Anzeige am 2. Februar 2011 (Act. 73) und sendete der Preisüberwachung eine entsprechende Kopie (Act. 74).

<sup>20</sup> Bundesamt für Strassen (ASTRA).

<sup>21</sup> Das Motorfahrzeuginformationssystem der Eidgenössischen Fahrzeugkontrolle. Gemäss Art. 104a Abs. 1 des Strassenverkehrsgesetzes (SVG, SR 741.01) führt der Bund in Zusammenarbeit mit den Kantonen ein automatisiertes Fahrzeug- und Fahrzeughalterregister (MOFIS).

<sup>22</sup> Diese Typenscheinnummern würden sich von den CH-Typenscheinnummern der offiziellen Importeure unterscheiden und die Parallelhändler verpflichten, sich um Rückrufe zu kümmern.

<sup>23</sup> Zum Eigengebrauch eingeführte Fahrzeuge sind von der Typengenehmigung befreit und können bei der kantonalen Zulassungsstelle direkt angemeldet werden (Art. 4 Abs. 1 VTG).

<sup>24</sup> Das MOFIS erfasst alle in der Schweiz und im Fürstentum Liechtenstein gegenwärtig und früher zugelassenen Fahrzeuge sowie die dazu gehörenden Daten über die Halter und Halterinnen, die Haftpflichtversicherung, die Verzollung und die Versteuerung nach dem Automobilsteuergesetz (Art. 1 der Verordnung über das automatisierte Fahrzeug- und Fahrzeughalterregister; SR 741.56).

40. Am 28. Januar 2011 hat das Sekretariat [einer Multimarken-Grosshändlerin für Neuwagen] ein Auskunftsbegehren zukommen lassen. [Diese] wurde gefragt, ob sie in den Jahren 2005 – 2010 Fahrzeuge der Marken BMW und MINI, die für den Verkauf an Kunden in der Schweiz bestimmt waren, im EWR bezog und gebeten, die entsprechenden Bezugzahlen und -länder anzugeben. Die [Grosshändlerin] wurde zudem gebeten, allfällige Probleme mit Bezügen von Fahrzeugen der Marken BMW und MINI im EWR zu dokumentieren. Schliesslich wurde die [Grosshändlerin] gebeten, allfällige Preisvergleiche betreffend Fahrzeuge der Marken BMW und MINI in der Schweiz und in EWR-Ländern einzureichen (Act. 71).

41. Mit Schreiben vom 1. Februar 2011 haben die Rechtsvertreter der BMW AG um Erstreckung der Frist zur Bereinigung des Anhörungsprotokolls bis zum 10. Februar 2011 ersucht (Act. 72). Das Fristerstreckungsgesuch wurde tags darauf gutgeheissen (Act. 75).

42. Mit Schreiben vom 2. Februar 2011 beantwortete „Auto-Schweiz“ das Auskunftsbegehren und hielt fest, ein Markt würde üblicherweise in Segmente aufgeteilt, in der Automobilbranche erfolge eine Segmentierung in „Microwagen“, „Kleinwagen“, „untere Mittelklasse“, „obere Mittelklasse“, „Oberklasse“ und „Luxusklasse“. Gemäss „Auto-Schweiz“ kann davon ausgegangen werden, dass die Segmente „Microwagen“ und „Kleinwagen“ keine Modelle von BMW enthalten (Act. 76).

43. Am 10. Februar 2011 informierte „Auto-Schweiz“ das Sekretariat, dass die Aufschlüsselung der Statistik „Segmente 2010 einer externen Firma in Auftrag gegeben wurde und „Auto-Schweiz“ die Antwort dem Sekretariat weiterleiten werde (Act. 77).

44. Mit E-Mail vom 13. Februar 2011 hat „Auto-Schweiz“ dem Sekretariat die Segmentliste der Neuimmatrikulationen zugestellt und darauf verwiesen, dass es sich um ein vertrauliches Dokument handle (Act. 78).

45. Mit E-Mail vom 15. Februar 2011 hat das Sekretariat den Rechtsvertretern der BMW AG mitgeteilt, dass die von ihnen eingereichte „Clean-Version“ des Protokolls der Anhörung vom 25. Januar 2011 (Rz 65) zu den Verfahrensakten genommen wird. Das Sekretariat hat um Einreichung einer unterzeichneten Version des Protokolls gebeten. Zudem hat sich das Sekretariat nach den Umsätzen der BMW Group in der Schweiz in den Jahren 2007 – 2010 erkundigt (Act. 79).

46. Am 25. Februar 2011 reichten die Rechtsvertreter der BMW AG beim Sekretariat das unterzeichnete Protokoll der Anhörung vom 26. Januar 2011 ein (Rz 65) und stellten ein Gesuch um Akteneinsicht (Act. 81).

47. Mit E-Mail vom 28. Februar 2011 teilte das Sekretariat den Rechtsvertretern der BMW AG mit, dass in den folgenden zwei Wochen diverse Auskunftsbegehren gestellt würden und das Sekretariat es daher als sinnvoller erachtet, mit der Zusendung der neu hinzugekommenen Akten voraussichtlich bis Woche 11 zuzuwarten (Act. 82).

48. Mit Schreiben vom 7. März 2011 beantwortete [Grosshändlerin] das Auskunftsbegehren vom 28. Janu-

ar 2011. [Grosshändlerin] schrieb, dass sie in den Jahren 2005 bis 2010 keine Neufahrzeuge der Marke BMW importiert habe, sondern diese bei zugelassenen Händlern in der Schweiz beschafft hätte. Zum einen seien die Preisunterschiede nicht attraktiv gewesen, zum anderen habe sich kaum ein Händler finden lassen, der bereit gewesen sei, Neufahrzeuge der Marke BMW in die Schweiz zu liefern. Aufgrund des attraktiven Eurowechselkurses im letzten Quartal 2010 habe [Grosshändlerin] versucht, im EWR BMW-Neufahrzeuge zu beschaffen, was nur unter der Bedingung möglich gewesen sei, dass die Neufahrzeuge zunächst drei Monate im Land des Kaufes zugelassen und dann als Gebrauchtfahrzeuge in die Schweiz gekommen wären. Mit derartigen Bedingungen würde BMW AG den Import von Neufahrzeugen in die Schweiz beschränken. Gemäss einem Preisvergleich von [Grosshändlerin] waren BMW Neufahrzeuge (Serie 1, 3 und 5) im EWR im Jahr 2011 über CHF 5'000.- und damit rund 10 bis 15 % günstiger erhältlich als in der Schweiz (Act. 83).

49. Mit E-Mail vom 21. März 2011 erklärten sich die Rechtsvertreter der BMW AG mit der Verschiebung der Akteneinsicht bereit, unter dem Vorbehalt, dass seit der letzten Akteneinsicht vom 9. Dezember 2010 keine wesentlichen Akten hinzugekommen seien (Act. 85).

50. Mit Schreiben vom 24. März 2011 teilte das Sekretariat den Rechtsvertretern der BMW AG mit, dass es sinnvoll sei, mit der Zustellung des aktuellen Aktenverzeichnisses und den neu hinzugekommenen Akten zu warten, bis diese um allfällige Geschäftsgeheimnisse bereinigt sind. Mit demselben Schreiben stellte das Sekretariat den Rechtsvertretern der BMW AG einen Fragebogen zu und bat um Beantwortung bis zum 2. Juni 2011. Im Fragebogen wurden die Umsätze der BMW Group in der Schweiz in den Jahren 2007-2010, die Zuordnung der einzelnen BMW- und MINI-Modellen zu den einzelnen Segmenten, die Verkaufszahlen 2007–2010, fünf Konkurrenzmarken pro Segment und Angaben zum Vertriebssystem erfragt (Act. 86).

51. Mit Schreiben vom 23. März 2011 liess das Sekretariat sämtlichen Mitgliedern der Vereinigung Schweizer Automobilimporteure „Auto-Schweiz“<sup>25</sup> einen Fragebogen zukommen und bat sie, ihre Antworten bis zum 2. Mai 2011 einzureichen. In den Fragebogen wurden die Hersteller bzw. Importeure gebeten, die Modelle der von ihnen angebotenen Fahrzeugmarken den einzelnen Segmenten zuzuordnen, es wurden die Verkaufszahlen 2007–2010 pro Marke, die fünf wichtigsten Konkurrenten pro Segment, Angaben zur Vertriebsstruktur und zu Parallelimporten sowie zu Direktimporten erfragt (Act. 88). Nachdem in einigen Fällen die Frist erstreckt wurde, beantworteten bis zum 29. Juli 2011 alle befragten Marktteilnehmer den Fragebogen.

<sup>25</sup> AMAG Automobil und Motoren AG, BMW Group, Citroen (Suisse) SA, Chevrolet Suisse SA, Emil Frey AG, Emil Frey Gruppe, Fiat Group Automobiles (Switzerland) SA, Ford Motor Company (Switzerland) SA, General Motors Suisse SA, Honda Automobiles Suisse SA, Jaguar Landrover Schweiz AG, KIA Motors AG, Kontich (Hyundai), Korean Motor Company, Mazda (Suisse) SA, Maserati (Suisse) SA, Mercedes-Benz Schweiz AG, MM Automobile Schweiz AG, Porsche Schweiz AG, Peugeot Suisse SA, Nissan Center Europe GmbH, Renault Suisse SA, Saab Automobile AG, SSANGYONG Schweiz AG, Subaru Schweiz AG, Suzuki Automobile Schweiz AG, Toyota AG, Volvo automobiles Schweiz AG.

52. Mit Schreiben vom 8. Juni 2011 bat das Sekretariat sämtliche Hersteller bzw. Importeure von Fahrzeugen, die keine geschäftsgeheimnisbereinigte Versionen ihrer Antworten auf das Auskunftsbegehren eingereicht hatten, dies bis zum 15. Juni 2011 nachzuholen. Die Adressaten der Mahnung wurden darauf aufmerksam gemacht, dass das Sekretariat ohne ihren Gegenbericht davon ausgeht, dass ihre Antworten in der beim Sekretariat vorhandenen Version zu den Verfahrensakten genommen werden und in einer allfälligen Verfügung zitiert und veröffentlicht werden können (Act. 127, 128).

53. Mit E-Mail vom 16. Juni 2011 meldete sich ein Kaufinteressent für einen BMW Neuwagen beim Sekretariat, der die Erfahrung gemacht hatte, dass BMW-Händler in Deutschland nur Gebrauchtwagen an Kunden in der Schweiz verkaufen dürfen (Act. 133).

54. Mit E-Mail vom 23. Juni 2011 bat das Sekretariat den VFAS, im Schreiben vom 27. Januar 2011 allfällige Geschäftsgeheimnisse zu bereinigen (Act. 135). Der VFAS kam dieser Aufforderung am 27. Juni 2011 nach (Act. 136).

55. Am 29. Juni 2011 entsprach das Sekretariat dem Akteneinsichtsgesuch der Rechtsvertreter der BMW AG vom 25. Februar 2011 und liess ihnen einen passwortgeschützten elektronischen Datenträger zukommen, auf dem sämtliche Verfahrensakten abgespeichert waren, die seit der Akteneinsicht vom 9. Dezember 2011 hinzugekommen waren (Act. 140).

56. In der Sonntagszeitung vom 3. Juli 2011 wurde unter dem Titel „Deutsche BMW-Händler dürfen wieder an Schweizer verkaufen“ berichtet, dass Brancheninsider jenseits der Grenze bestätigt hätten, dass das Verkaufsverbot vom Tisch sei (Act. 141). Gemäss Recherchen der Sonntagszeitung sollen die Händler eine entsprechende schriftliche Mitteilung von der BMW Group erhalten haben. Gestützt auf diesen Artikel liess das Sekretariat den Rechtsvertretern der BMW AG am 11. Juli 2011 ein Schreiben zukommen (Act. 144). In diesem Schreiben wurde die BMW AG gebeten, das Sekretariat über entsprechende Mitteilungen an ihre Vertragshändler im EWR zu informieren.

57. Am 7. Juli strahlte das Schweizer Fernsehen in der Sendung „10vor10“ einen Bericht mit folgendem Titel aus: „Eurotief: Konsumenten haben wenig davon.“ Es wurde berichtet, dass der Euro Anfang 2008 noch CHF 1.65, Mitte 2011 nur noch CHF 1.17 kostete und damit um 29 % sank. In derselben Zeit sei der Importpreisindex lediglich um 2.9 % gesunken. Es wurde danach gefragt, wer dafür verantwortlich sei. Es wurde ein Autohändler in Deutschland interviewt, der sagte ein Kunde aus der Schweiz habe gerade ein sehr teures Auto gekauft und dabei CHF 30'000.- gespart, aber auch schon beim Kauf eines „normalen“ BMWs liessen sich durchschnittlich CHF 5'000.- bis CHF 10'000.- einsparen. Die BMW AG nahm schriftlich Stellung, indem sie darauf verwies, dass der Kunde in der Schweiz aktuell von speziellen Aktionen und Eintauschprämien profitieren könne. Konsumentenschützerin Sara Stalder kam zu Wort und kritisierte, Schweizer Autohändler würden den Wechselkursgewinn zu wenig weiter geben. Sie forderte die WEKO zum Handeln auf. Der Direktor des Sekretariats wurde zur Stellungnahme angefragt und sagte, für

die Eröffnung einer Untersuchung durch die WEKO müssten konkrete Anhaltspunkte für eine kartellrechtlich unzulässige Verhaltensweise gegeben sein. Ob diese vorliegen, würde aktuell im Rahmen von zahlreichen Vorabklärungen und Marktbeobachtungen geprüft, über welche die Öffentlichkeit in der Regel nicht informiert werde. Herr Bundesrat Schneider-Ammann wurde danach gefragt, ob er nun Druck auf die WEKO ausüben wolle. Er verneinte dies und machte darauf aufmerksam, dass die WEKO in der Vergangenheit bewiesen habe, dass sie das Wohl der Konsumenten ernst nehme. Herr Roger Zäch äusserte sich ebenfalls. Er sagte u.a., dass er die ausländischen Hersteller und ihre Generalimporteure für die Nichtweitergabe von Währungsgewinnen für verantwortlich halte. Es würde klar verhindert, dass Parallelimporte stattfinden und dass Schweizer Händler zu Europapreisen einkaufen können (Act. 145).

58. Am 15. Juli 2011 äusserte sich der Direktor des Sekretariats auf Anfrage hin folgendermassen in der Presse: "Im Fall von BMW haben sich viele Kunden beklagt, sie könnten einen BMW nicht direkt in Deutschland kaufen, weil den Händlern eine direkte Lieferung in der Schweiz untersagt worden sei. Nach unserer Untersuchungseröffnung letzten Herbst hat BMW rasch reagiert, und plötzlich hat BMW Gratisausstattungen offeriert, um die Schweizer Kunden zu beruhigen. Wem der Preis weiterhin nicht passt, kann BMW jetzt direkt aus dem EU-Raum importieren. Die Konsumenten helfen sich offenbar selbst - umso besser. Aber der Fall BMW zeigt die Wirkung einer Untersuchung. Denn über BMW hinaus weiss jeder Autoimporteur spätestens jetzt, dass er Parallelimporte nicht verbieten kann. Der Markt ist wieder offen. Das bringt die Preise aller Autos ins Rutschen."<sup>26</sup>

59. Mit Schreiben vom 25. Juli 2011 teilten die Rechtsvertreter der BMW AG dem Sekretariat mit, dass von Seiten BMW AG keine Mitteilung an die Händler im EWR zum Thema Verkäufe in die Schweiz ergangen sei (Act. 146). Zu einer derartigen Kommunikation habe kein Anlass bestanden, da an der bisherigen Duldungspraxis nichts geändert worden sei. Nicht ausgeschlossen werden könne, dass vereinzelt Aussendienstmitarbeiter Rückfragen der von ihnen betreuten Händler, etwa betreffend den Fortbestand der Duldungspraxis, beantwortet hätten. Die BMW AG habe nach Durchführung einer internen Prüfung keine Kenntnis von solcher Korrespondenz.

60. Am 15. August 2011 bat das Sekretariat die Rechtsvertreter der BMW AG, eine Kopie der EWR-Händlerverträge, die im Zeitraum 2004 bis 2008 in Kraft waren, zukommen zu lassen (Act. 152).

<sup>26</sup> Artikel von der Website des Blicks (Interview) vom 15. Juli 2011  
Konsumenten müssen den Händlern drohen.



61. Am 21. August 2011 äusserte sich der Direktor des Sekretariats auf entsprechende Anfrage hin folgendermassen in der Presse: "Wir öffnen Märkte, aber ob Konsumenten und Unternehmungen dann die aufgestossenen Türen auch nutzen, ist eine ganz andere Frage. Im Fall BMW haben wir Entscheidendes innert Wochen erreicht: Schweizer können diese Marke auch bei deutschen Händlern bestellen."<sup>27</sup>

62. Mit Schreiben vom 5. September 2011 reichten die Rechtsvertreter der BMW AG eine Kopie des deutschen BMW Händlervertrags 2003 ein (Act. 153). Gemäss den Rechtsvertretern der BMW AG handle es sich dabei um einen Vertrag, der exemplarisch für die Händlerverträge im gesamten EWR stehe (Act. 153).

63. Nachdem sich Mitarbeiter des Sekretariats in der Presse zur laufenden Untersuchung gegen die BMW AG geäussert hatten (vgl. z.B. Rz 57 und 61), reichten die Rechtsvertreter der BMW AG mit Schreiben vom 7. September 2011 beim Präsidenten der Wettbewerbskommission eine Aufsichtsbeschwerde ein (Act. 154). Es wurde beantragt, die Vorinstanz sei anzuweisen, 1. von jeder voreingenommenen Kommentierung der laufenden Untersuchung in der Öffentlichkeit abzusehen; 2. die Untersuchung mit der gebotenen Objektivität und Unvoreingenommenheit zu führen und den Sachverhalt mit der gebotenen Objektivität und Unvoreingenommenheit zu ermitteln und zu würdigen. Mit Schreiben vom 19. September 2011 teilte der Präsident der WEKO den Rechtsvertretern der BMW AG mit, dass kein Anlass zu einem formellen aufsichtsrechtlichen Einschreiten bestehe, weil das Sekretariat von Gesetzes wegen zur gebotenen Objektivität und Unvoreingenommenheit verpflichtet ist. Im Hinblick auf die Kommunikation in der Öffentlichkeit in Bezug auf den vorliegenden Fall leitete der Präsident die Aufsichtsbeschwerde im Sinne einer Sensibilisierung an den Direktor des Sekretariats weiter (Act. 155).

64. Am 20. Oktober 2011 liess „Auto-Schweiz“ dem Sekretariat die aktuellen Direktimportstatistiken zukommen (Act. 159 und 160).

65. Mit Schreiben vom 21. Oktober 2011 wurde der Antrag des Sekretariats BMW AG zur Stellungnahme zugestellt (Act. 161). BMW AG nahm am 13. Januar 2012 nach gewährter Fristerstreckung zum Antrag des Sekretariats Stellung (Act. 164).

66. Mit E-Mail vom 21. Februar 2012 resp. 27. Februar 2012 stellte das Sekretariat im Auftrag der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) Anschlussfragen an [Grosshändlerin] resp. Auto-Schweiz (Act. 168 und 169). Die entsprechenden Antworten gingen am 28. Februar 2012 resp. am 29. März 2012 ein (Act. 171 und 180).

67. Am 27. Februar 2012 stellte BMW AG ein Akteneinsichtsgesuch (Act. 170). Die Akteneinsicht wurde BMW AG sodann am 29. Februar 2012 und anschliessend fortlaufend gewährt (Act. 172, 173 und 182).

68. Am 26. März 2012 fand eine Anhörung von BMW AG gemäss Art. 30 Abs. 2 KG vor der WEKO statt (Act. 185).

69. Im Anschluss an die Anhörung verlangte die WEKO am 27. März 2012 von BMW AG, die Berechnungsgrundlagen für die von ihr vorgenommene Marktanteilsberechnung gemäss den Beilagen 6 – 10 ihrer Stellungnahme vom 13. Januar 2012 offen zu legen (Act. 177). BMW AG kam dieser Aufforderung mit E-Mail vom 29. März 2012 nach (Act. 181).

70. Mit Schreiben vom 16. April 2012 informierte BMW AG darüber, dass BMW AG sich entschlossen habe, unverzüglich eine Mitteilung an die Händler im EWR zu versenden, in der formal klargestellt werde, dass die Schweiz unter den bestehenden BMW und MINI Händlerverträgen im EWR, insbesondere Ziffer 1.5, als Teil des EWR zu behandeln ist (Act. 183). Auf Nachfrage reichte BMW AG am 27. April 2012 exemplarisch die von ihr am 20. April 2012 an die gesamte BMW und MINI Händlerorganisation in Deutschland versandte Klarstellung zu den BMW und zu den MINI Händlerverträgen ein. Gemäss Angaben von BMW AG wurde diese Mitteilung gleichentags an die Vertriebstochtergesellschaften in den übrigen EWR Ländern versandt, welche wiederum die Mitteilung an die Handelsorganisationen weiterleiteten (Act. 186).

71. Am 7. Mai 2012 entschied die WEKO über das vorliegende Verfahren. Die Verfügung wurde BMW AG sodann mit Schreiben vom 23. Mai 2012 eröffnet.

## **B Erwägungen**

### **B.1 Geltungsbereich**

72. 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 Abs. 1 KG).

#### **B.1.1 Persönlicher Geltungsbereich**

73. Der persönliche Geltungsbereich wird über den Begriff des Unternehmens definiert.<sup>28</sup> Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Mangels wirtschaftlicher Selbständigkeit sind namentlich abhängige Tochtergesellschaften vom Geltungsbereich des Kartellgesetzes ausgenommen und werden Wettbewerbsbeschränkungen durch Konzerngesellschaften dem Konzern zugerechnet.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> Artikel in der NZZ am Sonntag (Interview) vom 21. August 2011 Druck der Konsumenten wirkt.

<sup>28</sup> JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.) 2010, Art. 2 N 7.

<sup>29</sup> Vgl. BSK KG-LEHNE (Fn 28), Art. 2 N 14.

74. Die vorliegende Untersuchung richtet sich gegen die BMW Group bzw. die Unternehmenszentrale in München (BMW AG) und alle mit ihr konzernmässig verbundenen Unternehmen (Act. 12), namentlich gegen die Vertriebsgesellschaften im EWR und auch gegen die BMW Schweiz AG, mit Sitz in Dielsdorf. Die BMW AG ist als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> zu qualifizieren und mögliche Wettbewerbsbeschränkungen durch ihre Vertriebsgesellschaften werden ihr zugerech-

net. Obwohl die vorliegend massgeblichen Vertriebsverträge nicht stets direkt durch die BMW AG, sondern teilweise auch durch deren Vertriebsgesellschaften mit den Vertriebspartnern geschlossen wurden, erfolgt nachfolgend keine Differenzierung. Dies soll die Verständlichkeit erleichtern und ist insofern sachgerecht, als die Handlungen der Vertriebsgesellschaften der Unternehmenszentrale, wie soeben erwähnt, zugerechnet werden.

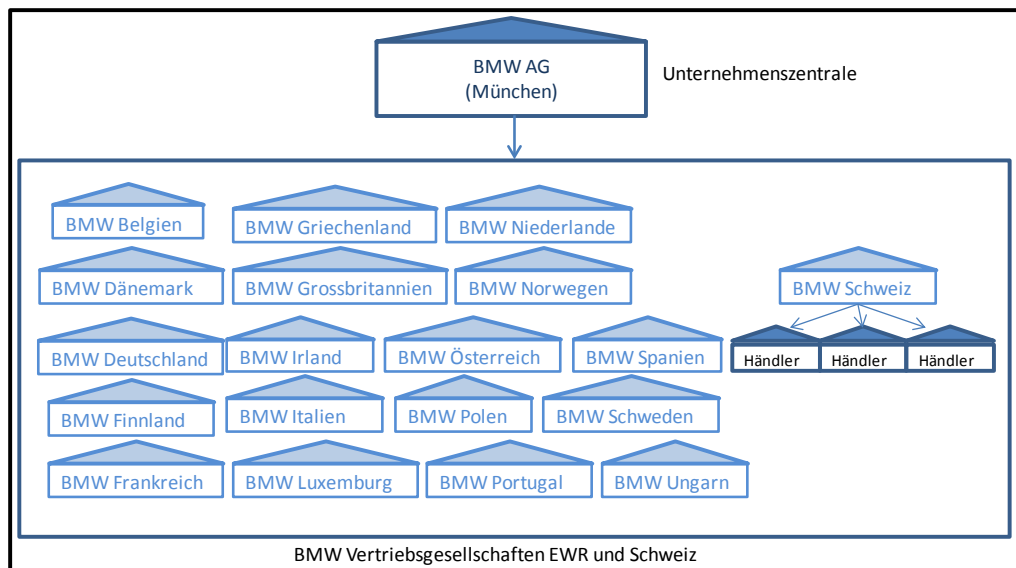


Abbildung 1: Organisation der BMW Group im EWR und in der Schweiz<sup>30</sup>

### B.1.2 Sachlicher Geltungsbereich

75. In den sachlichen Geltungsbereich fallen alle Formen privatwirtschaftlich veranlasster Wettbewerbsbeschränkungen.<sup>31</sup> Dazu gehören auch Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG. Wie nachfolgend aufgezeigt wird (B.3.1.), haben Vertriebsgesellschaften der BMW Group mit den durch sie belieferten Händlern Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG getroffen. Folglich ist auch der sachliche Geltungsbereich erfüllt.

### B.1.3 Räumlicher Geltungsbereich

76. Das Kartellgesetz ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland verursacht werden (sog. Auswirkungsprinzip; Art. 2 Abs. 2 KG). Mit anderen Worten kommt es nicht darauf an, wo eine Wettbewerbsbeschränkung veranlasst wurde. Stattdessen ist massgebend, ob sich diese im schweizerischen Markt erheblich auswirkt.<sup>32</sup> In Abschnitt B.3.1. wird aufgezeigt, dass die BMW AG bzw. Vertriebsgesellschaften der BMW AG im Ausland mittels Abreden mit den ausländischen Händlern Direktimporte in die Schweiz verhierten bzw. behinderten. In Abschnitt B.3.3. wird dargelegt, dass sich dieser im Ausland veranlasste Sachverhalt erheblich auf die Wettbewerbsverhältnisse in der Schweiz auswirkt bzw. ausgewirkt hat. Das Kartellgesetz ist folglich anwendbar.

77. Die Rechtsvertreter der BMW AG argumentierten in ihrer Stellungnahme zur Untersuchungseröffnung vom 3. Dezember 2010, das Kartellgesetz sei nicht anwend-

bar, weil es zu keiner bzw. nicht zu einer „wesentlichen“ Beschränkung des Wettbewerbs in der Schweiz gekommen sei (Act. 43 Rz 64).

78. In der Lehre ist die Frage, ob das Mass der geforderten Intensität der Auswirkungen bereits auf Stufe der Prüfung des räumlichen Geltungsbereichs oder erst auf Stufe der Prüfung der materiellen Norm (Art. 5, 7 oder 9 KG) analysiert wird, umstritten.<sup>33</sup> In der einschlägigen Praxis der WEKO wurde die Frage des Ausmasses der Auswirkungen einer möglichen Wettbewerbsabrede nicht bereits auf der Stufe des räumlichen Geltungsbereichs beantwortet, sondern erst auf der Stufe der Prüfung der Auswirkungen der festgestellten Wettbewerbsabrede auf die relevanten Märkte.<sup>34</sup> Dementsprechend wird vorliegend im Rahmen der Analyse des Vorliegens einer unzulässigen Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG (B.3.) und nicht bereits beim räumlichen Geltungsbereich geprüft, ob Direktimporte in die Schweiz tatsächlich verhindert bzw. behindert wurden (B.3.2.) und sich dies in der Schweiz erheblich ausgewirkt hat (B.3.3.).

<sup>30</sup> [www.bmwgroup.com/d/nav/index.html?..0\\_0\\_www\\_bmwgroup\\_com/home/home.html&source=overview](http://www.bmwgroup.com/d/nav/index.html?..0_0_www_bmwgroup_com/home/home.html&source=overview).

<sup>31</sup> Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft KG 1994), BBl 1995 I 468 ff, 534.

<sup>32</sup> Botschaft KG 1994 (Fn 31), 535.

<sup>33</sup> Vgl. für eine Darlegung der verschiedenen Auffassungen BSK KGLEHNE, Art. 2 N 53; PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (Hrsg.), 2002, Art. 2 KG N 68, der sich gegen eine Prüfung der Intensität der Auswirkungen auf Stufe des räumlichen Anwendungsbereichs ausspricht.

<sup>34</sup> Vgl. z.B. RPW 2000/1, 209 Rz 47, *Volkswagen-Vertriebssystem*.

## B.2 Vorbehaltene Vorschriften

79. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

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

## B.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede über die Zuweisung von Gebieten

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

### B.3.1 Wettbewerbsabrede

82. 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).

83. Eine Wettbewerbsabrede definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: Ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken (B.3.1.1.) der an der Abrede beteiligten Unternehmen (B.3.1.3.) und die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung (B.3.1.2.). Nachfolgend wird geprüft, ob die Tatbestandselemente vorliegend erfüllt sind.

#### B.3.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

84. Die in Art. 4 Abs. 1 KG aufgeführten Formen von Wettbewerbsabreden zeichnen sich alle dadurch aus, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren.<sup>35</sup> Am einfachsten gelingt der Nachweis eines „bewussten und gewollten Zusammenwirkens“, wenn die Wettbewerbsabrede in der Form einer ausdrücklichen Vereinbarung vorliegt.<sup>36</sup>

85. Die im EWR verwendeten BMW-Händlerverträge enthalten eine Klausel, gemäss der es den Händlern untersagt ist, BMW Fahrzeuge an Abnehmer ausserhalb des EWR zu liefern. Zur Illustration wird die entsprechende Klausel aus dem in Deutschland verwendeten BMW-Händlervertrag zitiert.<sup>37</sup> Gemäss den Rechtsvertretern der BMW AG kann dieser Vertrag hinsichtlich des Umfangs der Vertriebsrechte der Händler für den ganzen EWR, mit Ausnahme des Fürstentums Liechtenstein,<sup>38</sup> als massgebend betrachtet werden.<sup>39</sup>

86. Der im EWR seit dem 1. Oktober 2003 verwendete BMW-Händlervertrag<sup>40</sup> enthält folgende Exportklausel:

## „1.5 Export

Dem Händler ist es weder gestattet, unmittelbar oder über Dritte neue BMW Fahrzeuge und Original BMW Teile an Abnehmer in Länder ausserhalb des EWR zu liefern noch Fahrzeuge für solche Zwecke umzurüsten.“

87. Gemäss den Rechtsvertretern der BMW AG stimmt der MINI-Händlervertrag, mit Ausnahme der Markenbezeichnung der Vertragsware, mit dem BMW-Händlervertrag überein.<sup>41</sup> Nachfolgend wird deshalb vom EWR-Händlervertrag gesprochen. Es verpflichten sich also sämtliche Händler im EWR, die mit der BMW AG direkt oder einer Vertriebsgesellschaft der BMW AG einen EWR-Händlervertrag abgeschlossen haben, Verkäufe von BMW- bzw. MINI-Neufahrzeugen<sup>42</sup> an Abnehmer (Händler, unabhängige Vermittler und Endkunden) in der Schweiz zu unterlassen.

88. Neben dem Verzicht auf Exporte aus dem EWR wurde auch der Verzicht auf Bezüge im EWR vertraglich geregelt: Der in der Schweiz seit dem 1. Januar 2005 verwendete BMW-Händlervertrag<sup>43</sup> enthält folgende Bezugsklausel:

[...]

89. Im Unterschied dazu enthält der im EWR seit dem 1. Oktober 2003 verwendete BMW-Händlervertrag<sup>44</sup> folgende Bezugsklausel:

[...]

90. Folglich verpflichten sich die Vertragspartner von BMW Schweiz AG (siehe Rz 74) vertraglich zum Bezug über BMW Schweiz AG und verzichten damit auf einen direkten Bezug über andere Bestellsysteme von BMW AG und folglich auf Parallelimporte<sup>45</sup> in die Schweiz.

91. Sowohl das vertragliche Exportverbot im EWR als auch das Parallelimportverbot in den BMW-Händlerverträgen in der Schweiz sind als bewusstes und gewolltes Zusammenwirken zwischen der BMW AG (siehe Rz 74) und den Händlern im EWR und in der Schweiz im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

<sup>35</sup> THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 N 81.

<sup>36</sup> BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 35), Art. 4 Abs. 1 N 82.

<sup>37</sup> Act. 43 Beilagen 4 (in Kraft seit 1.10.2008) der Händlervertrag 2003 (Act. 152 Beilage; in Kraft vom 1.10.2003 bis 30.9.2008).

<sup>38</sup> Gemäss Händlervertrag für das Fürstentum Liechtenstein sind Exporte an Abnehmer in der Schweiz zulässig (Act. 43 Beilage 7).

<sup>39</sup> Act. 43 Rz 11 und Act. 152.

<sup>40</sup> Act. 152 Beilage (in Kraft vom 1.10.2003 bis 30.9.2008) und Act. 43 Beilage 4 (in Kraft seit 1.10.2008).

<sup>41</sup> Act. 43 Rz 10.

<sup>42</sup> Gegenstand vorliegender Untersuchung sind nur die Verkäufe von BMW- bzw. MINI-Neufahrzeugen und nicht die Verkäufe von BMW bzw. MINI Original Teilen.

<sup>43</sup> Act. 43 Beilage 2 (in Kraft seit 1.1.2005).

<sup>44</sup> Act. 152 Beilage.

<sup>45</sup> Vorliegend werden Importe durch Händler als „Parallelimporte“ und Importe durch Endkunden als „Direktimporte“ bezeichnet (Vgl. Fn 11).

92. BMW AG äussert sich in ihrer Stellungnahme vom 13. Januar 2012 nicht zur Qualifikation der obgenannten Vertragsklauseln als bewusstes und gewolltes Zusammenwirken zwischen der BMW AG und den Händlern im EWR und in der Schweiz im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG.

93. Hingegen machten die Rechtsvertreter der BMW AG in der Stellungnahme vom 3. Dezember 2010 diesbezüglich geltend, die Händlerverträge der BMW (Schweiz) AG seien der WEKO am 30. Dezember 2004 gemäss der Schlussbestimmung zur Änderung vom 20. Juni 2003 innerhalb des Jahres nach Inkrafttreten von Art. 49a KG gemeldet und vom Sekretariat als zulässig qualifiziert worden. Nach Rücksprache mit der WEKO sei im Rahmen der Meldung vom 30. Dezember 2004 zur weiteren Klarstellung des Schweizer Händlervertrags am 24. November 2005 eine Mitteilung an sämtliche Händler und Service Werkstätten verschickt worden. Gemäss dieser Mitteilung sei es den Händlern und Service Werkstätten u.a. erlaubt, passive und aktive Käufe von neuen BMW aus dem EWR durchzuführen, dies innerhalb der Regelungen des selektiven Vertriebssystems.<sup>46</sup>

94. Es ist richtig, dass die schweizerischen BMW- und MINI-Händlerverträge dem Sekretariat durch die Rechtsvertreter der BMW AG am 30. Dezember 2004 gemeldet wurden. Hingegen wurden die EWR-Händlerverträge dem Sekretariat nicht vorgelegt. In diesem Zusammenhang machte das Sekretariat die Rechtsvertreter namentlich darauf aufmerksam, dass es Händlern des BMW Netzes in der Schweiz möglich sein muss, Neufahrzeuge von anderen BMW Händlern aus dem EWR zu importieren.<sup>47</sup> Laut den Rechtsvertretern der BMW AG hat die BMW (Schweiz) AG ihren Geschäftspartnern in der Folge kommuniziert, dass die Durchführung von passiven und aktiven Käufen von neuen BMW Fahrzeugen aus dem EWR im Rahmen des selektiven Vertriebssystems erlaubt sei.<sup>48</sup> Das Sekretariat betrachtete die eingereichten Vertragswerke in Verbindung mit den von der BMW (Schweiz) AG eingereichten Bestätigungen sowie der erfolgten Mitteilung an die Händler als konform mit der KFZ-Bekanntmachung. Es wies allerdings darauf hin, dass die WEKO dadurch nicht gebunden werde. Zudem behielt sich das Sekretariat ausdrücklich vor, zu einem späteren Zeitpunkt das Vertriebssystem von BMW/MINI zu prüfen, wenn es Kenntnis von möglichen unzulässigen Verhaltensweisen erhalten sollte.<sup>49</sup>

95. Die Mitteilung der BMW (Schweiz) AG an die Händler, wonach sie im Rahmen des selektiven Vertriebssystems BMW- bzw. MINI Neufahrzeuge im EWR beziehen dürfen, zeigt, dass man sich der kartellrechtlichen Problematik im Zusammenhang mit der Beschränkung von Direktimporten in die Schweiz konzernintern bewusst war. Von einem international tätigen Konzern in der Grösse der BMW Group hätte daher erwartet werden können, dass die Exportverbotsklausel im EWR-Händlervertrag und die Bezugsklausel im schweizerischen Händlervertrag angepasst werden. Abgesehen von der Mitteilung der BMW (Schweiz) AG an die Händler im Jahr 2005, wurde konzernintern allerdings nichts unternommen, um den EWR-Händlervertrag und den schweizerischen Händlervertrag unmissverständlich mit dem schweizerischen Kartellrecht in Übereinstimmung

zu bringen. Insbesondere erfolgte gegenüber den Vertriebspartnern der BMW Group im EWR keine Mitteilung, wonach Parallelexporte in die Schweiz trotz des bestehenden vertraglichen Exportverbots zulässig sind.<sup>50</sup>

96. Folglich durften die Händler in der Schweiz gemäss Mitteilung der BMW (Schweiz) AG zwar von BMW-Vertriebspartnern im EWR beziehen, diese aber weiterhin nicht an Abnehmer (Händler, Endkunden und unabhängige Vermittler) in der Schweiz liefern.<sup>51</sup> Dadurch wurden Direktimporte in die Schweiz nach wie vor behindert bzw. verhindert, weshalb die nachfolgende Untersuchung auf das Exportverbot in den EWR-Vertriebsverträgen fokussiert.

### B.3.1.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

97. Gemäss Art. 4 Abs. 1 KG genügt es, dass die Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. Es müssen folglich nicht beide Tatbestandselemente kumulativ erfüllt sein. Erforderlich ist allerdings, dass sich die Wettbewerbsbeschränkung kausal auf die Wettbewerbsabrede zurückführen lässt.<sup>52</sup>

98. Die Auswirkungen des Exportverbots (Rz 85) im EWR-Händlervertrag der BMW Group sind grundsätzlich Gegenstand der Analyse unter B.3.2. ff. Dort wird aufgezeigt werden, dass Händler im EWR die Nachfrage nach BMW- und MINI-Neufahrzeugen von Abnehmern in der Schweiz wegen des vertraglichen Exportverbots nicht decken konnten (siehe B.3.3.). In einem weiteren Schritt wird aufgezeigt werden, dass dadurch der Wettbewerb auf den relevanten Märkten zumindest erheblich beeinträchtigt wurde (siehe B.3.3.). Folglich hat die Gebietsabrede im EWR-Händlervertrag eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt.

99. Dass eine derartige Wettbewerbsbeschränkung durch die BMW AG auch bezweckt war, zeigt sich in ihrem Schreiben vom 15. Oktober 2010 an den Kassensturz:

„Im Einklang mit den wettbewerbsrechtlichen Massgaben der Europäischen Kommission erstreckt sich das Vertriebsrecht der BMW und MINI Händler in Deutschland wie auch in den anderen Staaten des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) auf den gesamten EWR. Hierdurch haben Kunden mit Wohnsitz im EWR, gleich welcher Herkunft, die Möglichkeit, den Wettbewerb im EWR für sich zu nutzen und neue BMW und MINI Fahrzeuge von beliebigen BMW und MINI Händlern ihrer Wahl innerhalb des EWR zu beziehen.

<sup>46</sup> Act. 43 Rz 7.

<sup>47</sup> Act. 157.

<sup>48</sup> Act. 43 Beilage 3.

<sup>49</sup> Act. 157.

<sup>50</sup> Act. 65, Antwort auf Frage 3

<sup>51</sup> Act. 43 Beilage 4 Rz 1.5., Act. 2, Act. 65, Antwort auf Frage 3.

<sup>52</sup> BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 35), Art. 4 Abs. 1 N 67 ff.

Die Schweiz unterhält bislang mit den Mitgliedstaaten des EWR nur Freihandelsabkommen, hier gilt jedoch nicht europäisches Wettbewerbsrecht.

Auf Basis der o.g. wettbewerbsrechtlichen Massgaben sehen die Verträge der BMW AG mit ihren europäischen Vertriebspartnern nicht den Verkauf von BMW- und MINI-Neufahrzeugen an Kunden mit Wohnsitz ausserhalb des EWR vor. **Mit dieser Regel stärken wir die Position unserer Vertriebspartner sowohl im als auch ausserhalb des EWR.**<sup>53</sup>

100. Somit bringt die BMW AG in diesem Schreiben klar zum Ausdruck, dass die einzelnen Vertragsgebiete ausserhalb des EWR von diesem abgeschottet werden, um die Vertriebspartner in diesen Vertragsgebieten zu stärken. Eine derartige Gebietsabschottung kann eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellen. Ob eine solche vorliegt, ist Gegenstand der nachfolgenden Prüfung.

#### *Zwischenergebnis*

101. Indem sich die BMW- und MINI-Vertriebspartner im EWR vertraglich dazu verpflichtet haben, keine Neufahrzeuge der Marken BMW und MINI an Abnehmer (Händler, unabhängige Vermittler und Endkunden) ausserhalb des EWR zu liefern, haben sie im Sinne einer Wettbewerbsabrede bewusst und gewollt mit der BMW AG zusammengewirkt. Mit dem vertraglichen Exportverbot wurde eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt (siehe oben Rz 99) und bewirkt, was nachfolgend aufgezeigt wird (siehe unten B.3.3.). Die für das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erforderlichen Tatbestandselemente sind daher erfüllt.

#### **B.3.1.3 Abredepartner und Abrededauer**

102. Abredepartner sind vorliegend die BMW AG bzw. die Vertriebsgesellschaften der BMW Group (siehe Rz 74) auf der einen Seite und sämtliche Händler im EWR, die mit der BMW AG bzw. einer Vertriebsgesellschaft der BMW Group im nachfolgend zu bestimmenden Zeitraum (Rz 103) einen EWR-Händlervertrag abgeschlossen haben. Nachfolgend wird der Verständlichkeit halber nur noch von der BMW AG auf der einen Seite und den BMW-Vertragshändlern auf der anderen Seite gesprochen.

103. Der EWR-Händlervertrag enthält, zumindest in der Version 2003 und in der Version 2008, die besagte Klausel, wonach es den Händlern im EWR nicht gestattet ist, neue BMW Fahrzeuge an Abnehmer ausserhalb des EWR zu liefern (Rz 85).<sup>54</sup> Gemäss Auskunft der Rechtsvertreter der BMW AG hat diese auch nach Untersuchungseröffnung an der angeblichen „Duldungspraxis“ (vgl. Rz 59 und 145) in Bezug auf Exporte in die Schweiz festgehalten.<sup>55</sup> Folglich hat die BMW AG an der Exportverbotsklausel im EWR-Händlervertrag festgehalten.

104. Es stellt sich hierbei die Frage, ob die von BMW AG kurz vor dem Entscheid der WEKO versandte Mitteilung an die Händler im EWR bewirkt hat, dass die dargelegte Abrede nach erfolgter Kenntniserhebung der Händler beendet wurde. Der Wortlaut dieser Mitteilung war wie folgt:

[...]

105. Inwiefern vorliegend aus obligationenrechtlicher Sicht eine Vertragsanpassung einseitig von BMW AG vorgenommen werden darf, kann offen gelassen werden. Denn die eher kryptisch formulierte Mitteilung an die Händler vermag eine zuvor vereinbarte Gebietschutzabrede nicht ohne Weiteres aufzuheben. Die „Klarstellung“ für sich alleine ohne Einsichtnahme in Ziffer 1.5 der Händlerverträge ist nämlich nicht zu verstehen. Vielmehr hätte klar zum Ausdruck kommen müssen, dass es nunmehr den Händler freigestellt ist, Anfragen aus der Schweiz – seien es Anfragen von Endkunden resp. solche über bevollmächtigte Vermittler oder solche von zugelassenen Händlern – gleich zu behandeln wie Anfragen aus den übrigen EWR-Ländern und dass somit solche Verkäufe in die Schweiz zulässig sind.

106. Daher hat die vorliegende Abrede zumindest seit Januar 2003 angedauert.

#### *Keine Eröffnung der Untersuchung gegenüber den Abredepartnern der BMW AG*

107. Obwohl es sich um eine Abrede zwischen der BMW AG und ihren Vertragshändlern im EWR handelt, wurde die vorliegende Untersuchung nur gegenüber der BMW AG eröffnet. Ausschlaggebend für den Verzicht auf eine Ausdehnung der Untersuchung gegenüber den Händlern im EWR war, dass die Abrede nicht im Interesse der Händler war, da sich ein Exportverbot für sie keinesfalls umsatzfördernd auswirken, sondern ein solches Verbot sogar eine umsatzhemmende Wirkung entfalten kann (i). Weiter sind allfällige Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Durchsetzung im vorliegenden Fall zu berücksichtigen (ii). Dies entspricht auch der Praxis der Europäischen Kommission (iii). Alle drei Gründe werden nachfolgend erläutert.

#### *i) Interessenasymmetrie*

108. Wie weiter unten aufgezeigt werden wird, waren BMW- und MINI-Neufahrzeuge im untersuchten Zeitraum im EWR in der Regel um einiges günstiger erhältlich als in der Schweiz (dazu unten Rz 192 ff.; Anhang II und III). Für Schweizer Abnehmer (Händler, unabhängige Vermittler und Endkunden) bestand also durchaus Anreiz, bei BMW- und MINI-Händlern im EWR ein Neufahrzeug zu kaufen, dies umso mehr als der Eurowechselkurs im untersuchten Zeitraum teilweise sehr tief lag (vgl. Anhang I). Dass die Nachfrage von Schweizer Kunden nach BMW- und MINI-Neufahrzeugen im EWR entsprechend gross war, zeigt sich u.a. an den vielen Anzeigen von Kaufinteressenten, die dem Sekretariat innert kurzer Zeit zugehen.

<sup>53</sup> Act. 2, Hervorhebung durch die WEKO.

<sup>54</sup> Act. 152 Beilage Rz 1.5. und Act. 43 Beilage 4.

<sup>55</sup> Act. 145.

109. Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb die Händler im EWR nicht daran interessiert sein sollten, von diesen Absatzmöglichkeiten in der Schweiz Gebrauch zu machen. Ein Händler im EWR hat insofern kein Interesse an einem Exportverbot in die Schweiz, als er dadurch weder seinen Umsatz steigern noch eine höhere Marge erzielen kann. Vielmehr wird ihm dadurch die Möglichkeit genommen, seinen Absatz mit Verkäufen in die Schweiz weiter zu steigern. Darüber hinaus zeitigte die vorliegende Gebietsschutzabrede durch die Verringerung von Wettbewerbsdruck in der Schweiz Auswirkungen auf den Schweizer Markt und nicht auf diejenigen Märkte, auf welchen die Händler im EWR schwerpunktmässig tätig waren (vgl. B.3.3.). Insofern konnten die Händler im EWR, im Gegensatz zu inländischen Händlern, nicht vom geringeren Preisdruck infolge der Gebietsabschottung profitieren. Zudem kann eine Einschränkung des Kundenkreises für Lieferanten im EWR eine Reduktion ihres Absatz- und Gewinnpotenzials bedeuten. Gewinnmaximierende Händler haben üblicherweise ein Interesse daran, zusätzliche (ausländische) Kunden zu bedienen. Vor diesem Hintergrund dürften Händler im EWR kein Interesse am vertraglichen Exportverbot gehabt haben.

110. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass einzelne Händler ihren Umsatz und allenfalls auch ihren Gewinn hätten steigern können, wenn sie nicht auf Exportgeschäfte in die Schweiz hätten verzichten müssen. Das Exportverbot in Bezug auf die Schweiz lag folglich im Interesse der BMW AG und möglicherweise auch im Interesse der Vertriebspartner von BMW Schweiz AG, denn damit konnte verhindert werden, dass günstigere Angebote aus dem EWR Druck auf die Preise für BMW- und MINI-Neufahrzeuge in der Schweiz ausüben, um das vergleichsweise hohe Preisniveau in der Schweiz (siehe dazu unten Rz 192) aufrecht zu erhalten.

111. Aufgrund dieser asymmetrischen Interessenlage würde sich die Verhängung von Massnahmen gegen die Vertriebspartner der BMW AG im EWR nicht rechtfertigen. Damit erübrigt sich auch eine Ausdehnung der Untersuchung auf die Abredepartner im EWR.

ii) *Durchsetzungsschwierigkeiten im vorliegenden Fall*

112. Gemäss dem Territorialitätsprinzip kann ein Staat Hoheitsakte nur auf seinem eigenen Hoheitsgebiet vornehmen. Grundsätzlich steht dieses Prinzip aufgrund des Auswirkungsprinzips der Anwendung des Schweizer Kartellrechts nicht entgegen. Jedoch kann es bei Auslandsachverhalten zu Schwierigkeiten bei der Durchsetzung des Kartellrechts führen. Dies namentlich dann, wenn die ausländischen Unternehmen, gegen die sich eine Untersuchung richtet, über keine Vertretung (z.B. in Form einer Tochtergesellschaft) in der Schweiz verfügen.<sup>56</sup>

113. Die BMW AG ist mit einer Tochtergesellschaft in der Schweiz vertreten. Hingegen verfügen die BMW-Vertragshändler im EWR in der Regel nicht über eine Vertretung in der Schweiz. Daher wären im vorliegenden Fall sowohl die Ermittlungsmassnahmen als auch die Durchsetzung von Massnahmen gegenüber diesen Vertragshändlern im EWR mit verfahrensrechtlichen Schwierigkeiten verbunden gewesen. Die Inkaufnahme

derartiger Schwierigkeiten hätte sich aus verfahrensökonomischer Sicht nicht gerechtfertigt. Dies namentlich vor dem Hintergrund, dass die Verhängung von Massnahmen gegen Vertragshändler im EWR aufgrund der dargelegten Interessenlage von vornherein nicht in Frage kam.

iii) *Praxis der Europäischen Kommission*

114. Es entspricht der Praxis der Europäischen Kommission, bei vertraglich vereinbarten Exportverboten im Automobilsektor nur den Hersteller bzw. Importeur ins Recht zu fassen:

115. In ihrem Entscheid in Sachen Peugeot hatte die Kommission Massnahmen (im Wesentlichen ging es um Boni, die nur für Verkäufe in den Niederlanden ausbezahlt wurden) zu beurteilen, die von der Automobiles Peugeot SA ergriffen wurden, um Exportverkäufe zu beschränken.<sup>57</sup> Sie hielt dabei fest, es würde sich nicht um einseitige Verhaltensweisen handeln, denn sie hätten sich in die vertragliche Beziehung zwischen Peugeot und den offiziellen Vertriebspartnern von Peugeot in den Niederlanden eingefügt.<sup>58</sup> Die Kommission verwies dabei auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes, wonach ein Vertragshändler nur in ein Vertriebsnetz aufgenommen werden kann, wenn er ausdrücklich oder stillschweigend die Politik des Herstellers und seines Lieferanten akzeptiere.<sup>59</sup> Im Zusammenhang mit einer möglichen Verhängung einer Geldbusse gegen die Peugeot-Vertragshändler in den Niederlanden war die Kommission der Auffassung, dass die Peugeot-Vertragshändler in den Niederlanden zwar an den gegen das Wettbewerbsrecht verstossenden Vereinbarungen beteiligt waren, die Initiative dazu allerdings von Automobiles Peugeot SA ausging, weshalb gegen die Vertriebspartner keine Geldbussen zu verhängen seien.<sup>60</sup> Dementsprechend wurde nur der Automobiles Peugeot SA bzw. Peugeot Nederland NV eine Geldbusse auferlegt.<sup>61</sup>

116. Im Entscheid in Sachen Opel hatte die Kommission Massnahmen von Opel Nederland BV zur Einschränkung von Exporten aus den Niederlanden zu beurteilen.<sup>62</sup> Sie kam darin zum Schluss, dass eine Geldbusse gegen Opel Nederland BV und deren Muttergesellschaft, die General Motors Nederland BV, angebracht sei. Sie qualifizierte „die niederländischen Opel-Vertragshändler als zusammen mit Opel Nederland BV Beteiligte an Vereinbarungen zur Verhinderung oder Einschränkung von Exporten“ als „Opfer der von ihrem Vertragspartner beschlossenen restriktiven Politik, der sie auf Druck zustimmen mussten“. Nach Ansicht der Kommission hatten die Händler nicht aktiv mitgewirkt, weshalb gegen sie keine Geldbusse verhängt wurde.<sup>63</sup>

<sup>56</sup> BSK KG-LEHNE, (Fn 28) Art. 2 N 57, m.V.a. RPW 2000, 196 – Volkswagen-Vertriebssystem.

<sup>57</sup> KOMM, ABI. 2006 L173/20, Rz 14 ff., SEP und andere/Automobiles Peugeot SA; bestätigt durch Urteil des EuG vom 9.7.2009 T-450/05 Automobiles Peugeot SA, Peugeot Nederland NV/Kommission, Slg. 2009 II-2533.

<sup>58</sup> KOMM, SEP und andere/Automobiles Peugeot SA (Fn 57), Rz 89.

<sup>59</sup> KOMM, SEP und andere/Automobiles Peugeot SA (Fn 57), Rz 91.

<sup>60</sup> KOMM, SEP und andere/Automobiles Peugeot SA (Fn 57), Rz 160.

<sup>61</sup> KOMM, SEP und andere/Automobiles Peugeot SA (Fn 57), Rz 159.

<sup>62</sup> KOMM, ABI. 2001 L 59/1, Opel.

<sup>63</sup> KOMM, Opel (Fn 62), Rz 174.

117. Bereits in ihrem Entscheid in Sachen *Volkswagen* war die Kommission zum Schluss gekommen, dass es sich bei den von Volkswagen AG, Audi AG und Autogerma SpA (Generalimporteurin von VW und Audi in Italien) ergriffenen Massnahmen zur Verhinderung bzw. Behinderung von Parallelexporten nicht um einseitige Massnahmen handle, sondern um solche aus den vertraglichen Beziehungen zwischen der Herstellerin bzw. der Generalimporteurin und den Händlern des selektiven Vertriebsnetzes.<sup>64</sup> Unter dem Titel „Adressat dieser Entscheidung“ führte die Kommission allerdings aus, die Volkswagen AG, als Muttergesellschaft der Audi AG und der Autogerma SpA, sei für die festgestellten Zuwiderhandlungen gegen das europäische Wettbewerbsrecht allein verantwortlich.<sup>65</sup> Dementsprechend hat sie nur gegen die Volkswagen AG eine Geldbusse verhängt.<sup>66</sup>

#### Fazit

118. Vor diesem Hintergrund würde sich die Verhängung von Massnahmen gegen die Vertriebspartner der BMW AG im EWR nicht rechtfertigen. Daher wurde auf eine Ausdehnung der Untersuchung auf die Abredepartner der BMW AG im EWR verzichtet. Die vorliegende Abrede hat zumindest seit Januar 2003 angedauert.

### B.3.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

119. Gemäss Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden.

120. Art. 5 Abs. 4 KG wurde anlässlich der KG-Revision 2003 eingeführt, um Abschottungen des schweizerischen Marktes zu verhindern und den markeninternen Wettbewerb (Intrabrand-Wettbewerb) zu fördern.<sup>67</sup> Im Sinne einer Vorbemerkung zu den nachfolgenden Ausführungen zu Art. 5 Abs. 4 KG sei darauf verwiesen, dass es dem Willen des Gesetzgebers entspricht, im Bereich vertikaler Absprachen eine analoge Politik zu jener der Europäischen Kommission zu fahren.<sup>68</sup> Im Rahmen der parlamentarischen Beratung von Art. 5 Abs. 4 KG kam klar zum Ausdruck, dass mit vertikalen Preis- und Gebietsabreden in der Schweiz in Zukunft – nach dem Vorbild der EU – strenger verfahren werden sollte.<sup>69</sup>

121. Vorliegend handelt es sich bei der Exportverbotsklausel (Rz 86) in den EWR-Händlerverträgen der BMW AG um eine gebietsabschottende Klausel im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG, wie nachfolgend anhand der Prüfung der einzelnen Tatbestandselemente aufgezeigt wird.

122. Die WEKO hat in der Bekanntmachung vom 28. Juni 2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, nachfolgend: VertBek)<sup>70</sup> entsprechende Kriterien zur Beurteilung vertikaler Abreden formuliert, insbesondere hinsichtlich der Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs (Art. 5 Abs. 4 KG), der Erheblichkeit (Art. 5 Abs. 1 KG) sowie der Rechtfertigungsgründe (Art. 5 Abs. 2 KG).<sup>71</sup>

123. Im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Kraftfahrzeugen kommt grundsätzlich die speziellere KFZ-Bekanntmachung (vgl. Fn 8) zur Anwendung, soweit sie sich zu einer bestimmten Frage äussert (Ziff. 9 Abs. 1 VertBek). Allerdings stammt die KFZ-Bekanntmachung aus dem Jahr 2002 und damit noch aus der Zeit bevor Art. 5 Abs. 4 KG am 1. April 2004 in Kraft getreten ist. Deshalb enthält die KFZ-Bekanntmachung keine Auslegungshilfe in Bezug auf den Vermutungstatbestand in Art. 5 Abs. 4 KG, sondern einzig in Bezug auf erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 5 Abs. 1 KG (vgl. z.B. Ziff. 14 KFZ-Bekanntmachung). Aus diesem Grund wurde bei der Überarbeitung der Erläuterungen zur KFZ-Bekanntmachung im Jahr 2010 darauf hingewiesen, dass die WEKO seit Inkrafttreten von Art. 5 Abs. 4 KG gestützt auf Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 KG sowie unter Beizug der einschlägigen Bestimmungen der allgemeinen Vertikalbekanntmachung prüft, ob ein absoluter Gebietsschutz vorliegt. Bei Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes werden Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG verhängt (Erläuterungen zu Ziff. 11 [Vgl. Fn 10]). Folglich erfolgt die nachfolgende Prüfung gestützt auf die Vertikalbekanntmachung und wird die KFZ-Bekanntmachung erst subsidiär bei der Prüfung der Erheblichkeit der Wettbewerbsabrede (siehe B.3.3.) beigezogen.

#### B.3.2.1 Vorliegen einer vertikalen Abrede über die Zuweisung von Gebieten

124. 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 (absoluter Gebietsschutz; Ziff. 10 Abs. 1 Bst. b VertBek). Nachfolgend werden die einzelnen Tatbestandselemente geprüft.

<sup>64</sup> KOMM, ABI. 1998 L 124/60, Rz 128, VW, bestätigt durch Urteil des EuGH vom 18.9.2003 C-338/00 P *Volkswagen AG*, Slg. 2003, I-9189, Rz 52 ff.

<sup>65</sup> KOMM, VW (Fn 64), Rz 205.

<sup>66</sup> KOMM, VW (Fn 64), Rz 94.

<sup>67</sup> Erw.-Gr. IV. zur Bekanntmachung der WEKO vom 28. Juni 2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, nachfolgend: VertBek).

<sup>68</sup> DEISS, AB 2003, 331: „La nouvelle proposition qui est maintenant faite par la majorité de la Commission prévoit une présomption d’illégalité pour les accords verticaux qui, à notre sens, va aussi loin que possible tout en étant soutenable du point de vue de la politique de la concurrence et du point de vue économique. Elle permet de mener une politique analogue à celle de la Commission européenne.“; vgl. RPW 2009/2 151 Rz 70 *Sécateurs et cisailles*; Verfügung *Nikon AG* vom 28. November 2011, Rz 185, einsehbar unter <http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de> (*Entscheid ist noch nicht rechtskräftig*).

<sup>69</sup> BÜHRER, AB 2002 N 1293: „Nicht nur die Europäische Union, sondern auch wir müssen - mit diesem neuen Artikel! - dazu beitragen, dass dort, wo Preis- und Gebietsabsprachen den Wettbewerb behindern, dies in Zukunft als Missbrauchstatbestand erfasst wird.“; vgl. RPW 2009/2 151 Rz 70, *Sécateurs et cisailles*; Verfügung *Nikon AG* vom 28. November 2011, Rz 185 (einsehbar unter: <http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>) (*Entscheid ist noch nicht rechtskräftig*).

<sup>70</sup> Vgl. Fn 67.

<sup>71</sup> Vorbemerkungen V. VertBek.

### B.3.2.1.1 Vertikale Abrede

125. Für die Definition von Wettbewerbsabreden sei nach oben verwiesen (Rz 82 ff.). Als vertikale Wettbewerbsabreden gelten solche, die von Unternehmen verschiedener Marktstufen getroffen werden und Geschäftsbedingungen betreffen, zu denen die beteiligten Unternehmen bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können (Ziff. 1 VertBek).

126. Die BMW AG verfügt sowohl im EWR als auch in der Schweiz über ein selektives Vertriebssystem (vgl. Rz 134), das zu [...] % auf Vertragshändlern basiert, d.h. auf selbständigen Unternehmern und nicht auf Agenten.<sup>72</sup> Sie ist in verschiedenen Ländern durch Niederlassungen mit Repräsentationsfunktion (sog. „Flag-Ship-Stores“) vertreten. Diese Niederlassungen werden jeweils von der nationalen Vertriebsgesellschaft gehalten und funktionieren ansonsten wie normale Vertragshändler.<sup>73</sup> Die europäischen Händlerverträge werden in einzelnen Staaten direkt durch die BMW AG, in anderen durch die für den Staat verantwortliche Vertriebsgesellschaft der BMW Group mit den Händlern abgeschlossen.<sup>74</sup>

127. Die fragliche Exportverbotsklausel (Rz 85) ist Teil des Vertrages zwischen der BMW AG (siehe oben Rz 74) und den Händlern im EWR, die BMW- und MINI-Neufahrzeuge verkaufen. Es handelt sich damit um Abreden zwischen dem Herstellerunternehmen und den davon unabhängigen Vertriebspartnern. Diese Abreden werden folglich zwischen Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und 1<sup>bis</sup> KG (siehe oben Rz 74) verschiedener Marktstufen im Sinne von Ziff. 1 VertBek getroffen.

128. Mit der Exportverbotsklausel (Rz 85) wird geregelt, in welche Länder die Händler BMW- bzw. MINI-Neufahrzeuge (nicht) verkaufen dürfen. Die Vertragsklausel betrifft folglich Geschäftsbedingungen bezüglich des Weiterverkaufs der Vertragsware im Sinne von Ziff. 1 VertBek.

### B.3.2.1.2 Gebiet

129. Art. 5 Abs. 4 KG erfasst jede Art von geographischer Aufteilung von Absatzgebieten, die eine Marktabschottung zum Resultat hat, indem anderen oder potenziellen Wettbewerbsteilnehmern der Zutritt auf den fraglichen Markt erschwert oder verunmöglicht wird. Damit soll der freie markeninterne Wettbewerb (sog. Intra-brand-Wettbewerb) grundsätzlich auf allen Gebieten gewährleistet werden. Folglich kann sich Art. 5 Abs. 4 KG sowohl auf den rein inländischen als auch auf den grenzüberschreitenden Vertrieb eines Produkts beziehen.<sup>75</sup>

130. Vorliegend werden im EWR-Händlervertrag der BMW AG die Gebiete ausserhalb des EWR als Absatzgebiete ausgeschlossen (Rz 86). Damit wird den zum selektiven Vertrieb zugelassenen BMW- und MINI-Händlern im EWR der Zutritt auf den schweizerischen Markt verunmöglicht.

### B.3.2.1.3 Zuweisung von Gebieten

131. Unter Art. 5 Abs. 4 KG wird sowohl die direkte als auch die indirekte Zuweisung von Gebieten erfasst (Ziff.

10 Abs. 2 VertBek). Die Zuweisung muss kausal auf den Lieferanten bzw. Hersteller zurückzuführen sein und darf nicht auf dem freien Entschluss des Wiederverkäufers basieren.<sup>76</sup>

132. Vorliegend schliesst die BMW AG mit der Exportverbotsklausel (Rz 85) Lieferungen von Neufahrzeugen der Marken BMW und MINI an sämtliche Abnehmer ausserhalb des EWR aus. Folglich weist die BMW AG ihren Vertriebspartnern im EWR den EWR als mögliches Verkaufsgebiet zu und schliesst sie u.a. vom Verkauf in das Verkaufsgebiet Schweiz, das die BMW AG damit den Vertriebspartnern von BMW Schweiz AG zuweist, aus.

### B.3.2.1.4 Vertriebsvertrag

133. Art. 5 Abs. 4 KG erfasst die Zuweisung von Gebieten in Vertriebsverträgen. Im Bereich des Handels mit Kraftfahrzeugen haben die Kraftfahrzeuglieferanten die Wahl zwischen einem exklusiven oder einem selektiven Vertriebssystem (Ziff. 3 KFZ-Bek).

#### *Selektives Vertriebssystem*

134. Die BMW AG hat den Vertrieb selektiv organisiert.<sup>77</sup> Im selektiven Vertriebssystem verpflichtet sich der Kraftfahrzeuglieferant, die Vertragswaren oder Dienstleistungen nur an Händler oder Werkstätten zu verkaufen, die aufgrund festgelegter Merkmale ausgewählt werden. Die Händler oder Werkstätten ihrerseits verpflichten sich, die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht an nicht zugelassene Händler oder unabhängige Werkstätten zu verkaufen (vgl. Ziff. 3 Abs. 2 KFZ-Bek und Ziff. 4 (1) VertBek).

#### *Zulässige Wettbewerbsbeschränkungen im selektiven Vertrieb*

135. Im Rahmen eines selektiv organisierten Vertriebs, kann der Kraftfahrzeuglieferant den zugelassenen Händlern vorschreiben, lediglich an andere Händler der entsprechenden Marke (sog. Querlieferungen), an Endverbraucher und an bevollmächtigte Vermittler, welche im Namen eines Endverbrauchers handeln, zu verkaufen (Erläuterungen zu Ziff. 14 KFZ-Bek). Folglich können Parallelimporte von nicht zugelassenen Händlern (sog. Grauimporte) ausgeschlossen werden.

<sup>72</sup> Agent ist, wer die Verpflichtung übernimmt, dauernd für einen oder mehrere Auftraggeber Geschäfte zu vermitteln oder in ihrem Namen und für ihre Rechnung abzuschliessen, ohne zu den Auftraggebern in einem Arbeitsverhältnis zu stehen (Art. 418a des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Fünfter Teil: Obligationenrecht] SR 220).

<sup>73</sup> Act. 65 Frage 1.

<sup>74</sup> Act. 43 Rz 6.

<sup>75</sup> KRAUSKOPF/SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.) 2010, Art. 5 N 528.

<sup>76</sup> BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 75), Art. 5 N 530 ff.; vgl. Rz 50 Mitteilung der EU-Kommission: Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. C 130 vom 19.5.2010, 1 Rz 50 (im Folgenden: Vertikal-Leitlinien).

<sup>77</sup> Act. 65 Frage 1.



136. Die vorliegende Exportverbotsklausel (vgl. Rz 85) ist Teil eines selektiven Vertriebsvertrags und könnte daher insofern zulässig sein, als damit nur Lieferungen an nicht zugelassene Händler (sog. Graue Exporte) erfasst würden.<sup>78</sup> Dies entspricht auch Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b/iii VertBek, wonach aufgrund des Gegenstandes keine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegt bei Beschränkungen des Verkaufs an nicht zugelassene Händler durch die Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems innerhalb des vom Anbieter für den Betrieb dieses Systems festgelegten Gebiets. Dies ist allerdings nicht der Fall, vielmehr werden auch Querlieferungen an zugelassene Händler ausserhalb des EWR sowie Lieferungen an Endkunden und bevollmächtigte Vermittler ausserhalb des EWR ausgeschlossen. Folglich kann es sich nicht um eine zulässige Wettbewerbsbeschränkung im Rahmen eines selektiven Vertriebs handeln, sondern möglicherweise um eine unzulässige Gebietsschutzabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG, was nachfolgend zu prüfen ist.

#### B.3.2.1.5 Verkäufe durch gebietsfremde Vertriebspartner

137. Art. 5 Abs. 4 KG setzt einen Vertriebspartner voraus, der aus einem fremden Gebiet heraus Verkäufe tätigt. Im Falle eines selektiven Vertriebssystems muss es sich folglich um einen zugelassenen Händler handeln.<sup>79</sup> Gebietsfremd ist der Vertriebspartner, wenn ihm ein Gebiet ausserhalb des fraglichen Marktes zugewiesen wurde.<sup>80</sup>

138. Vorliegend betrifft die Exportverbotsklausel (vgl. Rz 85) Verkäufe durch Vertriebspartner der BMW AG im EWR in Gebiete ausserhalb des EWR – somit auch in die Schweiz – und folglich solche durch gebietsfremde Vertriebspartner im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG.

#### B.3.2.1.6 Ausschluss von Verkäufen

139. Weitere Voraussetzung ist, dass Verkäufe durch gebietsfremde Vertriebspartner in die zugewiesenen Gebiete ausgeschlossen werden (insbesondere Verbot des Passivverkaufs an Händler oder Endkunden; Ziff. 10 VertBek). Unter Passivverkauf ist in Bezug auf den vorliegenden Sachverhalt die Erfüllung unaufgeforderter Bestellungen einzelner Kunden (Endkunden, Händler oder bevollmächtigter Vermittler) aus einem Gebiet zu verstehen, das der Anbieter sich selbst vorbehalten oder ausschliesslich einem anderen Händler zugewiesen hat (vgl. Ziff. 3 VertBek).

140. Mit der vorliegenden Exportverbotsklausel (vgl. Rz 85) wird den Vertriebspartnern der BMW AG im EWR untersagt, neue BMW- bzw. MINI-Fahrzeuge an Abnehmer in die Schweiz zu liefern. Folglich werden sowohl aktive als auch passive Verkäufe an Abnehmer in der Schweiz ausgeschlossen.

#### B.3.2.1.7 Fazit

141. Aufgrund der vertraglichen Exportverbotsklausel (vgl. Rz 85) im EWR-Vertriebsvertrag dürfen Vertriebspartner der BMW AG BMW- und MINI-Neufahrzeuge nur im EWR verkaufen. Verkäufe durch Vertriebspartner der BMW AG im EWR an Abnehmer in die Schweiz werden durch diese Abrede ausgeschlossen. Folglich handelt es sich um eine Gebietsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4

KG und greift die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs.

#### B.3.2.1.8 Gegenargumente der BMW AG

142. Die Rechtsvertreter der BMW AG haben in ihrer Stellungnahme vom 3. Dezember 2010 im Wesentlichen folgende Argumente gegen eine gebietsabschottende Wirkung der fraglichen Exportverbotsklausel (Rz 85) vorgebracht.

- i. Die Schweiz sei – zumindest im vorliegenden Fall – von diesem Exportverbot tatsächlich nicht betroffen.
- ii. Weil die Schweiz vollständig von den Mitgliedstaaten des EWR eingeschlossen sei, werde aufgrund dieses geografischen Umstands das Exportverbot nicht umgesetzt.
- iii. Das Exportverbot habe keine Auswirkungen auf den Wettbewerb in der Schweiz. So würden Direktimporte in die Schweiz stattfinden, auch würden sich die ausstattungsberinigten Preise im EWR und in der Schweiz nicht unterscheiden – gewisse Modelle seien in der Schweiz sogar günstiger.<sup>81</sup>

143. Bei Vorliegen einer vertraglichen Vereinbarung zwischen Abredepartnern geht die WEKO getreu dem allgemein gültigen Grundsatz, wonach Verträge einzuhalten sind, von deren Umsetzung aus.<sup>82</sup> Vorliegend legt BMW AG keine Beweismittel vor, aus denen ersichtlich ist, dass die Abredepartner eine dem klaren Vertragswortlaut der Exportverbotsklausel entgegengesetzte Vereinbarung abgeschlossen hätten und Exporte in die Schweiz zulässig sein sollen. Inwiefern in dieser Konstellation der Untersuchungsgrundsatz die Wettbewerbsbehörden zum Nachweis der Umsetzung einer vertraglich festgehaltenen Abrede überhaupt verpflichtet, kann jedoch offen gelassen werden. Denn wie nachfolgend dargelegt, wurden die Abreden auch tatsächlich umgesetzt.

144. Auf die ersten beiden Argumente (i. und ii.) wird nachfolgend eingegangen. Es wird davon ausgegangen, dass es sich bei der behaupteten Nichtbetroffenheit (i.) um eine Folge der behaupteten Nichtumsetzung (ii) handelt, weshalb dieses Argument nicht einzeln behandelt wird. Im Übrigen zeigt sich die Nichtbetroffenheit auch in den Auswirkungen des Exportverbots auf den Wettbewerb in der Schweiz (iii.), die unter dem Titel Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs (B.3.2.2.) geprüft werden.

<sup>78</sup> Ziffer 14 Bst. a KFZ-Bekanntmachung *e contrario*, vgl. auch Rz 6.

<sup>79</sup> BSK KG KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 75), Art. 5 N 543 ff.

<sup>80</sup> BSK KG KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 75), Art. 5 N 547.

<sup>81</sup> Act. 43 Rz 15.

<sup>82</sup> Vgl. RPW 2010/1, 71 f. Rz 90 und 104 Rz 313, *Gaba (Entscheid ist noch nicht rechtskräftig)*.

*Umsetzung der Exportverbotsklausel in Bezug auf die Schweiz (i. und ii.)*

145. Von den Rechtsvertretern der BMW AG wurde vorgebracht, „weil die Schweiz vollständig von Mitgliedstaaten des EWR eingeschlossen sei, werde das Exportverbot aufgrund dieses geografischen Umstands nicht umgesetzt.“<sup>83</sup>

146. Dass dem nicht so ist, sondern die BMW AG vielmehr offiziell bestätigt hat, dass der Verkauf von BMW- und MINI-Neufahrzeugen aus dem EWR in die Schweiz nicht vorgesehen ist, geht unter anderem aus dem Schreiben der BMW AG vom 12. Oktober 2010 hervor.<sup>84</sup> Darin wird das Exportverbot in Bezug auf die Schweiz u.a. damit gerechtfertigt, dass das europäische Wettbewerbsrecht in der Schweiz nicht gelte und mit dieser Regel die Position der Vertriebspartner der BMW AG sowohl im als auch ausserhalb des EWR gestärkt werde (Rz 99).

147. Das Argument, wonach es in Bezug auf die Schweiz eine durch die BMW AG geduldete Ausnahmep Praxis der Vertriebspartner gegeben habe, wird schon alleine durch die offizielle Kommunikation der BMW AG widerlegt (vgl. Rz 99). Demnach sei das Exportverbot in Bezug auf die Schweiz darauf zurückzuführen, dass sie bislang mit den Mitgliedstaaten des EWR nur Freihandelsabkommen unterhalte, das europäische Wettbewerbsrecht in der Schweiz jedoch nicht gelte.<sup>85</sup>

148. Aus kartellrechtlicher Sicht erscheint es höchst problematisch, wenn Exportverbotsklauseln wie die vorliegende (Rz 86) damit gerechtfertigt werden, dass dadurch die Position der Vertriebspartner in den verschiedenen Gebieten gestärkt werde. Dies bedeutet nämlich, dass die Verkaufsgebiete voneinander abgeschottet werden, um den Intra-brand-Wettbewerb zwischen den Vertriebspartnern in den unterschiedlichen Verkaufsgebieten zu beschränken (siehe unten B.3.3.). Auf jeden Fall bedeutet diese Aussage aber, dass das vertragliche Exportverbot in Bezug auf die Schweiz tatsächlich umgesetzt wurde.

149. Der Umstand, dass die BMW AG, auch nachdem die BMW (Schweiz) AG ihre Geschäftspartner darüber informieren musste, dass Bezüge aus dem EWR im Rahmen des selektiven Vertriebssystems zulässig sind (Rz 93), keine Anstalten getroffen hat, die Vertriebspartner im EWR darüber zu informieren, dass die Exportverbotsklausel in Bezug auf die Schweiz nicht gelte, spricht gegen das Argument, wonach das Exportverbot in Bezug auf die Schweiz nicht umgesetzt worden sein soll. Das Sekretariat hat die Vertreter der BMW AG anlässlich der Anhörung vom 26. Januar 2011 ausdrücklich danach gefragt, ob die BMW AG den Händlern im EWR in irgendeiner Form (mündlich oder schriftlich) mitgeteilt habe, dass die Exportverbotsklausel in den europäischen Vertriebsverträgen im Verkehr mit Schweizer Kunden nicht gelte. [...]:

„[...]“

150. [...] Die alsdann kurz vor Verfahrensabschluss erfolgte Mitteilung an die Händler vermag jedoch die Gebietsabrede nicht zu beenden, es kann auf die zuvor gemachten Erwägungen verwiesen werden (vgl. Rz 104 ff.).

151. Die beim Sekretariat eingegangenen Anzeigen zeigen allerdings, dass Vertriebspartner im EWR - die nota bene grundsätzlich ein Interesse daran haben (vgl. Rz 110), in die Schweiz zu liefern – sich an das Exportverbot hielten und passive Kaufanfragen von Abnehmern in der Schweiz abgelehnt hatten. Alleine im Zeitraum zwischen Oktober 2010 und Juni 2011 sind beim Sekretariat 16 Anzeigen von Endkunden eingegangen, die im EWR keinen BMW oder MINI Neuwagen kaufen konnten, wobei in 11 von diesen 16 Anzeigern auf eine entsprechende Weisung der BMW AG hingewiesen wurde (vgl. Anhang XV). Zur Illustration wird nachfolgend eine Auswahl der entsprechenden Anzeigen abgedruckt.<sup>86</sup>

- a. Von: [...]@bmw-[...]de Gesendet: Dienstag, 31. August 2010 12:11 An: [...] Betreff: Angebotsanfrage BMX X3

„[...] vielen Dank für Ihre Anfrage auf einen BMW X3. Leider muss ich Ihnen mitteilen, dass es uns nicht möglich ist einen Neuwagen in die Schweiz zu liefern, weil dieses durch die BMW AG untersagt ist. Gerne hätte ich Ihnen ein Angebot erstellt, leider ist dieses aber wie beschrieben nicht möglich. [...]“<sup>87</sup>

- b. Von: [...]de Datum: 12.10.2010 15:07 An: [...] Betreff: AW: MINI Cooper S

„[...] wir werden Ihnen keinen Neuwagen in die Schweiz liefern können unser Händlervertrag mit BMW schliesst dies aus. [...]“<sup>88</sup>

- c. Von: [...]@[...]de Gesendet: Dienstag, 18. Januar 2011 16:44 An: [...] Betreff: AW: Preisanfrage BMW X3

„[...] vielen Dank für Ihre Anfrage. Aktuell haben wir das Problem, dass BMW mit aller Macht versucht den Händlern die Lieferung in die Schweiz zu verbieten. Dies auch aktuell noch grösstenteils leider mit Erfolg. Wir haben einen Händler, welcher sich darüber hinweg setzt. Bei diesem Händler sind aber inzwischen alle X3 für dieses Jahr ausverkauft. Wir suchen unter Hochdruck nach einer Alternative. Bei den anderen Händlern haben wir aktuell nur die Möglichkeit das Fahrzeug

<sup>83</sup> Act. 43 Rz 15; Act. 65 Frage 2.

<sup>84</sup> Act. 2.

<sup>85</sup> Im Übrigen sieht auch das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 22. Juli 1972 (SR 0.632.401) in Art. 23 Abs. 1 Bst. i vor, dass alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen, welche eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezüglich der Produktion und des Warenverkehrs bezwecken oder bewirken mit dem guten Funktionieren dieses Abkommens unvereinbar sind, soweit sie geeignet sind, den Warenverkehr zwischen der Gemeinschaft und der Schweiz zu beeinträchtigen.

<sup>86</sup> Ähnliche Anzeigen finden sich z.B. auch in Act. 58, Act. 133.

<sup>87</sup> Act. 154.

<sup>88</sup> Act. 36.

zu bestellen und nach Lieferung weitere 60 Tage auf das BMW Haus zu zulassen und 2.000 KM zu nutzen. Ich weiss, dass einige Gerichtsverhandlungen zu diesem Thema aktuell laufen und hofentlich somit das Verhalten von BMW bald unterbunden wird. Andere Hersteller machen diese Probleme nicht. [...] <sup>89</sup>

d. „[...] ich möchte gerne in Deutschland einen BMW-Neuwagen kaufen. Alle bisherigen BMW-Händleranfragen hatten das gleiche Ergebnis: BMW verbietet den Händlern eine Lieferung an Kunden aus der Schweiz. <sup>90</sup>“

e. „Da ich im Sarganserland wohnhaft bin, habe ich ebenfalls versucht, im angrenzenden Vorarlberg (Österreich) sowie in Lindau einen BMW zu kaufen, mit folgenden Antworten:

- Österreich: untersagt, Fahrzeuge in die Schweiz zu liefern
- Lindau: Fahrzeug muss zuerst 6 Monate in Deutschland zugelassen werden <sup>91</sup>“

152. Einige Vertriebspartner der BMW AG haben den abgewiesenen Kaufinteressenten sogar explizit mitgeteilt, dass ihnen bei Verkäufen in die Schweiz Sanktionen durch die BMW AG drohen.

„Ich selber habe mich beim Autohaus [...] (Vorarlberg) am 11. September für den Kauf eines BMW interessiert. Dabei wurde mir klar gesagt, dass man nicht bereit sei, die BMW interne Busse zu bezahlen, falls man mir ein Auto verkaufen würde, welches eine Erstzulassung in der Schweiz hätte (Occasion wäre kein Problem). Deshalb sei ein Verkauf an mich ausgeschlossen. <sup>92</sup>“

153. Aus der nachfolgenden Anzeige einer Kaufinteressentin geht hervor, dass die BMW AG auch Verkäufe durch Vermittler nicht zulies, die von Schweizer Kunden bevollmächtigt wurden.

„Ich habe via [...] einen BMW 330 Touring bestellt (konfiguriertes Neufahrzeug). Der Agent hat dieses Fahrzeug in meinem Auftrag bei einem autorisierten Vertragshändler von BMW ([...]Bötzingen) bestellt. Vom Vertragshändler erhielt ich den Kaufvertrag (Lieferfrist: Dezember) mit der Bestellnummer [...]. Ich habe unverzüglich eine Anzahlung von EUR 15000.- geleistet (Gesamtkaufpreis: EUR 54463;-) und alle Vertragsdokumente unterzeichnet. Am 26.10. wurde ich von meinem Agenten telefonisch unterrichtet, dass dem BMW-Vertragshändler [...] seitens der Zentrale untersagt wurde dieses Fahrzeug (trotz Vertrag und Anzahlung) in die Schweiz auszuliefern. <sup>93</sup>“

154. Auch die Grosshändlerin [...] bestätigt, dass BMW-Händler in Deutschland nicht bereit waren, in die Schweiz zu liefern, weil BMW Exporte in die Schweiz untersage:

„Nous avons essayé durant les années concernées d'acheter des BMW en Allemagne afin de les importer en Suisse. Nous avons abandonné l'idée étant incapable de trouver des concessionnaires BMW allemands disposés à nous livrer sous le régime du mandat des véhicules neufs de la marque BMW. Les

refus étaient toujours verbaux et nous n'avons jamais reçu un refus direct par écrit de la part d'un concessionnaire BMW. Les concessionnaires nous expliquant que le fabricant leur interdisait la vente sous mandat à l'export vers la Suisse. <sup>94</sup>“

155. Das folgende E-Mail zeigt, dass Fahrzeugvermittler die Exportverbotsklausel grundsätzlich einhielten, möglicherweise aber zu Umgehungsgeschäften bereit waren:

Von: Fahrzeugvermittler[...].de Gesendet: Mittwoch, 29. September 2010 08:13 An: [...] Betreff: BMW

„[...] vielen Dank für Ihr Interesse an einem BMW 535dT als deutsches Bestell-Neufahrzeug (kein EU- oder Re-Import) direkt vom BMW/MINI-Vertragshändler. Das Auto muss aber auf eine deutsche Anschrift bestellt und zunächst auch zugelassen werden. [...] <sup>95</sup>“

156. Die nachfolgende Anzeige zeigt, dass offizielle BMW-Vertriebspartner im EWR Kaufinteressenten aus der Schweiz angeboten haben, das Neufahrzeug zunächst während einem Monat in Deutschland einzulösen (sog. „31 Tage Regelung“) um es anschliessend als „Occasion“ in die Schweiz zu verkaufen und damit das Exportverbot für Neuwagen zu umgehen. Einem anderen Kaufinteressenten hat ein Vertriebspartner von BMW AG in Deutschland mitgeteilt, das Neufahrzeug müsse zunächst während sechs Monaten in Deutschland zugelassen werden, bevor es in die Schweiz importiert werden könne. <sup>96</sup> Hätte in Bezug auf die Schweiz, wie von der BMW AG behauptet eine Ausnahmepaxis zum Exportverbot gegolten, die von der BMW AG geduldet wurde, wären derartige Umgehungsgeschäfte nicht notwendig gewesen.

„Als Beilage erhalten Sie Mailausschnitte, [...] Die Mails zeigen in etwa Folgendes auf:

- es ging um einen Mini Kauf Deutschland-Schweiz bei einer BMW Garage.
- es wird von der "31 Tage Regelung für die Schweiz" gesprochen. Das Fahrzeug wird gemäss mündlicher Aussage für diese Zeit in Deutschland eingelöst, um die Konzernregelung bezüglich Verkaufsverbot von Neufahrzeugen in die Schweiz zu umgehen.
- Die Garantie nur 23 Monate ist [...] (normale Garantie europaweit 24 Monate). <sup>97</sup>“

<sup>89</sup> Act. 62.

<sup>90</sup> Act. 11.

<sup>91</sup> Act. 4.

<sup>92</sup> Act. 5.

<sup>93</sup> Act. 18.

<sup>94</sup> Act. 83.

<sup>95</sup> Act. 27.

<sup>96</sup> Act. 4.

<sup>97</sup> Act. 7.

157. Aus dem folgenden E-Mail-Verkehr eines Kaufinteressenten mit BMW Park Lane, London, geht klar hervor, dass sich auch Vertriebspartner der BMW AG in Grossbritannien an die Exportverbotsklausel hielten und Kaufinteressenten aus der Schweiz an die lokalen Vertriebshändler der BMW AG verwiesen. Ähnliche Erfahrungen in Bezug auf Importe aus England wurden auch von anderen Kaufinteressenten berichtet.<sup>98</sup>

From: [...], Sent: 13 October 2010 10:15, To: [...], Subject: Mini JCW Convertible for export to Switzerland

"[...] I am interested in buying a left-hand drive Mini JCW Convertible from your outfit and import it to Switzerland. Would you please be able to give me some advice on how I can go about this and some information on time of delivery [...]"

AW: "[...] Thank you for your enquiry. As you reside outside of the EU we are unable to help. Please deal with your local agent. [...]"

158. Darüber hinaus legt der E-Mail-Verkehr mit dem englischen Vertriebspartner der BMW AG nahe, dass in der Vergangenheit entgegen dem Exportverbot Verkäufe in die Schweiz stattgefunden haben, dies aber von der BMW AG nicht länger geduldet wird:

AW/AW: "[...] I was referred to you by a friend who imported a car from the UK to Switzerland and the issue of EU membership did not seem to be relevant. [...] Would it maybe help if my wife who is English would order the car? [...]"

AW/AW/AW: "[...] Yes quite possibly by mistake we did export some cars to Switzerland. I'm afraid that we can no longer do it. I'm afraid having an English wife won't help either. [...]"

159. Auf Nachfrage des Kaufinteressenten hin, weshalb es dieses Exportverbot für die Schweiz gebe, antwortete der englische Vertriebspartner mit der offiziellen Kommunikation der BMW-Group (vgl. Rz 145), wonach dies auf die mangelnde EU-Mitgliedschaft der Schweiz zurückzuführen sei:

AW/AW/AW/AW: "[...] I would very much appreciate if you could find out for me why exports to Switzerland are treated differently than let's say to Hong Kong. [...]"

AW/AW/AW/AW/AW: "[...] Yes it is simply internal policy. As Switzerland does not sit within the defined EU trading partners and has not signed up to the European community on many things it is not considered a member of the EU. As such it does not benefit from the 'free trade' agreements within the rest of the EU. [...]"

AW/AW/AW/AW/AW/AW: "[...] EU membership is irrelevant if it comes to the Personal Export Scheme. [...] Other dealers I have contacted (Audi and Jag for instance) do not have this issue. It's a shame that BMW has an internal policy that is discriminatory. I currently own two vehicles (X3, Mini) purchased from a local dealer. I will not buy locally again so I have to choice to import or change make. As I have grown fond of the cars I am driving and I am looking into up-

grading both over the next 18 months it would be shame to buy an Audi instead. England needs to export in order repair the government budget so even from a macroeconomic perspective it does not make sense to exclude a market with willing buyers. I am aware that it is not your decision and I would still be very interested in purchasing a car from you so I would appreciate very much if you could verify the meaning and purpose of this policy again. It seems to go against EU principles (Switzerland has over 100 bilateral contracts with the EU in place) and against what the British government would endorse (this policy basically constitutes a trade barrier and prevents the export the country so urgently needs). I would very much appreciate if you could send me the policy so that I could get a better understanding of what prevents us from coming to an agreement. [...]"

160. Auf erneutes Nachfragen des Kaufinteressenten hin, liess ihm der englische Vertriebspartner die offizielle Kommunikation der BMW AG in Englisch zukommen:

AW/AW/AW/AW/AW/AW/AW: "[...] Please find what the current official line is with regards Swiss nationals trying to order cars in the EU.

In accordance with European Competition Laws, authorized BMW and MINI dealers are entitled to sell and distribute new BMW and MINI vehicles within the European Economic Area (EEA). Customers with a residence within the EEA benefit from competition in the EEA and can purchase new BMW and MINI vehicles from a dealer of their choice within the EEA.

As Switzerland is not a member of the EEA and only maintains free trade agreements with member states of the EEA, European competition law does not apply.

Based on the aforementioned grounds, the agreements between BMW and their European distribution partners do not entitle the dealers to sell new BMW and MINI cars to customers with a residence outside the EEA. With such regulation, BMW strengthens the position of their distribution partners in and outside the EEA.

BMW Group operates a well-structured dealer network of 87 dealers in Switzerland in order to fully satisfy the Swiss customers' expectations.<sup>99</sup>

161. Dies zeigt, dass die Vertriebspartner der BMW AG nicht von einer Ausnahmepaxis in Bezug auf die Schweiz ausgehen konnten, zumal diese Kommunikation der BMW AG an ihre Vertriebshändler explizit das Exportverbot in Bezug auf die Schweiz begründet.

<sup>98</sup> Act. 28.

<sup>99</sup> Act. 9.

162. Wie dargelegt, hat die Exportverbotsklausel nicht nur den Ausschluss von Direktimporten in die Schweiz zum Gegenstand (vgl. Rz 141). Der Vertragswortlaut differenziert mit anderen Worten nicht zwischen Direktimporten und Parallelimporten. BMW AG kann indes keine Angaben darüber machen, ob ein Parallelhandel innerhalb der autorisierten Organisation, d.h. zwischen den zugelassenen Händlern in der Schweiz und im EWR, überhaupt stattgefunden hat.<sup>100</sup>

163. [...] Somit verfügt BMW (Schweiz) AG über die Daten effektiv verkaufter Neufahrzeuge sämtlicher BMW- und MINI-Händler in der Schweiz. Mittels Abgleich der an den entsprechenden Händler gelieferten Neuwagen wäre es BMW (Schweiz) AG inofolgedessen ohne weiteres möglich gewesen, einen Parallelhandel innerhalb der autorisierten Händlerorganisation aufzudecken. Vor diesem Hintergrund spricht der Umstand, wonach BMW AG selber keinen solchen Parallelhandel feststellen konnte, eher gegen das Vorhandensein von einem regen Parallelhandel der Händler. Diese Schlussfolgerung belegen auch die Statistiken zu den Direkt- und Parallelimporten (vgl. Anhang XVI).

164. Von den Rechtsvertretern der BMW AG wurde weiter vorgebracht, das Exportverbot habe keine Auswirkungen auf den Wettbewerb in der Schweiz gehabt. Direktimporte in die Schweiz hätten auch so stattgefunden und die ausstattungsbereinigten Preise im EWR und in der Schweiz würden sich nicht unterscheiden, gewisse Modelle seien in der Schweiz sogar günstiger.<sup>101</sup>

165. Das EuG hat in seiner Entscheidung in Sachen Peugeot/Kommission bestätigt, dass es sich auch dann um eine unzulässige Wettbewerbsabrede zwischen einem Fahrzeughersteller und seinen Händlern handeln kann, wenn einzelne Händler schliesslich dennoch versuchen würden, Fahrzeuge zu exportieren. Es hielt zudem fest, obwohl die Kommission keine wettbewerbs-schädlichen Auswirkungen auf den Markt habe nachweisen müssen, habe sie im vorliegenden Fall gezeigt, dass sich die Exportbehinderung von Peugeot ausgewirkt habe.<sup>102</sup>

166. Dass sich die vorliegende Exportverbotsklausel im EWR-Händlervertrag – trotz vereinzelter Direktimporte<sup>103</sup> – auf den Wettbewerb in der Schweiz ausgewirkt hat, wird nachfolgend im Rahmen der Analyse der Auswirkungen des vertraglichen Exportverbots auf die relevanten Märkte im Einzelnen aufgezeigt.

#### Fazit

167. Zahlreiche Belege wie (i) das Schreiben vom 12. Oktober 2010 (vgl. Rz 146), (ii) die fehlende resp. ungenügende Bereitschaft der BMW AG eine Mitteilung an die EWR-Händler zu senden (vgl. Rz 104 f. und Rz 149 ff.), (iii) die Vielzahl eingegangener Anzeigen von Endkunden innerhalb kurzer Zeit (vgl. Rz 151 ff.), (iv) die Aussage der [Grosshändlerin] (vgl. Rz 154) sowie (v) der Umgehungshandel mittels junger Gebrauchtfahrzeuge (vgl. nachstehend Rz 232) beweisen, dass die Existenz der Exportverbotsklauseln nach dem Grundsatz *pacta sunt servanda* ausgereicht hat, Vertriebspartner der BMW AG davon abzuhalten, Neufahrzeuge in die Schweiz zu verkaufen. Damit wurden nicht nur Direkt-

sondern auch Parallelimporte vertraglich ausgeschlossen.

#### B.3.2.2 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 4 KG

168. Für die Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs ist eine Gesamtbeurteilung 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 (vgl. Ziff. 11 VertBek).

169. Im vorliegenden Fall kann die Vermutung widerlegt werden, wenn Abnehmer in der Schweiz Direktimporte von BMW- und MINI-Neufahrzeugen in genügendem Umfang tätigen bzw. tätigen konnten und wenn sich diese Händler hinsichtlich eines anderen Wettbewerbsparameters einen wirksamen Wettbewerb liefern (Intra- und Interbrand-Wettbewerb; vgl. Abschnitt B.3.2.2.2. ff.).

170. Eine zweite Möglichkeit zur Widerlegung der gesetzlichen Vermutung besteht im Nachweis eines intensiven Wettbewerbs zwischen verschiedenen Herstellern bzw. Importeuren von Neufahrzeugen (Interbrand-Wettbewerb; vgl. Abschnitt B.3.2.2.3.).

171. Als dritte Möglichkeit zur Vermutungswiderlegung kommt schliesslich die Kombination des vorhandenen Intra- und Interbrand-Wettbewerbs in Betracht.<sup>104</sup>

172. Zur Prüfung der Marktverhältnisse werden vorab die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abgegrenzt.

#### B.3.2.2.1 Relevante Märkte

##### B.3.2.2.1.1 Sachlich relevante Märkte

###### Vorbemerkungen

173. 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<sup>105</sup>, analog).

174. Marktgegenseite der BMW AG auf der Absatzseite sind die Vertriebspartner bzw. unabhängigen Importeure und zu einem kleinen Anteil Direktkunden. Da die Nachfrage von den Vertriebspartnern bzw. unabhängigen Importeuren nach BMW- und MINI-Neufahrzeugen wiederum vom Nachfrageverhalten der Endkunden geleitet wird (abgeleitete Endnachfrage), sind die Präferenzen und das Verhalten der Endkunden Ausgangspunkt der nachfolgenden Marktdefinition.

<sup>100</sup> Act. 185, 18 f.

<sup>101</sup> Act. 43 Rz 15.

<sup>102</sup> Urteil des EuG vom 9.7.2009 T-450/05, *Automobiles Peugeot SA, Peugeot Nederland NV/Kommission*, Slg. 2009 II-2533 Rz 257-259.

<sup>103</sup> Vgl. z.B. Direktimportstatistik in Act. 43 Beilage 6, Act. 138 Beilage 5.

<sup>104</sup> Vgl. auch RPW 2010/1, 85 Rz 171, *Gaba (Entscheid ist noch nicht rechtskräftig)*.

<sup>105</sup> Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU; SR 251.4).

### Kein Gesamtmarkt für Personenwagen

175. Nach Ansicht der WEKO kann nicht von einem sachlich relevanten Markt für Personenwagen ausgegangen werden, sondern ist dieser Markt weiter zu segmentieren. Dies vor allem deshalb, weil aus Sicht des Nachfragers nicht alle Personenwagen als Substitutionsgüter betrachtet werden können. So deckt z.B. ein Kleinwagen aufgrund seiner Eigenschaften nicht dieselben Bedürfnisse wie ein Fahrzeug der Ober- oder Luxusklasse.

### Relevante Produktmärkte

176. In der Branche wird denn auch eine Marktsegmentierung vorgenommen. Gemäss „Auto-Schweiz“ können die Personenwagen in folgende Segmente aufgeteilt werden: „Microwagen“, „Kleinwagen“, „Untere Mittelklasse“, „Obere Mittelklasse“, „Oberklasse“ und „Luxusklasse“.<sup>106</sup> Die Definitionen würden auf den Fahrzeugabmessungen basieren, wobei die Länge, die Breite und die Motorisierung (Hubraum und Leistung) eine Rolle spielen würden. Zusätzlichen Einfluss auf die Zuweisung zu den einzelnen Produktmärkte habe der Verkaufspreis.<sup>107</sup> Diese Segmentierung wird von „Auto-Schweiz“ publiziert<sup>108</sup> und ist von der Automobilbranche grundsätzlich anerkannt.<sup>109</sup>

177. Die Modelle der Marke BMW können folgenden sachlich relevanten Produktmärkten zugeordnet werden: „Untere Mittelklasse“, „Obere Mittelklasse“, „Oberklasse“, „Luxusklasse“. Hingegen sind sämtliche Modelle der Marke MINI dem relevanten Produktmarkt Kleinwagen zuzuordnen.<sup>110</sup>

178. BMW Schweiz AG hat in einem Zivilverfahren<sup>111</sup> zumindest implizit anerkannt, dass die Fahrzeuge aufgrund ihrer Eigenschaften in Segmente aufzuteilen sind: In diesem Verfahren gegen die Speedy Garage SA machte die BMW (Schweiz) AG geltend, der relevante Markt beschränke sich nicht auf die Marke BMW, sondern umfasse auch die Sport- und Luxusfahrzeuge, das sog. «segment plus», in welchem die Konkurrenten Audi und Mercedes vertreten seien. In diesem Segment verfüge BMW über einen Marktanteil von rund [...]%.<sup>112</sup> Ferner bezeichnete BMW AG die oben genannten Produktmärkte in der Stellungnahme vom 13. Januar 2012 ausdrücklich als relevante Märkte.<sup>113</sup>

### Praxis der Europäischen Kommission

179. Auch in der Praxis der Europäischen Kommission wird eine weitere Unterteilung vorgenommen. In ihrem Bericht über die Fahrzeugpreise, den sie jährlich publiziert, unterscheidet sie nach folgenden Produktmärkten: A „Kleinwagen“, B „Kleinwagen“, C „Mittelklasse“, D „Obere Mittelklasse“, E „Oberklasse“, F „Luxusklasse“, G „Mehrzweck/Sportwagen“.<sup>114</sup> In verschiedenen Entscheidungen betreffend den Vertrieb von Automobilen, namentlich in solchen betreffend die Behinderung von Exporten, hat die Kommission sich bei der Abgrenzung des relevanten Markts an dieser Segmentierung orientiert.<sup>115</sup> Im Entscheid *Mercedes Benz*, indem es um die Behinderung von Exporten ging, hat die Kommission folgendermassen argumentiert:

„Als weitester sachlich relevanter Markt könnte der Markt für sämtliche Personenkraftfahrzeuge zugrun-

de gelegt werden. Der relevante Markt würde hierbei von den Kleinwagen über die Luxusklasse bis zu den Sportwagen reichen. Dem kann nicht gefolgt werden. Es liegt auf der Hand, dass aus Nachfragersicht beispielsweise Kleinwagen mit Fahrzeugen der Mittelklasse oder der Luxusklasse nicht gegeneinander austauschbar sind: Aus der Sicht der Nachfrager (Privatkundschaft, kommerzielle Personennutzende) sind die den verschiedenen Segmenten zugeordneten Fahrzeuge nicht gegeneinander austauschbar, wenn auf die für die Wahl eines bestimmten Fahrzeugs massgeblichen Eigenschaften abgestellt wird. Die charakteristischen Eigenschaften eines Kleinwagens sind seine geringe äussere Abmessung, sein kleiner Motor, sein relativ niedriger Anschaffungspreis, sein geringer Prestigewert und die Tatsache, dass viele dieser Fahrzeuge als Zweitwagen oder für den Kurzstreckenverkehr angeschafft werden. Kleinwagen sind demgegenüber grösser, ihre Motorisierung ist stärker und ihr Anschaffungspreis sowie Fahrkomfort ist höher. Für die nächsthöheren Klassen gilt dies jeweils entsprechend. So werden etwa Fahrzeuge der Ober- oder Luxusklasse überwiegend von Fahrern erworben, die Vielfahrer sind und lange Strecken auf bequeme Art zurücklegen wollen. Preis, Prestigewert und Komfort dieser Fahrzeuge sind durchwegs höher als bei den Fahrzeugen der darunterliegenden Klassen. Sportwagen, gleich ob Coupé oder Cabriolet, unterscheiden sich von den Personenwagen in erster Linie durch das sportliche Design ihrer Karosserie sowie durch die Tatsache, dass sie nur zwei Türen haben. Aus der Sicht der Nachfrager ist daher der gesamte Personennutzendemarkt nicht der sachlich relevante Markt.“<sup>116</sup>

<sup>106</sup> Act. 76.

<sup>107</sup> Act. 76.

<sup>108</sup> Abrufbar unter [www.auto-schweiz.ch/Personenwagen\\_nach\\_Segmenten.html](http://www.auto-schweiz.ch/Personenwagen_nach_Segmenten.html) (14.09.2011).

<sup>109</sup> Von den durch das Sekretariat befragten Fahrzeugherstellern und -importeuren hat einzig Fiat einen Vorbehalt in Bezug auf die Marktsegmentierung angebracht und Folgendes geltend gemacht: „Die untenstehende Zuteilung zu Segmenten erfolgt unpräjudiziell der Marktsegmentierung. Die Grösse eines Autos ist nur eine von mehreren Eigenschaften, die für den Verbraucher eine Rolle spielen. Auch die Europäische Kommission hat offengelassen, ob ein einziger Markt für Personennutzende bestehen oder die untenstehenden Segmente massgebend seien.“ (Act. 129).

<sup>110</sup> Act. 126.

<sup>111</sup> RPW 2008/3, 519, *Speedy Garage SA / BMW (Suisse) SA*.

<sup>112</sup> RPW 2008/3, 533, *Speedy Garage SA / BMW (Suisse) SA*.

<sup>113</sup> Act. 164 Rz 122 ff.

<sup>114</sup> Autopreise in der europäischen Union, 5, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor\\_vehicles/prices/2011\\_07\\_full.pdf](http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor_vehicles/prices/2011_07_full.pdf), (16.09.2011).

<sup>115</sup> KOMM, *Opel* (Fn 62), Rz 10; KOMM, ABl. 2002 L 257/1, Rz 143 ff., *Mercedes-Benz*, KOMM, *SEP und andere/Automobiles Peugeot SA* (Fn 57), Rz 11 ff.

<sup>116</sup> KOMM, *Mercedes-Benz*, (Fn 115), Rz 144.

180. Die Kommission traf im besagten Verfahren gegen *Mercedes Benz* allerdings keine abschliessende Entscheidung darüber, welche exakte Segmentierung der sachlichen Marktabgrenzung zugrunde zu legen ist. Sie hat dies unter anderem damit begründet, dass die Wettbewerbsbeschränkung nicht nur bei einem Abstellen auf die Marktstellung von Mercedes-Benz in den einzelnen Produktmärkten spürbar war, sondern auch dann, wenn berücksichtigt wurde, dass es zwischen jedem relevanten Produktmarkt und einem oder beiden Nachbarmärkten Wettbewerbsbeziehungen gibt oder die relevanten Produktmärkte sogar mit den beiden Nachbarmärkten zu einem sachlich relevanten Markt zusammengefasst würden.<sup>117</sup>

181. Im Zusammenschlussvorhaben *Porsche/Volkswagen* hielt die Kommission fest, dass die von den beteiligten Unternehmen vorgeschlagene Unterteilung (Minis, Kleinwagen, Kompaktwagen und Wagen der unteren Mittelklasse, Mittelklassewagen, Wagen der oberen Mittelklasse, Luxuswagen sowie Sportwagen/Sportcoupés/Cabriolets, Mehrzweckfahrzeuge und sportliche Geländewagen einschliesslich SUVs und Geländewagen) gemäss der getätigten Marktuntersuchung bis auf wenige Ausnahmen zutreffend sei.<sup>118</sup> Die genaue Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte wurde jedoch offengelassen, da das Zusammenschlussvorhaben auch bei einer anderen in Betracht kommenden Marktabgrenzung keinen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken gegeben hätte.<sup>119</sup>

182. Die Generaldirektion Wettbewerb hat betreffend die Definition des relevanten Markts im Bereich des Vertriebs von neuen Kraftfahrzeugen eine Studie in Auftrag gegeben.<sup>120</sup> Im Bericht zu dieser Studie wurde Folgendes festgehalten:

“The study therefore concludes that, in each geographic market analysed, i.e. a Member State, five distinct product markets are to be distinguished: sub-compact (corresponding to Commission segments A and B), compact (segment C), intermediate (segment D), standard/luxury (corresponding to Commission segments E and F), sports (part of the Commission segment G). Each of these product markets in each of the Member States analysed thus constitute relevant markets. The general message, however, is that a meaningful competitive assessment of the passenger car sector cannot rely on the assumption that there is a sole relevant market in which all cars compete throughout the EU on equal basis. The level of competition on car retailing has to be assessed at a lower and more detailed level of aggregation.”<sup>121</sup>

183. Auch die Lehre orientiert sich an einer weiteren Unterteilung und schlägt eine Aufteilung bis hin zu neun Kategorien vor, wobei zu den sechs obgenannten Märkten noch die sachlich relevanten Märkte für Sportwagen, Mehrzweckfahrzeuge und Geländewagen abgegrenzt werden könnten.<sup>122</sup> Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die relevanten Produktmärkte für Neufahrzeuge noch enger abzugrenzen sind. Vorliegend kann eine solche weitere Unterteilung jedoch offen gelassen werden, da dies für das Ergebnis der Untersuchung nicht von Relevanz wäre.

## Fazit

184. Gestützt auf die genannten Gründe und in Übereinstimmung mit der europäischen Praxis ist der Markt für Personenwagen weiter zu segmentieren. Zu diesem Zweck orientiert sich die vorliegende Untersuchung an den von „Auto-Schweiz“ verwendeten sachlich relevanten Produktmärkten „Microwagen“, „Kleinwagen“, „Untere Mittelklasse“, „Obere Mittelklasse“, „Oberklasse“ und „Luxusklasse“. Dabei wird allerdings berücksichtigt, dass die Grenzen zwischen den einzelnen Produktmärkten durchlässig sind.

185. Gegenstand der nachfolgenden Analyse der Wettbewerbsverhältnisse zwischen den verschiedenen Fahrzeugherstellern bzw. –importeuren bilden nur die sachlich relevanten Produktmärkte, in denen die BMW Group tätig ist. Dazu gehört der Produktmarkt „Kleinwagen“, in dem die BMW Group mit MINI vertreten ist und die Produktmärkte „Untere Mittelklasse“, „Obere Mittelklasse“, „Oberklasse“ und „Luxusklasse“ in denen die BMW Group mit BMW vertreten ist.

### B.3.2.1.2 Räumlich relevante Märkte

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

#### *Praxis der Europäischen Kommission*

187. Die Kommission konnte die Frage der räumlichen Marktabgrenzung in verschiedenen Entscheidungen betreffend die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels im Automobilsektor offen lassen. Gemäss ständiger Rechtsprechung des Gerichts erster Instanz muss die Kommission in Fällen, in welchen sie hinreichend nachgewiesen hat, dass die Klägerin eine Zuwiderhandlung begangen hat, die eine Einschränkung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezweckte und ihrem Wesen nach geeignet war, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, den räumlich relevanten Markt nämlich nicht abgrenzen.<sup>123</sup> Dennoch hat die Kommission i.S. *Peugeot* festgehalten, einige Elemente wie die wirtschaftlichen Bedingungen, die Vorschriften und die Präferenzen der Verbraucher liessen darauf schliessen, dass jeder Mitgliedstaat ein eigenständiger Markt sei.<sup>124</sup>

<sup>117</sup> KOMM, Mercedes-Benz, (Fn 115), Rz 149.

<sup>118</sup> KOMM, ABI. 2008 C 222/2, Rz 18-24, *Porsche/Volkswagen*.

<sup>119</sup> KOMM - *Porsche/Volkswagen* (Fn 118), Rz 25.

<sup>120</sup> FRANK VERBOVEN, Quantitative Study to Define the Relevant Market in the Passenger Car Sector, 17 September 2002, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor\\_vehicles/documents/study01.pdf](http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor_vehicles/documents/study01.pdf) (16.09.2011).

<sup>121</sup> VERBOVEN (Fn 120), 6.

<sup>122</sup> Vgl. dazu AXEL WALZ, Das Kartellrecht des Automobilvertriebs, 2005, 186 ff.: „Im Rahmen des Neufahrzeugsbereichs gelten Fahrzeuge nach ständiger Kommissionspraxis nicht als beliebig untereinander austauschbar. Eine Differenzierung erfolgt insbesondere nach den Kriterien Fahrzeuglänge, Anschaffungspreis, Motorleistung, Bauart der Karosserie und Markenimage“; BECHTOLD/BOSCH/BRINKER/HIRSBRUNNER, Kommentar zum EG-Kartellrecht, 2009, Rz 6 zu Art. 3 VO 1400/2002; siehe auch MICHAEL SCHLÜEPPE, Der Automobilvertrieb im europäischen und schweizerischen Kartellrecht, 2011, 27.

<sup>123</sup> Vgl. z.B. KOMM, *SEP und andere/Automobiles Peugeot SA* (Fn 57) Rz 12.

<sup>124</sup> Vgl. z.B. KOMM, *SEP und andere/Automobiles Peugeot SA* (Fn 57).

188. Auch die bereits erwähnte Studie zur Definition des relevanten Markts im Personenwagensektor (Rz 182) kommt zum Resultat, dass die Märkte national abzugrenzen sind.<sup>125</sup> Gemäss dieser Studie sind hohe internationale Preisunterschiede und eine geringe Anzahl Parallelimporte<sup>126</sup> ein Zeichen für ein grosses, nicht ausgeschöpftes Arbitragepotenzial und daher für mutmassliche Hindernisse im zwischenstaatlichen Handel. Als mögliche Hindernisse kämen in Frage: Verschiedene nationale Typengenehmigungen, die nationale Registrierung, Kosten für Transport und Administration sowie selektive und exklusive Vertriebssysteme. Die Studie beschränkt sich darauf, selektive und exklusive Vertriebssysteme genauer zu analysieren und kommt zum Schluss, dass diese die Ausschöpfung des Arbitragepotenzials durch Händler, Vermittler und Endkunden beschränken würden. Dies weil die Hersteller den Händlern – durch die Festlegung von Verkaufszielen und die Einschränkung der Lieferungen sobald diese erreicht sind – Anreize setzen könnten, nur an lokale Kunden zu verkaufen, denen sie dann auch Aftersaleservices anbieten können. Daher wären ausländische Endkunden oftmals mit längeren Lieferfristen konfrontiert.<sup>127</sup> Zusammenfassend wird in der Studie festgehalten, die Wettbewerbsbedingungen würden sich zwischen den Mitgliedsstaaten stark unterscheiden. Internationale Preisdifferenzen und Handelshindernisse sprächen dafür von nationalen Märkten zum Vertrieb von Personenwagen an Endkunden auszugehen.<sup>128</sup>

#### *Folge für die Schweiz*

189. Wenn schon innerhalb des europäischen Binnenmarktes Anzeichen dafür bestehen, die einzelnen Mitgliedsstaaten der EU als eigene räumliche Märkte für den Vertrieb von Neufahrzeugen abzugrenzen, muss dies für den schweizerischen Markt erst recht gelten.<sup>129</sup> Für eine solche Abgrenzung spricht auch die Tatsache, dass die verschiedenen Automobilhersteller jeweils über eine nationale Vertretung verfügen und es unterschiedliche nationale Grundausstattungen gibt (siehe unten Rz 194).

#### *Fazit*

190. Gestützt auf die genannten Gründe wird für die nachfolgende Analyse der Wettbewerbsverhältnisse bei der Beurteilung des Vertriebs von Personenwagen in räumlicher Hinsicht von einem schweizerischen Markt ausgegangen.

#### **B.3.2.2.2 Intrabrand-Wettbewerb**

191. Zur Analyse des Ausmasses an Wettbewerb zwischen Anbietern von BMW- und MINI-Neufahrzeugen in den verschiedenen sachlich relevanten Märkten wird geprüft, ob Direktimporte von BMW- und MINI-Neufahrzeugen in jedem Markt 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 (B.3.2.2.1) und ob Direktimporte tatsächlich getätigt wurden (B.3.2.2.2). Möglicherweise herrscht auf dem Schweizer Markt zwischen den Anbietern von Neufahrzeugen unabhängig von allfälligen Direktimporten ein funktionierender Intrabrand-Wettbewerb hinsichtlich anderer Wettbewerbsparameter, welcher jedoch potenziell durch das bestehende selekti-

ve Vertriebssystem eingeschränkt werden kann. Diesen Fragen wird in den Abschnitten B.3.2.2.3 und B.3.2.2.4 nachgegangen. Wie bereits erwähnt (Rz 174), wird die Nachfrage von den Vertriebspartnern der BMW AG bzw. den unabhängigen Importeuren nach BMW- und MINI-Neufahrzeugen vom Nachfrageverhalten der Endkunden abgeleitet (abgeleitete Endnachfrage) daher fokussiert die nachfolgende Analyse auf die Endkunden.

#### **B.3.2.2.1 Arbitragemöglichkeit**

192. Wenn Arbitragemöglichkeiten bestehen, welche Schweizer Endkonsumenten ausnutzen möchten, dies infolge des Exportverbots jedoch nicht können, wirkt sich das Exportverbot negativ auf die Direktimportmöglichkeiten aus. Deshalb stellt sich zunächst die Frage, ob für Schweizer Endkunden Anreize bestehen, aufgrund bestehender Preisdifferenzen zum Ausland BMW- und MINI-Neufahrzeuge (parallel oder direkt) zu importieren.

*Praxis der Europäischen Kommission: Preisunterschiede von mehr als 12 % stellen einen ausreichenden Anreiz für Direktimporte dar*

193. Gemäss Praxis der Europäischen Kommission ist der Parallelhandel mit Fahrzeugen im Lichte der unterschiedlichen Preise in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union zu sehen. Für die Preisvergleiche stützt sich die Kommission auf die von den Automobilherstellern empfohlenen Listenpreise vor Steuern.<sup>130</sup> In Sachen Opel hat die Kommission festgehalten, dass Preisunterschiede von mehr als 12 % in den Augen vieler Käufer einen ausreichenden finanziellen Anreiz darstellen, ein Auto in einem anderen Mitgliedstaat zu erwerben.<sup>131</sup> Obwohl die Kommission nach ständiger Rechtsprechung die konkreten Auswirkungen einer wettbewerbsbeschränkenden Abrede nicht in Betracht ziehen muss, wenn feststeht, dass damit eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Markts bezweckt wurde, werden

<sup>125</sup> VERBOVEN (Fn 120), 11 ff.

<sup>126</sup> Die vorliegende interessierenden Direktimporte bilden eine Teilmenge der von der EU-Kommission als Parallelimporte bezeichneten grenzüberschreitenden Verkäufe (vgl. Fn 11).

<sup>127</sup> VERBOVEN (Fn 120), 12 ff.

<sup>128</sup> VERBOVEN (Fn 120), 5.

<sup>129</sup> Selbst wenn der räumlich relevante Markt grösser als die Schweiz abgegrenzt würde, so würde dies nicht bedeuten, dass Auswirkungen im gesamten oder zumindest in einem grossen Teil des räumlich relevanten Marktes nachgewiesen werden müssen. Eine solche Betrachtungsweise macht insbesondere im Zusammenhang mit Gebietsabreden und Parallelimportverboten Sinn, da der Zweck solcher Abreden eben gerade darin besteht, einen potenziell grossen räumlichen Markt für die Marktgegenseite einzuengen und zu verkleinern. Ist die Abrede erfolgreich, so ist die Marktgegenseite gerade nicht mehr in der Lage, ihre Waren oder Dienstleistungen im gesamten räumlichen Markt zu beziehen. Die Auswirkungen ergeben sich daher spezifisch im „abgeschotteten“ Teil des Marktes, in welchem sich die von der Abrede betroffene Marktgegenseite befindet. Vor diesem Hintergrund sowie unter Bezugnahme auf Art. 2 Abs. 2 KG folgt, dass „Auswirkungen im relevanten Markt“ auch dann als gegeben anzunehmen wären, wenn nur ein Teil des räumlich relevanten Marktes – vorliegend die Schweiz – von Auswirkungen betroffen wäre.

<sup>130</sup> KOMM, SEP und andere/Automobiles Peugeot SA (Fn 57), Rz 18.

<sup>131</sup> KOMM, Opel (Fn 62), Rz 141; vgl. auch KOMM, SEP und andere/Automobiles Peugeot SA (Fn 57), Rz 18; KOMM, VW (Fn 64), Rz 15.



die Auswirkungen von Exportbeschränkungen im Automobilbereich jeweils durch das Vorhandensein erheblicher Preisunterschiede und damit durch potenzielle Parallelhandelsgeschäfte, die durch die Exportbeschränkung verunmöglicht werden, untermauert.<sup>132</sup> Die Kommission weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass es im Allgemeinen sehr schwierig sei, die Wirkungen exportbeschränkender Massnahmen genau zu erfassen, so wie es geradezu unmöglich sei, die Zahl der Exporte zu bestimmen, die durch diese Massnahmen tatsächlich verhindert wurden.<sup>133</sup>

194. In der Stellungnahme vom 3. Dezember 2010 bringt BMW AG vor, ausstattungs- und steuerbereinigt gebe es keine nennenswerten Preisunterschiede von BMW- und MINI-Fahrzeugen auf Stufe Endkunden zum Nachteil der Schweiz. Die BMW AG sei in Europa bekannt dafür, dass sie die Preise stark harmonisiere.<sup>134</sup> Ein vollständig bereinigter Netto-Preisvergleich erfolge unter Bereinigung folgender Faktoren:

- Unterschiede in den nationalen Grundausstattungen zwischen Ländern (sog. 100 % Sonderausstattungssteuer oder „HSA“);
- Steuern (nationale Steuern = MwSt., Importsteuer);
- weitere Gebühren und Kosten;
- nationale Zusatzausstattung (z.B. für Schweiz: BMW Service Plus Paket BSP);
- einheitliche Bewertung in EUR (gegenwärtiger durchschnittlicher Wechselkurs EUR 1: CHF 1.42).

195. Die Tabellen in Anhang II und III illustrieren die Preisunterschiede für Neufahrzeuge der Marken BMW und MINI zwischen der Schweiz und Deutschland. Der Preisvergleich basiert auf den offiziellen Preislisten 2011 für Endkunden in der Schweiz und in Deutschland. Zum Preisvergleich gilt es, Folgendes zu berücksichtigen:

- Der Preisvergleich basiert auf den aktuellen Listenpreisen 2011, weil sich für den Zeitraum seit der Untersuchungseröffnung im Oktober 2010 ein starkes Arbitragepotenzial feststellen lässt, das durch die Endkonsumenten aufgrund des vertraglichen Exportverbots nicht ausgeschöpft werden konnte. Auf eine Untersuchung der Auswirkungen des vertraglichen Exportverbots auf die Preisunterschiede vor der Untersuchungseröffnung wurde aus verfahrensökonomischen Gründen verzichtet. Diesem Umstand wird im Rahmen der Sanktionierung Rechnung getragen werden (siehe unten Rz 377).
- Es wurden die publizierten *Listenpreise* verglichen, weil der Kaufinteressent sich zunächst an diesen orientiert. Vollständig bereinigte Preisvergleiche drängen sich vorliegend nicht auf, denn die beim Sekretariat eingegangenen Anzeigen (Anhang XV) und die Statistiken (Anhang XVI) legen nahe, dass auch ein vollständig bereinigter Preisvergleich zu Preisunterschieden führt, bei denen sich ein Direktimport aus dem EWR lohnt. Dies wird beispielsweise durch einen vollständig bereinigten Preisvergleich bestätigt, der durch ei-

nen Kaufinteressenten eingereicht wurde, der bereits über ein konkretes Angebot für einen MINI Cooper in der Schweiz und in Deutschland verfügte. Daraus geht hervor, dass der MINI Cooper selbst unter Berücksichtigung sämtlicher bei einem Kauf in Deutschland anfallenden Kosten, namentlich der Automobilimportsteuer, der schweizerischen Mehrwertsteuer, des Rabatts und der Ablieferungspauschale, in Deutschland ausstattungsbereinigt immer noch CHF [...] günstiger erhältlich ist als in der Schweiz.<sup>135</sup> Im Übrigen handelt es sich bei der Ausstattung teilweise nicht um Optionen, beispielsweise ist der Ski-Sack in der schweizerischen Grundausstattung inbegriffen. Bei diesen nichtoptionalen Zusatzleistungen ist der echte Mehrwert für den Kunden, der sie unter Umständen nicht beziehen würde, wenn er die Wahl hätte, fraglich (siehe dazu weiter unten Rz 236). Auch aus diesem Grund erscheint der Vergleich der Listenpreise als sachgerecht.

- Es wurden die Preise in *Deutschland* zum Vergleich herangezogen, weil ein Grossteil der Anzeigen, die beim Sekretariat eingingen, von Kaufinteressenten stammten, die in Deutschland versucht haben, einen BMW- oder MINI-Neuwagen zu kaufen. Deutschland eignet sich als Beispiel für Preisdifferenzen zwischen der Schweiz und Ländern im EWR, denn gemäss dem Bericht „Autopreise in der europäischen Union“ liegen die Preise für BMW und MINI-Neufahrzeuge in Deutschland im Vergleich zu anderen EU-Ländern in etwa im Durchschnitt.<sup>136</sup> Im Übrigen handelt es sich bei Deutschland laut Import- und Exportstatistik um den wichtigsten Handelspartner der Schweiz.<sup>137</sup>
- Weil beim Direktimport die ausländische *Mehrwertsteuer* an der Grenze zurückerstattet wird und die Schweizer Mehrwertsteuer anfällt, vergleicht der Direktimporteur die Preise ohne Mehrwertsteuer. Es drängt sich somit auf, die Mehrwertsteuern bei den verglichenen Preisen nicht zu berücksichtigen und die Preise exkl. Mehrwertsteuer zu vergleichen. Hingegen wird beim angestrebten Preisvergleich für die ausländischen Preise die schweizerische Autoimportsteuer (4 % des Fahrzeugwerts) hinzugerechnet.<sup>138</sup>

<sup>132</sup> KOMM, *SEP und andere/Automobiles Peugeot SA* (Fn 57), Rz 130 ff.; vgl. auch KOMM, *Opel* (Fn 62), Rz 135.

<sup>133</sup> KOMM, *SEP und andere/Automobiles Peugeot SA* (Fn 57), Rz 134.

<sup>134</sup> Act. 43 Rz 39.

<sup>135</sup> Act. 158.

<sup>136</sup> Generaldirektion Wettbewerb, Bericht „Autopreise in der europäischen Union“, 14, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor\\_vehicles/prices/2011\\_07\\_full.pdf](http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor_vehicles/prices/2011_07_full.pdf) (27.09.2011).

<sup>137</sup> Eidgenössische Zollverwaltung, Analyse Aussenhandel, 20, abrufbar unter <http://www.ezv.admin.ch/themen/00504/01530/03209/index.html?lang=de> (21. Oktober 2011).

<sup>138</sup> [http://www.ezv.admin.ch/zollinfo\\_privat/00417/00419/index.html?lang=de](http://www.ezv.admin.ch/zollinfo_privat/00417/00419/index.html?lang=de).

- Personenwagen aus den EU- und EFTA-Staaten können *zollfrei* in die Schweiz eingeführt werden, wenn ein Ursprungsnachweis vorgelegt wird.<sup>139</sup> Daher wurden für den vorliegenden Preisvergleich keine Zolltarife berücksichtigt.
- Für den Preisvergleich wurde auf zwei verschiedene *Wechselkurse* EUR/CHF abgestellt: Die Preise in der Schweiz und in Deutschland wurden zum Einen beim höchsten (1.38) und zum Anderen beim tiefsten Wechselkurs (1.04) seit Oktober 2010 miteinander verglichen sowie zum Durchschnittswchselkurs von EUR/CHF 1.25 (vgl. Anhang I). So entsteht eine Differenz, die das ganze Spektrum an Preisunterschieden im untersuchten Zeitraum abbildet.
- In allen *relevanten Märkten*, in denen die Marke BMW vertreten ist, wurden jeweils die Preise von zwei Modellen verglichen (Anhang II). MINI ist einzig im Markt Kleinwagen vertreten. Bei MINI wurden die Preise von acht verschiedenen Modellen verglichen (Anhang III).

#### *Ergebnisse des Preisvergleichs*

196. Dem Preisvergleich in den Anhängen II und III lässt sich Folgendes entnehmen:

- Bei einem Kurs von 1.04 *EUR/CHF* sind die verglichenen Neufahrzeuge der Marke *BMW* in Deutschland zwischen 33 und 37 % günstiger als in der Schweiz. In absoluten Zahlen bewegen sich die Preisunterschiede zwischen CHF 11'600.- und CHF 68'500.-.
- Bei einem Kurs von 1.38 *EUR/CHF* sind die verglichenen Neufahrzeuge der Marke *BMW* in Deutschland zwischen 11 und 17 % günstiger als in der Schweiz. In absoluten Zahlen bewegen sich die Preisunterschiede zwischen CHF 4'300.- und CHF 25'200.-.
- Bei einem Kurs von 1.04 *EUR/CHF* sind die verglichenen Neufahrzeuge der Marke *MINI* in Deutschland zwischen 27 und 32 % günstiger als in der Schweiz. In absoluten Zahlen bewegen sich die Preisunterschiede zwischen CHF 6'100.- und CHF 12'300.-.
- Bei einem Kurs von 1.38 *EUR/CHF* sind die verglichenen Neufahrzeuge der Marke *MINI* in Deutschland zwischen 3 und 10 % günstiger als in der Schweiz. In absoluten Zahlen bewegen sich die Preisunterschiede zwischen CHF 800.- und CHF 3'700.-.
- Die Preise Deutschland in CHF wurden auch auf Basis des durchschnittlichen Wechselkurses EUR/CHF während der Periode 25.10.2010 – 10.10.2011 von 1.25 *EUR/CHF* berechnet.<sup>140</sup> Bei diesem Kurs sind die verglichenen Neufahrzeuge der Marke BMW in Deutschland zwischen 20 und 25 % günstiger als in der Schweiz. In absoluten Zahlen bewegen sich die Preisunterschiede zwischen CHF 7'000.- und CHF 41'700.-. Bei einem Kurs von 1.25 *EUR/CHF* sind die verglichenen Neufahrzeuge der Marke MINI in Deutschland zwischen 12 und 18 % günstiger als in der

Schweiz. In absoluten Zahlen bewegen sich die Preisunterschiede zwischen CHF 2'900.- und CHF 6'900.-.

197. Diese erheblichen Preisunterschiede sind vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Verkehrsausgaben, nach den Ausgaben für Wohnung (inkl. Energie) und Nahrung den drittgrössten Konsumposten für Schweizer Familien darstellen.<sup>141</sup>

198. Die EU-Kommission hat in Sachen Opel (siehe oben Rz 193) festgehalten, dass Preisunterschiede von mehr als 12 % in den Augen vieler Käufer einen ausreichenden finanziellen Anreiz darstellen, ein Auto in einem anderen Mitgliedstaat zu erwerben (siehe oben Rz 193). Berücksichtigt man, dass die BMW AG im Unterschied zu Opel in den hochpreisigen Märkten „Oberklasse“ und „Luxusklasse“ tätig ist, bei denen prozentual geringere Unterschiede in absoluten Zahlen um einiges höher ausfallen, als in den unteren Märkten, ist es angezeigt, bei Neufahrzeugen der BMW AG auch die absoluten Zahlen zu vergleichen. In absoluten Zahlen ausgedrückt, sind die Preisunterschiede Schweiz-Deutschland bei BMW erheblich und lässt sich folglich ein beträchtliches Arbitragepotenzial feststellen. Dasselbe gilt für MINI bei einem Wechselkurs von 1.04 EUR/CHF. Einzig bei einem Wechselkurs von 1.38 EUR/CHF dürfte der Anreiz für einen Kauf des Modells MINI Cooper in Deutschland aufgrund der CHF 800.- Preisunterschied eher gering sein.

#### *Kritik von BMW AG am Preisvergleich*

199. BMW AG wendet ein, die Exportverbotsklausel habe nicht zu höheren Preisen für BMW und MINI Fahrzeuge in der Schweiz geführt. BMW AG stützt sich dabei auf die Evaluation des Kartellgesetzes aus dem Jahr 2009<sup>142</sup> und weist auf die weitgehende Preisharmonisierung innerhalb des EWR, einschliesslich der Schweiz hin. Gemäss BMW AG würden sich die Preise von BMW Fahrzeugen in der Schweiz trotz höherer Vertriebskosten hierzulande gegenüber den Mitgliedstaaten des EWR innerhalb derselben Bandbreiten bewegen.<sup>143</sup>

200. Das Argument von BMW AG bezüglich weitgehender Preisharmonisierung innerhalb des EWR aus dem Jahr 2009 stösst aus zwei Gründen ins Leere: Zunächst werden vorliegend, wie dargelegt, die Auswirkungen des Exportverbotes auf die Preise für den Zeitraum vor Untersuchungseröffnung aus verfahrensökonomischen

<sup>139</sup> Information der eidgenössischen Zollverwaltung „Autoimport durch Private“, abrufbar unter [www.ezv.admin.ch/zollinfo\\_privat/00417/00419/index.html](http://www.ezv.admin.ch/zollinfo_privat/00417/00419/index.html) (12. Oktober 2011).

<sup>140</sup> Auch gemäss BMW AG sei auf die durchschnittlichen Wechselkurse abzustellen (Act. 164, Rz 40 ff.).

<sup>141</sup> Bundesamt für Statistik: Familien in der Schweiz, Statistischer Bericht, 2008, 54, abrufbar unter <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/04/blank/01/01.html> (21. Oktober 2011).

<sup>142</sup> HÜSCHEL RATH, K. u.a. (2009) Evaluation Kartellgesetz: Fallstudien zu den Wirkungen des Kartellgesetzes, 271, 256.

<sup>143</sup> Act. 164 Rz 31 f.

Gründen nicht untersucht. Diesem Umstand ist im Rahmen der Sanktionierung Rechnung zu tragen (vgl. Rz 195). Weiter bestehen zwischen den Mitgliedstaaten der EU nach wie vor Preisdifferenzen. So hält auch der Automobilpreisbericht der EU-Kommission für das Jahr 2010 fest, dass die Preisunterschiede zwischen den Mitgliedstaaten zwar gemäss Preislisten der Automobilhersteller allgemein zurückgegangen sind. In manchen Fällen bestehen jedoch nach wie vor grosse Unterschiede, die Verbrauchern, die ihr Auto in einem anderen Mitgliedstaat kaufen, grosse Einsparungen ermöglichen. Innerhalb des Euro-Währungsgebiets blieb der Indikator für den Preisunterschied unverändert.<sup>144</sup>

201. Gemäss BMW AG sei nicht belegt, dass eine höhere Zahl von Direktimporten zu tieferen Preisen in der Schweiz führen würde. Konkrete Fakten würden das Gegenteil belegen. So verzeichne beispielsweise Audi im Verhältnis zu anderen Herstellern einen vergleichsweise hohen Anteil an Direkt- bzw. Parallelimporten. Dennoch falle der Preisvergleich bei Audi zwischen den Preisen in der Schweiz und den Preisen im EWR vergleichbar aus wie für BMW und MINI Fahrzeuge. Dasselbe treffe gemäss BMW AG auch auf die anderen Marken des Volkswagen Konzerns und beispielsweise auch auf Mercedes zu.<sup>145</sup>

202. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist einzig das Vertriebssystem der BMW AG. Internationale Preisunterschiede bei anderen Marken spielen dabei keine Rolle (vgl. Rz 213), da das festgestellte Arbitragepotenzial für BMW und MINI-Neufahrzeuge in erster Linie zur Klärung der Frage dient, ob für Endkonsumenten überhaupt ein Anreiz besteht, ein Neufahrzeug im Ausland zu kaufen. Das ermittelte Arbitragepotenzial für sich alleine lässt folglich noch keinen Rückschluss auf eine Gebietsschutzabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG zu. Hierzu bedarf es weiterer zentraler Elemente, namentlich des Nachweises, dass eine solche Abrede – wie in casu – besteht. Die bei Audi oder anderen Herstellern im Vergleich mit BMW AG zahlenmässig höheren Parallel- und/oder Direktimporte weisen somit lediglich darauf hin, dass auch für diese Neufahrzeuge ein Arbitragepotenzial besteht.

203. BMW AG macht weiter geltend, der angestrebte Preisvergleich widerspreche anerkannten ökonomischen Grundsätzen. Der Preisvergleich basiere ausschliesslich auf publizierten Listenpreisen in der Schweiz und in Deutschland und ignoriere die Unterschiede in der Grundausstattung der Neufahrzeuge zwischen den beiden Ländern sowie zusätzliche Leistungen und Kosten, die im Listenpreis inbegriffen bzw. ausgeschlossen seien. Somit würden Produkte verglichen, die sich in ihrem Umfang und Wert erheblich unterscheiden würden. Richtigerweise hätten Preisvergleiche ausstattungs- und steuerbereinigt zu erfolgen.<sup>146</sup>

204. Dagegen ist Folgendes einzuwenden: BMW AG hat bereits in ihrer Stellungnahme vom 3. Dezember 2010 dargelegt, wie ein ausstattungsbereinigter Preisvergleich vorgenommen werden sollte.<sup>147</sup> Dieser Preisvergleich wurde von BMW AG für die Referenzmodelle „BMW 116i“, „BMW X1 xDrive 20d“, „BMW 320 xd Touring“, „BMW 530d Limousine“ und „MINI Cooper“ vorgelegt. Daraus ist ersichtlich, dass einzig für das Modell 116i

eine zu beachtende Differenz der Ausstattungen ermittelt werden kann, nämlich EUR [...] für das Modell in Deutschland während die Ausstattung für die Schweiz mit EUR [...] veranschlagt wird. Hingegen entsprechen sich die Ausstattungen der anderen Referenzmodelle in Deutschland und der Schweiz weitgehend. Für das Referenzmodell X1 xDrive20d wird von BMW AG selber die Ausstattung in Deutschland teurer als in der Schweiz veranschlagt. Es bestehen somit bloss geringfügige Unterschiede in den Ausstattungen zwischen Deutschland und der Schweiz. Dies bestätigten auch die Vertreter von BMW AG anlässlich der Anhörung vor der WEKO.<sup>148</sup> Das von BMW AG für diese wenigen Referenzmodelle fehlende Arbitragepotenzial kann somit vorwiegend auf den von BMW AG angewendeten Durchschnittswchselkurs EUR/CHF von 1.42 zurückgeführt werden, welcher nicht dem Durchschnittskurs der untersuchten Zeitperiode entspricht.

205. Allfällige nichtoptionale Zusatzleistungen, welche also vom Kunden nicht abgewählt werden können, sind bei einem Preisvergleich nicht zu berücksichtigen, da dem Kunden eine echte Wahlmöglichkeit fehlt (vgl. Rz 236 und Rz 245).

206. Auch unter verfahrenswirtschaftlichen Gründen wäre ein ausstattungsbereinigter Preisvergleich nicht angezeigt. Unter dem Gesichtspunkt, dass BMW AG [...], muss einerseits von einem enormen Aufwand für eine solche Erhebung ausgegangen werden.<sup>149</sup> Andererseits würde die Berücksichtigung der geringfügigen Unterschiede in den Ausstattungen am Ergebnis der erhobenen Preisdifferenzen nichts ändern.

207. Ausserdem zeigen die Direktimportstatistiken von Auto-Schweiz eindeutig, dass seit 2009 der Anteil an Direkt- und Parallelimporten sämtlicher Marken im Verhältnis zu den Gesamtverkäufen stetig zugenommen hat. Während in den Jahren vor 2009 jeweils ein Prozentsatz zwischen 1.23 % und 1.63 % an Direkt- und Parallelimporten stattfand, konnte im 2009 ein Anstieg auf 2.26 %, im 2010 auf 3.67 % und im 2011 sogar auf 7.29 % verzeichnet werden.<sup>150</sup> In absoluten Zahlen wurden somit im Jahr 2011 23'264 Neufahrzeuge in die Schweiz direkt- und/oder parallelimportiert. Diese erhöhte Nachfrage nach Direkt- und/oder Parallelimporten ist ein gewichtiges Indiz, dass Preisunterschiede zwischen der Schweiz und dem Ausland bestehen bzw. zugenommen haben.

<sup>144</sup> Autopreise in der europäischen Union vom 1. Januar 2011 (car price report 2010), vgl. auch die diesbezügliche Pressemitteilung der Europäischen Kommission, Kartellrecht: Automobilpreisbericht zeigt 2010 geringere Preisunterschiede bei Neuwagen in der EU unter [http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor\\_vehicles/prices/report.html](http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor_vehicles/prices/report.html).

<sup>145</sup> Act. 164 Rz 33 ff.

<sup>146</sup> Act. 164 Rz 37 f.

<sup>147</sup> Act. 43 Rz ff. sowie Beilage 10.

<sup>148</sup> Act. 185, 43.

<sup>149</sup> Act. 185, 40.

<sup>150</sup> Vgl. Anhang XVI.

208. Auch die eingegangenen Anzeigen zeigen auf, dass ein Bedürfnis nach Direktimporten besteht (vgl. Tabelle XV). Dieses Bedürfnis von den Konsumenten würde aufgrund des nicht unerheblichen Aufwandes bei einem Direktimport wohl kaum bestehen, wenn damit nicht gleichzeitig ein Arbitragepotenzial abgeschöpft werden kann, welches die aufgewendeten Kosten überwiegt. In dieselbe Richtung zeigen auch die Angaben von [Grosshändlerin], wonach bereits im letzten Quartal 2010 (Durchschnittswchselkurs EUR/CHF 1.32<sup>151</sup>) ein sehr interessanter Preisunterschied für BMW Neufahrzeuge bestand.<sup>152</sup> Letztlich hat selbst BMW AG in ihrer Stellungnahme vom 13. Januar 2012 anerkannt, dass ein signifikanter Preisunterschied zwischen Deutschland und der Schweiz ab dem Jahr 2010 zeitgleich mit der Aufwertung des Schweizer Frankens entstand.<sup>153</sup> Diese Aufwertung des Schweizer Frankens gegenüber dem Euro erfolgte nicht nur kurzfristig und ermöglichte somit den Konsumenten in der Schweiz, von den für sie vorteilhaften Wechselkursentwicklung über eine längere Zeitperiode zu profitieren (vgl. Anhang 1).

209. Weiter wurde entgegen der Ansicht von BMW AG der Preisvergleich steuerbereinigt vorgenommen (vgl. Rz 195).

210. BMW AG wendet weiter ein, der Preisvergleich lasse Rabatte, Sonderaktionen und andere Verkaufsfördermassnahmen unberücksichtigt.<sup>154</sup>

211. Es trifft zu, dass der angestrebte Preisvergleich basierend auf Listenpreisen vorgenommen wurde und somit Rabatte, Sonderaktionen und andere Verkaufsfördermassnahmen nicht mitberücksichtigt. Die Berücksichtigung dieser Parameter im Preisvergleich wäre schlichtweg unmöglich (vgl. Rz 206). Es ist unbestritten, dass solche Verkaufsfördermassnahmen bestehen und einen Einfluss auf die jeweiligen Endkonsumentenpreise haben. Diese vermögen jedoch das ermittelte Arbitragepotenzial nicht oder wenn dann nur geringfügig zu verkleinern: Denn selbst nach Angaben von BMW AG besteht ein signifikanter Preisunterschied zwischen Deutschland und der Schweiz ab dem Jahr 2010 (vgl. Rz 208). Zudem sprechen die Anzeigen und die Angaben von [Grosshändlerin] klar für ein erhebliches Arbitragepotenzial (vgl. Rz 208). Ausserdem gewähren die Händler Rabatte nicht nur in der Schweiz sondern auch in EWR-Ländern.

212. Laut BMW AG hätten insgesamt folgende Elemente in einem korrekten Preisvergleich beachtet werden müssen:

- Zeitraum: Ein umfassender Preisvergleich dürfe nicht nur den Untersuchungszeitraum erfassen, sondern müsse den gesamten Zeitraum (d.h. 2003 bis 2011), in welchem BMW AG die angebliche Restriktion der Direktimporte veranlasst habe, berücksichtigen. Dies ermögliche, die Auswirkungen der Wechselkursschwankungen insbesondere im Zeitraum 2010/2011 im Gesamtzusammenhang zu betrachten und den langfristigen Preisunterschied zwischen der Schweiz und Deutschland herauszuarbeiten;
- Relevante Modelle: Ein repräsentatives Ergebnis könne nur mit einem Preisvergleich, der alle rele-

vanten bzw. die meistverkauften Fahrzeugmodelle in den relevanten Märkten umfasse, erreicht werden. Die Beschränkung auf einige wenige Fahrzeugmodelle sei nicht statthaft;

- Produktunterschiede: Ein umfassender Preisvergleich müsse die Unterschiede in der Grundausstattung sowie Zusatzleistungen und zusätzlich anfallende Gebühren und Steuerunterschiede berücksichtigen;
- Preisvergleich mit anderen Nachbarländern: Wenn sich bei einem Preisvergleich zu einem anderen Nachbarland ein geringerer Preisunterschied herausstellen sollte, so würde implizit ein Preisunterschied zwischen den einzelnen EWR-Ländern deutlich. Damit wäre widerlegt, dass jegliche Preisunterschiede zwischen der Schweiz und Deutschland tatsächlich auf Importrestriktionen zurückzuführen seien.
- Wechselkursschwankungen: Der signifikante Preisunterschied zwischen Deutschland und der Schweiz sei erst im Jahre 2010, zeitgleich mit der Aufwertung des Schweizer Frankens, entstanden. Die bereits erwähnte Untersuchung des SECO „Weitergabe von Einkaufsvorteilen aufgrund der Frankenstärke“ komme bezüglich Aufwertung des Frankens ab Mitte 2010 zum Ergebnis, dass „die Preisdifferenz [zwischen Deutschland und der Schweiz] über ein Jahr betrachtet um gegen 15% zugenommen hat“. Ein ähnlicher Wert werde dabei auch in der Kategorie „Kauf von Neufahrzeugen“ gemessen, die damit eine durchschnittliche Preisdifferenz aufweise.
- Andere Hersteller: Wenn bei anderen Herstellern die bei BMW und MINI Fahrzeugen beobachtete Entwicklung der Preisunterschiede zwischen Deutschland und der Schweiz auch bei anderen Herstellern zu beobachten wäre, so wäre dies ein weiterer Hinweis darauf, dass die Preisunterschiede bei BMW und MINI Neufahrzeugen nicht den mutmasslichen Direktimportrestriktionen zuzuordnen seien, sondern vielmehr eine direkte Auswirkung der Wechselkursschwankungen darstellen würden. Es bleibe unberücksichtigt, dass auch im Falle von Mercedes oder Volkswagen ähnliche Preisunterschiede zwischen Deutschland und der Schweiz auftreten würden.<sup>155</sup>

<sup>151</sup> [http://www.snb.ch/de/i/about/stat/statpub/statmon/stats/statmon/statmon\\_G1](http://www.snb.ch/de/i/about/stat/statpub/statmon/stats/statmon/statmon_G1).

<sup>152</sup> Act. 83.

<sup>153</sup> Act. 164 Rz 45 Bst. v.

<sup>154</sup> Act. 164 Rz 39, 60 ff.

<sup>155</sup> Act. 164 Rz 45.

213. Dem ist Folgendes entgegen zu halten:

- Zeitraum: Wie bereits erwähnt, werden vorliegend die Auswirkungen des Exportverbotes für den Zeitraum vor Untersuchungseröffnung aus verfahrensökonomischen Gründen nicht untersucht (vgl. Rz 195 und 200). Im Übrigen ist unbestritten, dass die festgestellten Preisunterschiede auch auf die Wechselkursentwicklung in den letzten zwei Jahren zurückzuführen sind. Diesen Umständen wird im Rahmen der Sanktionierung Rechnung getragen.
- Relevante Modelle: Wie dargelegt, wurden für jeden Markt die Preise von zwei Modellen verglichen. Anhand der meistverkauften Serien (1er, 3er und 5er Reihe) gemäss Angaben von Auto-Schweiz wurden jeweils zwei Modelle ausgewählt. Innerhalb der ausgewählten Modelle ist in Bezug auf die erfassten Preisunterschiede keine nennenswerte Streuung festzustellen. Von den zehn untersuchten Modelle für BMW Neufahrzeuge weisen sieben einen Preisunterschied von 21% auf und je ein Modell 20%, 22% resp. 25% auf. Daraus kann geschlossen werden, dass die festgestellten Preisdifferenzen sich je nach Modell nicht beträchtlich unterscheiden. BMW AG bemängelt denn auch nicht, dass die Preisdifferenzen für die anderen Modelle anders ausgefallen wären.
- Produktunterschiede: Es kann auf die Ausführungen weiter oben verwiesen werden (Rz 204 ff.).
- Preisvergleich mit anderen Nachbarländern: Es wurden, wie dargelegt, die Preise in der Schweiz mit denjenigen in Deutschland verglichen, da in Deutschland die Preise für BMW und MINI-Neufahrzeuge im Vergleich mit anderen EU-Ländern in etwa im Durchschnitt liegen. Der angestrebte Preisvergleich stützt sich somit auf den von der Generaldirektion Wettbewerb der EU vorgenommenen Preisvergleich in Europa (vgl. Rz 195).
- Wechselkursschwankungen: Die Aufwertung des Schweizer Frankens gegenüber dem Euro hat unbestrittenermassen zu einer signifikanten Preisdifferenz geführt. Für die Endkonsumenten bestand somit zumindest seit Oktober 2010 bis heute ein Anreiz, Neufahrzeuge der Marken BMW und MINI aus dem Ausland zu beziehen.
- Andere Hersteller: Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist einzig das Vertriebssystem der BMW AG. Daher ist nicht auszuschliessen, dass andere Hersteller von Automobilen Massnahmen zum Gebietsschutz ergreifen. Im Übrigen dient das festgestellte Arbitragepotenzial für BMW und MINI-Neufahrzeuge in erster Linie zur Klärung der Frage, ob für Endkonsumenten überhaupt ein Anreiz besteht, ein Neufahrzeug im Ausland zu kaufen. Das ermittelte Arbitragepotenzial für sich alleine lässt folglich noch kein Rückschluss auf eine Gebietsschutzabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG zu. Eine Untersuchung der Preisunterschiede für andere Hersteller drängt sich somit nicht auf.

*Fazit*

214. Insgesamt lassen sich bei Neufahrzeugen der Marken BMW und MINI seit Oktober 2010 erhebliche Preisunterschiede zwischen Deutschland und der Schweiz feststellen. Nachfolgend wird untersucht, ob das Exportverbot in den EWR-Handelsverträgen dazu führte, dass diese Arbitragepotenziale nicht ausgenutzt werden konnten.

### **B.3.2.2.2 Direktimporte**

215. Unter diesem Titel wird geprüft, in welchem Umfang Schweizer Endkonsumenten tatsächlich von den beträchtlichen Arbitragemöglichkeiten Gebrauch gemacht und in Deutschland bzw. im EWR einen BMW bzw. einen MINI gekauft haben.

216. In den Stellungnahmen der BMW AG wird vorgebracht, insbesondere aus Deutschland seien in den letzten drei Jahren mehrere hundert Neufahrzeuge in die Schweiz direktimportiert worden.<sup>156</sup> Die BMW AG macht geltend, angesichts der nichtexistenten Preisunterschiede würden Direktimporte (siehe Fn 11) von BMW und MINI Fahrzeugen in die Schweiz in diesem Umfang eigentlich erstaunen.<sup>157</sup>

217. Insgesamt erachtet es die BMW AG aufgrund der Tatsache, dass in den letzten Jahren mehrere hundert Fahrzeuge in die Schweiz importiert worden seien, als nachgewiesen, dass durch die nicht umgesetzte Exportverbotsklausel im EWR-Händlervertrag Direktimporte in die Schweiz weder ausgeschlossen noch behindert wurden.<sup>158</sup>

218. Anlässlich der Anhörung vom 26. Januar 2011 haben die Vertreter von BMW AG vorgebracht, der Wettbewerb in der Schweiz sei sehr fragmentiert, es gebe über 40 Marken auf dem Markt. BMW AG würde im Gesamtvergleich kein ungewöhnliches Verhältnis von Direktimporten und Gesamtverkäufen aufweisen. Auf der Statistik „Direktimporte und Gesamtverkäufe“ liessen sich sehr verschiedene Anteile Direktimporte an Gesamtverkäufen für die verschiedenen Marken erkennen. Im Vergleich zu Mercedes liessen sich z.B. keine eklatanten Unterschiede finden. BMW AG habe auch die Zahlen für den Import von „jungen“ Gebrauchtfahrzeugen verglichen, da diese beiden Märkte aus Sicht von BMW AG zusammen betrachtet werden müssen. Auch in diesem Markt würden weniger BMW-Fahrzeuge importiert und die Relationen der Zahlen im Vergleich mit anderen Marken (Audi, Mercedes) blieben ähnlich, obwohl in diesem Markt keine formalen vertragsrechtlichen Hürden für den Händler gelten würden.<sup>159</sup>

<sup>156</sup> Act. 43 Rz 25 und Act. 164 Rz 9.

<sup>157</sup> Act. 43 Rz 25.

<sup>158</sup> Act. 43 Rz 27.

<sup>159</sup> Act. 38 Frage 4; Act. 68 Beilage 1 (Statistik „Direktimporte und Gesamtverkäufe“ 2005-2010).

*Ohne Exportverbot wäre es zu mehr Direktimporten gekommen*

219. „Auto Schweiz“ erstellt auf Basis der Statistik „Immatrikulationen von Personenwagen“, in welcher neuimmatrikulierte Personenwagen mit Erstzulassung in der Schweiz erfasst werden,<sup>160</sup> eine Direktimportstatistik (Anhang XVI). Laut „Auto Schweiz“ werden in dieser Direktimportstatistik alle Fahrzeuge erfasst, die keine „normale“ Typengenehmigungsnummer (TG-Nr.) haben. Dabei gebe es unterschiedliche Arten: Einmal solche mit TG-Nr. X das seien Fahrzeuge, die keiner Typengenehmigung entsprechen. Dann solche, mit einer normalen TG-Nr. und dem Typenscheinzusatz X. Dies seien Fahrzeuge, die nicht typengenehmigt seien, aber in allen Punkten einer TG entsprechen. Hinzu kommen die Fahrzeuge mit TG-Nr. IX\*, das seien Fahrzeuge, die auf Grund einer vom ASTRA gekauften Typengenehmigung für Parallelimporteure immatrikuliert worden sind. Ausserdem würden auch Fahrzeuge erfasst, bei denen gar keine TG-Nr. vorhanden ist.<sup>161</sup> Folglich werden von der Direktimportstatistik sämtliche Importe erfasst, die nicht über die TG-Nr. der BMW (Schweiz) AG laufen, d.h. alle parallel in die Schweiz importierten BMW- und MINI-Neuwagen. D.h. die Statistik erfasst nicht nur die vorliegend relevanten „Direktimporte“ durch Endkunden, sondern auch „Parallelimporte“ durch Händler. Die „Direktimporte“ durch Endkunden dürften daher geringer sein als in der „Direktimportstatistik“ ausgewiesen.

220. Der Direktimportstatistik von „Auto Schweiz“ für die Jahre 2005 bis 2010 ist Folgendes zu entnehmen:

- Das Minimum an Direktimporten von *BMW-Neufahrzeugen* lag im Jahr 2007 bei 84 Stück bzw. 0.52 % der Gesamtverkäufe in der Schweiz. Das Maximum direktimportierter BMW-Neuwagen wurde im Jahr 2005 mit 184 Stück bzw. 1.12 % der Gesamtverkäufe erreicht (siehe Anhang XVI).
- In den Jahren 2005 und 2006 wurde kein einziges MINI-Neufahrzeug parallel in die Schweiz importiert, im Jahr 2007 waren es sieben Stück bzw. 0.2 % der Gesamtverkäufe in der Schweiz und im Jahr 2009 wurde mit 27 Stück bzw. 0.99 % der Gesamtverkäufe das bisherige Maximum an Direktimporten erreicht (siehe Anhang XVI).

221. Für den vorliegend interessierenden Zeitraum seit Oktober 2010 liegen folgende Daten von „Auto Schweiz“ zu Direktimporten vor:

- Im Zeitraum Anfang Oktober 2010 bis Ende Dezember 2010 wurden insgesamt 58 BMW-Neuwagen und 8 MINI-Neuwagen direkt- und/oder parallelimportiert (Anhang XVI). Im Jahr 2011 wurden 401 BMW-Neuwagen und 95 MINI-Neuwagen direkt- oder parallelimportiert. Dies entsprach einem Anteil von 2.29 % resp. 2.07 % an den Immatrikulationen.<sup>162</sup> Als Vergleich wurden im Jahr 2011 in allen Märkten durchschnittlich 7.29 % (in absoluten Zahlen: 23'264 Neufahrzeuge) direkt und/oder parallel in die Schweiz importiert (vgl. Anhang XVI).

222. Folglich steht fest, dass Direkt- oder Parallelimporte von BMW- und MINI-Neuwagen in die Schweiz zwar stattgefunden haben, aber in einem sehr geringen Aus-

mass. Ohne das vertragliche Exportverbot in Bezug auf die Schweiz wäre der Anteil an Direktimporten zumindest im Zeitraum seit Oktober 2010, in dem ein beträchtliches Arbitragepotenzial bestand (siehe oben Rz 196 ff.), auf jeden Fall höher ausgefallen. Dies ist zunächst belegt durch die vielen innerhalb kurzer Zeit beim Sekretariat eingegangenen Anzeigen von Endkonsumenten in der Schweiz, die erfolglos versucht haben im EWR einen BMW- bzw. MINI-Neuwagen zu kaufen (Anhang XV). Bereits zwischen dem 12. Oktober 2010 und der Untersuchungseröffnung am 25. Oktober 2010 sind sechs entsprechende Anzeigen beim Sekretariat eingegangen. Im Laufe der Untersuchung sind zehn weitere Anzeigen hinzugekommen. Wird berücksichtigt, dass sich lange nicht alle, infolge des vertraglichen Exportverbots abgewiesenen Kaufinteressenten beim Sekretariat gemeldet haben und dass einige Neuwagen-Interessenten auf ein bereits im EWR zugelassenes „junges Gebrauchtfahrzeug“ ausgewichen sind, das vom Exportverbot nicht betroffen ist (siehe oben Rz 48 und 155 und unten Rz 231), dürfte die Anzahl der tatsächlich verhinderten Direktimporte von BMW- und MINI-Neuwagen bedeutend höher sein, als vorliegend aktenkundig ist.

223. Weiter lässt auch die Aussage von [Grosshändlerin] (vgl. Rz 154) keinen Zweifel offen, dass die Direktimporte für Neuwagen zumindest der Marke BMW höher ausgefallen wären. Letztlich belegt auch die offizielle Mitteilung der BMW AG vom 12. Oktober 2010, wonach mit dem Exportverbot die Position der Vertriebspartner der BMW AG sowohl im als auch ausserhalb des EWR gestärkt werde, dass dadurch Direkt- und/oder Parallelimporte tatsächlich behindert wurden. Denn eine Stärkung der Position der Händler ist in diesem Zusammenhang nur denkbar, wenn der Vertragswortlaut auch tatsächlich gelebt wurde.

*Erwägungen zu den Gegenargumenten von BMW AG*

224. Der von den Rechtsvertretern von BMW AG ins Feld geführte Vergleich der Direktimportanteile von BMW und MINI mit den Direktimportanteilen bei anderen Marken und der daraus gezogene Schluss, wonach die tiefen Direktimportanteile bei BMW und MINI auf andere Umstände als das vertragliche Exportverbot zurückzuführen sein müssen, weil die Direktimportanteile auch bei anderen Marken tief seien, hält aus folgendem Grund nicht stand: Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist einzig das Vertriebssystem der BMW AG. Daher ist nicht auszuschliessen, dass andere Hersteller von Automobilen Massnahmen zum Gebietschutz ergreifen, was sich in tiefen Direktimportanteilen widerspiegeln würde. Im Übrigen lassen sich die zum Teil vergleichbar tiefen Direktimportanteile bei anderen Herstellern in den Jahren vor 2011 unter Umständen darauf zurückführen, dass die Preisunterschiede CH-EWR bei

<sup>160</sup> „Auto Schweiz“ kauft die Daten für diese Statistik beim Bundesamt für Strassen (ASTRA).

<sup>161</sup> Act. 59.

<sup>162</sup> Gemäss Auto Schweiz bestehen seit dem Jahr 2011 keine aussagekräftigen internen Statistiken mehr (Act. 171), weshalb die Prozentsätze der Direkt- resp. Parallelimporte gemessen an den Gesamtimmatrikulationen vorgenommen wurden (vgl. Anhang XVI).

anderen Herstellern möglicherweise nicht so gross sind und damit das Arbitragepotenzial beschränkt ist, obwohl keine Massnahmen zum Gebietsschutz ergriffen werden. Hingegen ist aus der Tabelle in Anhang XVI ersichtlich, dass im Jahr 2011 die Marken BMW oder MINI im Vergleich zu anderen Marken eindeutig die tiefsten Direktimportanteile aufweisen.

225. Auch der Vergleich mit dem Direktimportanteil bei den „jungen Gebrauchtfahrzeugen“, der bei BMW im Jahr 2010 bei [...] % der Gesamtverkäufe lag, bei Audi bei [...] % und bei Mercedes bei [...] %, ist wenig hilfreich, zumal der Bereich „junge Gebrauchtfahrzeuge“ nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist und nicht ausgeschlossen werden kann, dass in diesem Bereich Massnahmen zum Gebietsschutz ergriffen werden.

226. Die BMW AG bringt in den Stellungnahmen vor, eine höhere Anzahl an Direktimporten habe keinen Einfluss auf den Wettbewerb bzw. die Preise in der Schweiz.<sup>163</sup> Es wird auf das Beispiel Audi verwiesen, weil in den vergangenen Jahren deutlich mehr Audi Fahrzeuge direkt importiert wurden als Neufahrzeuge anderer Marken (Anhang XVI). Gemäss BMW AG zeige das Beispiel Audi eindrücklich auf, dass auch eine höhere Anzahl an Direktimporten keinen Einfluss auf den Wettbewerb bzw. die konkreten Preise der Audi Fahrzeuge in der Schweiz habe. Sonderausstattungen seien bei Audi in der Schweiz sogar überdurchschnittlich teuer.<sup>164</sup>

227. Namentlich infolge des tiefen Wechselkurses EUR/CHF hat die Nachfrage nach direktimportierten Autos seit Oktober 2010 stark zugenommen. Bei Audi ist der Direktimportanteil im Jahr 2010 im Vergleich zum Vorjahr von 4.59 % auf 7.70 % angestiegen, bei Mercedes von 1.58 % auf 1.91 % und bei BMW Neufahrzeugen von 0.91 % auf 1.01 %. Im Jahr 2011 stiegen die Direktimportanteile für Audi erneut auf 10.62 %, für Mercedes auf 3.43 % und BMW auf 2.29 % (vgl. Anhang XVI).

228. Verschiedene Generalimporteure in der Schweiz haben im Jahr 2011 auf den starken Franken und den damit verbundenen Preisdruck durch Direktimporte reagiert, indem sie ihren Kunden beträchtliche Rabatte angeboten haben. BMW Schweiz AG bietet ihren Kunden „200 % BMW“. Konkret erhält der BMW Schweiz AG-Kunde die Ausstattung seines Neufahrzeuges zum halben Preis.<sup>165</sup> Audi Schweiz bietet den Kunden, die beim offiziellen Audi Vertriebsnetz in der Schweiz einen Audi kaufen „115 % Audi + Euro-Bonus“. Konkret erhält der Kunde seine Wunschausstattung im Wert von 15 % des Basis-Katalogpreises sowie 7 % Rabatt auf den Basiskatalogpreis.<sup>166</sup> Mercedes Schweiz bietet ihren Kunden „20 % Wechselgeld“ bei allen Personenwagen. Konkret kann der Kunde vom Kaufpreis jedes neuen Mercedes inklusive Sonderausstattungen 20 % abziehen. Zusätzlich bietet Mercedes Schweiz eine kostenlose Verlängerung der Service- und Garantieleistungen.<sup>167</sup> Volkswagen Schweiz bietet einen Euro-Bonus an, bei dem der Kunde, je nach Modell CHF 10'000.- sparen kann.<sup>168</sup> Aus diesen Reaktionen auf den Wettbewerbsdruck aus dem Ausland wird ersichtlich, dass Direktimporte sehr wohl einen Einfluss auf das Preisniveau in der Schweiz

haben. Die Hersteller resp. Importeure konnten sich diesem Druck offensichtlich nicht entziehen und mussten in der Folge auch die Preise in der Schweiz senken. Ohne vertragliches Exportverbot hätte die BMW AG schon viel früher auf stärkeren Wettbewerbsdruck aus dem Ausland reagieren müssen.

229. Laut BMW AG seien nicht nur Direkt-, sondern auch Parallelimporte zu berücksichtigen. Auch der Verband Freier Autohandel Schweiz („VFAS“) unterscheidet danach, ob Importe über das offizielle Vertriebsnetz des Herstellers laufen würde.<sup>169</sup>

230. BMW AG verkennt dabei die Tatsache, dass in der Direktimportstatistik von Auto-Schweiz sämtliche Importe erfasst sind, die nicht über die Typengenehmigungsnummer von BMW laufen, d.h., erfasst sind nicht nur „Direktimporte“ von Endkunden, sondern auch „Parallelimporte“ durch Händler (vgl. Rz 219). Das Argument von BMW AG stösst deshalb ins Leere.

231. In der Stellungnahme der BMW AG vom 3. Dezember 2010 wurde darauf verwiesen, dass neben den von „Auto-Schweiz“ erfassten Direktimporten von Neufahrzeugen in der Praxis junge Gebrauchtfahrzeuge (z.B. Vorführgewagen und Kurzzulassungen) zum selben Markt gehören würden.<sup>170</sup> Es würde sich dabei um ein etabliertes Marketinginstrument handeln, um Kundenbedürfnisse spezifischer abdecken zu können. Es handle sich dabei um dieselben Kunden wie für Neufahrzeuge, wobei je nach den Umständen (z.B. sofortige Verfügbarkeit, optimiertes Preis-/Leistungsverhältnis etc.) ein junges Gebrauchtfahrzeug den jeweiligen Bedürfnissen eines Kunden besser entspreche.<sup>171</sup> Fahrzeuge mit Tageszulassung seien sowohl nach Ansicht des deutschen Bundesgerichtshofs als „fabrikneu“ bzw. als Neufahrzeuge zu qualifizieren (Bundesgerichtshof, Urteil vom 12. Januar 2005, Az. VIII ZR 109/04). Der deutsche Bundesgerichtshof sehe Tageszulassungen als Teil des Neuwagengeschäfts an. Der Anteil junger Gebrauchtfahrzeuge am Gesamtabsatz liege in der Schweiz bei BMW bei knapp [...] % und bei MINI bei rund [...] %. In den Nachbarländern Deutschland und Österreich würden die Anteile bei BMW-Fahrzeugen bei rund [...] % und bei MINI bei rund [...] % liegen, womit viele junge Gebrauchtfahrzeuge verfügbar seien. Für diese gelte das – nicht umgesetzte – Exportverbot nicht, womit ein erheblicher Markt a priori gar nicht betroffen sei.<sup>172</sup>

<sup>163</sup> Act. 43 Rz 35 f und Act. 164 Rz 33 ff.

<sup>164</sup> Act. 43 Rz 35 f.

<sup>165</sup> [http://specials.bmw.ch/campaigns/200-percent/index\\_de.html](http://specials.bmw.ch/campaigns/200-percent/index_de.html) (22.09.2011.).

<sup>166</sup> <http://www.audi.ch/ch/brand/de/aktuelles/EuroBonus2.html> (22.09.2011).

<sup>167</sup> [http://www.mercedes-benz.ch/content/switzerland/mpc/mpc\\_switzerland\\_website/de/home\\_mpc/passengercars/home/new\\_cars/change.html](http://www.mercedes-benz.ch/content/switzerland/mpc/mpc_switzerland_website/de/home_mpc/passengercars/home/new_cars/change.html) (22.09.2011).

<sup>168</sup> [http://www.volkswagen.ch/ch/de/Beratung\\_und\\_Kauf/Sonderangebote/eurobonus.html](http://www.volkswagen.ch/ch/de/Beratung_und_Kauf/Sonderangebote/eurobonus.html) (22.09.2011).

<sup>169</sup> Act. 164 Rz 14 ff.

<sup>170</sup> Act. 43 Rz 37 und Act. 164 Rz 17 ff.).

<sup>171</sup> Act. 43 Rz 37.

<sup>172</sup> Act. 43 Rz 38.

232. Den Anzeigen von Kaufinteressenten lässt sich entnehmen, dass sich Vertriebspartner der BMW AG in Deutschland zum Teil bereit erklärt haben, BMW- bzw. MINI-Neufahrzeuge zunächst während einer gewissen Dauer in Deutschland einzulösen, um sie anschliessend als Gebrauchtfahrzeuge in die Schweiz zu verkaufen und damit das konzerninterne Exportverbot zu umgehen (Rz 150, 155, 156). Bei den auf diese Weise in die Schweiz eingeführten Fahrzeugen handelt es sich folglich um junge Gebrauchtfahrzeuge. Derartige Umgehungsgeschäfte belegen zum einen, dass ein Exportverbot besteht und sich die Händler zumindest zu dessen Einhaltung verpflichtet fühlen, auf der anderen Seite belegen sie aber auch, dass eine Nachfrage nach Direktimporten in die Schweiz besteht und die Händler ein Interesse haben, diese zu decken. Aus den Umständen des Entscheides des Bundesgerichtshofes zu den Tageszulassungen wird ersichtlich, dass die kurzfristige Zulassung nicht der Nutzung des Fahrzeuges im Strassenverkehr dient, sondern dem Autohändler ermöglicht, dem Kunden einen gegenüber dem Listenpreis erheblichen Rabatt zu gewähren. Diese Konstruktion war bedingt durch das zwischenzeitlich abgeschaffte Rabattgesetz in Deutschland. Für den grenzüberschreitenden Verkehr ist der Entscheid des Bundesgerichtshofes somit nicht aussagekräftig. Aus der Perspektive des schweizerischen Direktimporteurs und des Vertriebspartners im EWR stellt der Verkauf eines jungen Gebrauchtfahrzeuges möglicherweise keine echte Alternative zu einem Neuwagenimport dar, sondern handelt es sich vielmehr um ein unumgängliches Erschwernis des Direktimports. Ohne das Exportverbot wären derartige Umgehungsgeschäfte nicht notwendig.

233. Schliesslich macht BMW AG geltend, dass Konsumenten auch aufgrund von bürokratischen oder tatsächlichen Hürden von einem Direktimport absehen würden. Es bestünden zahlreiche technische Handelshemmnisse und andere Hemmnisse in der Schweiz. BMW AG nennt ausdrücklich die Abgas-Kontrolle, der Nachweis EU-konformer Reifen, das Erfüllen der EU-Crashtestnormen, die Motorfahrzeugkontrolle (MFK) mit Wartezeiten sowie die Schweizer Mehrwertsteuer von 8 % (welche im Fall der Nichtrückerstattung zur „Doppelbesteuerung“ führe). Weiter macht BMW AG geltend, es bestünden neben den staatlichen bürokratischen Hürden auch zahlreiche tatsächliche Hürden.<sup>173</sup>

234. BMW AG ist insofern zuzustimmen, dass der Direktimport mit einem gewissen Aufwand verbunden ist. Die Direktimportstatistik von Auto Schweiz zeigt hingegen deutlich, dass dieser Aufwand von zahlreichen Kunden auf sich genommen wird. So wurden beispielsweise im Jahr 2011 7.29 % (oder 23'264 Neufahrzeuge) der Neumatrikulationen entweder direkt- oder parallelimportiert. Im Übrigen kann der Konsument auf zahlreiche Vermittler zurückgreifen, welche im Mandatsverhältnis diesen Aufwand für ihn übernehmen.<sup>174</sup> Von technischen Handelshemmnissen, welche den Importstrom verunmöglichen oder stark behindern, kann folglich keine Rede sein.

### Fazit

235. Folglich steht fest, dass Direkt- oder Parallelimporte von BMW- und MINI-Neuwagen in die Schweiz zwar stattgefunden haben, aber in einem sehr geringen Ausmass. Ohne das vertragliche Exportverbot in Bezug auf die Schweiz wäre der Anteil an Direktimporten zumindest im Zeitraum seit Oktober 2010, in dem ein beträchtliches Arbitragepotenzial bestand (siehe oben Rz 214 ff.), auf jeden Fall höher ausgefallen.

### B.3.2.2.3 Intra-brand-Wettbewerb hinsichtlich Ausstattung und Serviceleistungen

236. Neben den tieferen Preisen (Rz 195), können auch länderspezifische Unterschiede in der Ausstattung für Endkunden einen Anreiz darstellen, ein Neufahrzeug im EWR zu kaufen. Anlässlich der Anhörung vom 26. Januar 2011 nahm das Sekretariat Bezug auf die Schweizer Preisliste für die BMW 1-er-Serie, wonach z.B. der Ski-Sack, der in Deutschland zur Sonderausstattung gehört, in der Schweiz indes in der Serienausstattung inbegriffen ist.<sup>175</sup> Auf entsprechende Frage hin bestätigten die Vertreter von BMW, dass die länderspezifischen Serienausstattungen, mit Ausnahmen bei Diplomatenfahrzeugen, weltweit nicht abgelehnt werden können.<sup>176</sup>

237. In Bezug auf das BMW Service Plus Paket (BSP) haben die Vertreter der BMW Group anlässlich der Anhörung ausgesagt, dass dieses Servicepaket in der Schweiz im Premium-Segment zum Standard gehöre und durch den Kunden nicht abgewählt werden könne. In Deutschland gebe es kein vergleichbares Servicepaket, sondern nur vergleichbare Einzelleistungen oder Händlerangebote.<sup>177</sup>

238. In der Stellungnahme vom 3. Dezember 2010 haben die Rechtsvertreter der BMW AG geltend gemacht, Unterschiede in der nationalen Grundausstattung zwischen den Ländern (z.B. der Ski-Sack in der Schweiz) und nationale Zusatzausstattungen (z.B. das BMW Service Plus Paket in der Schweiz) müssten beim Preisvergleich berücksichtigt werden (siehe Rz 194).

239. Die WEKO erachtet es als nicht sachgerecht, nicht-optionale Leistungen, die für den Kunden unter Umständen keinen echten Mehrwert darstellen, beim Preisvergleich in Abzug zu bringen (siehe oben Rz 195). Ein Kunde kann gerade deshalb an einem Kauf eines BMW- oder MINI-Neufahrzeugs im Ausland interessiert sein, weil er dort unter Umständen kein Service Paket oder keinen Ski-Sack kaufen muss und daher von einem für ihn vorteilhafteren Angebot profitieren kann.

<sup>173</sup> Act. 164 Rz 22 ff.

<sup>174</sup> <http://www.kassensturz.sf.tv/Nachrichten/Archiv/2010/10/19/TheMen/Konsum/Autofirma-verbietet-Verkauf-an-Schweizer>.

<sup>175</sup> Act. 65 Frage 6.

<sup>176</sup> Act. 138, 2.

<sup>177</sup> Act. 65 Frage 9.



240. Aufgrund des Exportverbots in den EWR-Händlerverträgen der BMW AG wird die Möglichkeit schweizerischer Endkunden beschränkt, im EWR BMW- bzw. MINI-Neufahrzeuge mit anderer Ausstattung bzw. ohne im Preis inbegriffenen Serviceleistungen zu beziehen. Mit anderen Worten wird der Intra-brand-Wettbewerb hinsichtlich Aus- bzw. Abwahl der Ausstattung und der Serviceleistungen beschränkt

#### **B.3.2.2.2.4 Intra-brand-Wettbewerb hinsichtlich Verkauf und Service im selektiven Vertrieb**

241. Wie bereits erwähnt, hat die BMW AG den Vertrieb selektiv organisiert (siehe oben Rz 134). Ein Selektivvertrieb beschränkt zum einen die Anzahl zugelassener Händler und zum anderen deren Weiterverkaufsmöglichkeiten. Damit einher geht eine potenzielle Reduktion des markeninternen Wettbewerbs.<sup>178</sup>

242. Die BMW (Schweiz) AG verfügt über 87 Vertriebspartner in der Schweiz (siehe oben, Rz 2). Um zum selektiven Vertriebssystem der BMW AG zugelassen zu werden, muss der Händler die BMW Standards Verkauf und die BMW Standards Service erfüllen, was durch die BMW AG überprüft wird.<sup>179</sup> Aufgrund dieser Standardisierung von Verkauf und Service durch die BMW AG wird der Wettbewerb unter den zugelassenen Händlern hinsichtlich Verkaufs- und Servicedienstleistungen stark eingeschränkt. Bei der Wahl eines offiziellen BMW-Händlers in der Schweiz dürfte für den Endkunden daher in erster Linie dessen geografischer Standort eine Rolle spielen.

243. Der markeninterne Wettbewerb beim Vertrieb von BMW- und MINI-Neufahrzeugen wird folglich auch durch das selektive Vertriebssystem und die damit einhergehende Standardisierung von Verkauf und Service beschränkt.

#### **B.3.2.2.2.5 Fazit Intra-brand-Wettbewerb**

244. Seit Oktober 2010 waren BMW- und MINI-Neufahrzeuge im EWR für Endkunden zum Teil erheblich günstiger erhältlich als in der Schweiz. Daher bestand eine grosse Nachfrage nach Direktimporten von BMW- und MINI-Neufahrzeugen in die Schweiz, was u.a. durch die vielen Anzeigen, die beim Sekretariat innert kurzer Zeit eingegangen sind, belegt ist. Aufgrund des vertraglichen Exportverbots in den EWR Vertriebsverträgen der BMW AG konnten deren Vertriebspartner im EWR diese Nachfrage aus der Schweiz nicht bedienen. Dadurch wurde den ausländischen BMW-Händlern die Möglichkeit verwehrt, Preisdruck auf den Schweizer Markt auszuüben. Mit anderen Worten wurde der Intra-brand-Preiswettbewerb durch das Exportverbot beschränkt.

245. Hinsichtlich der Aus- bzw. Abwahl der Ausstattung und von Serviceleistungen führt das vertragliche Exportverbot dazu, dass Schweizer Endkunden Angebote von zugelassenen Händlern im EWR nicht in Anspruch nehmen können. Dadurch wird der Wettbewerb zwischen den zugelassenen BMW- und MINI-Händlern im EWR und in der Schweiz ebenfalls hinsichtlich des Wettbewerbsparameters Qualität beschränkt.

246. In Bezug auf den Verkauf und den Service bestehen innerhalb des selektiven Vertriebssystems der BMW

AG festgelegte Standards, die durch alle zugelassenen Händler zu erfüllen sind. Dadurch wird der Wettbewerb unter den zugelassenen Händlern von BMW- und MINI-Neufahrzeugen zusätzlich beschränkt.

247. Insgesamt wird der Intra-brand-Wettbewerb zwischen den zum Vertrieb von BMW- und MINI-Neufahrzeugen zugelassenen Händlern durch das vertragliche Exportverbot und das selektive Vertriebssystem stark beschränkt. Alleine aufgrund des vorhandenen Intra-brand-Wettbewerbs kann die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs daher nicht widerlegt werden.

#### **B.3.2.2.3. Interbrand-Wettbewerb**

248. Zur Analyse des Ausmasses an Wettbewerb zwischen Anbietern von Kraftfahrzeugen wird zunächst der aktuelle Wettbewerb auf den relevanten Märkten untersucht.

##### **B.3.2.2.3.1 Aktueller Wettbewerb**

###### *Marktanteile*

249. Ausgangspunkt für eine Beurteilung des aktuellen Wettbewerbs ist die Identifikation der Marktanteile der Wettbewerber auf den relevanten Märkten. Basierend auf den Antworten der Fahrzeughersteller bzw. -importeure wird eine Übersicht über die Konkurrenzmarken von BMW und MINI pro relevanten Markt wiedergegeben. Die Einschätzung der Wettbewerbssituation durch die Fahrzeughersteller bzw. -importeure stimmt in etwa mit dem Bild überein, das sich bei einem Vergleich der Marktanteile pro relevanten Markt ergibt.

250. Die Marktanteile von BMW bzw. MINI und den Konkurrenzmarken wurden für die relevanten Märkte in den Jahren 2007 bis 2010 ermittelt. Diese Marktanteile wurden anhand der Absatzmenge berechnet, wie es für diese Branche üblich ist.<sup>180</sup> Dazu wurden die Fahrzeughersteller bzw. -importeure nach der tatsächlichen Anzahl verkaufter Neufahrzeuge in der Schweiz sowie der jeweiligen Einteilung der einzelnen Fahrzeugmodellen nach den sechs Märkten befragt.<sup>181</sup> Die Resultate präsentieren sich wie folgt:

- Im Markt „Kleinwagen“ war MINI im Zeitraum 2007 bis 2010 mit einem Marktanteil von [...] % vertreten und figurierte dabei jeweils auf den Plätzen [...] und [...] unter 24 Wettbewerbern. Die wichtigsten drei Wettbewerber in diesem Markt sind [...].

<sup>178</sup> Vgl. Vertikal-Leitlinien (Fn 76) Rz 174 ff.

<sup>179</sup> Act. 43, Beilage 2 (Händlervertrag BMW Schweiz), Ziff. 9.5; Beilage 4 (EWR-Händlervertrag), Ziff. 9.5.

<sup>180</sup> Ergänzende Leitlinien für vertikale Beschränkungen in Vereinbarungen über den Verkauf und die Instandsetzung von Kraftfahrzeugen und den Vertrieb von Kraftfahrzeugsatzteilen, ABl. C 138 vom 28.05.2010 16 ff.; Rz 12, Fn 4.

<sup>181</sup> Act. 88 Frage 2 und 3.

- Im Markt „Untere Mittelklasse“ verfügte BMW über einen Marktanteil zwischen [...] und [...] % und gehört damit nicht zu den [...] Wettbewerbern von insgesamt 28 Konkurrenten. Die im Vergleich zu den anderen Märkten eher schwachen Marktanteile von BMW in diesem Markt lassen sich möglicherweise dadurch erklären, dass BMW erst seit 2004 (mit der 1-er Serie) in diesem Markt tätig ist. Der mit Abstand wichtigste Marktteilnehmer in diesem Markt ist [...] mit einem Marktanteil von rund [...] %.
- Im Markt „Obere Mittelklasse“ war BMW mit einem Marktanteil zwischen [...] und [...] % vertreten und war damit [...] und [...] Marke unter 30 Wettbewerbermarken.
- Im Markt „Oberklasse“ war BMW im gesamten betrachteten Zeitraum mit einem Marktanteil von rund [...] % [...] unter 20 Mitbewerbern. Die wichtigsten Wettbewerber in diesem Markt sind [...].
- Im Markt „Luxusklasse“ war BMW mit einem Marktanteil zwischen [...] und [...] % [...] Marke und [...] Stelle von insgesamt 12 Wettbewerbern .

251. BMW AG wendet ein, dass die ermittelten Marktanteile von BMW und MINI Fahrzeugen in den Märkten „Kleinwagen“, „untere Mittelklasse“, „obere Mittelklasse“, „Oberklasse“ sowie „Luxusklasse“ einer kritischen Prüfung nicht standhalten würden. Gemäss BMW AG seien die ermittelten Marktanteile zu hoch, namentlich jene für die Märkte „Oberklasse“ sowie „Luxusklasse“. Unzutreffend sei ferner die Feststellung, wonach BMW AG in den Märkten „obere Mittelklasse“, „Oberklasse“ sowie „Luxusklasse“ [...] soll. Selbst den [...] Platz habe BMW AG nur in einem einzigen Markt erreicht und auch dort nur mit einem vernachlässigbar grösseren Marktanteil gegenüber [...] (Unterschied von 0.13 Prozentpunkten). Folglich verfüge BMW AG in keinem der relevanten Märkte über erhebliche Marktanteile, geschweige denn über Marktmacht und könne den Wettbewerb daher auch nicht einschränken und erst recht nicht erheblich beeinträchtigen.<sup>182</sup>

252. Im Unterschied zur weiter oben analysierten Marktanteilsberechnung (vgl. Rz 249 ff) stützt sich BMW AG somit für die Mengenangaben nicht auf die Verkäufe der Fahrzeughersteller bzw. -importeure, sondern auf die von Auto-Schweiz erhobene Zulassungsstatistik, welche ihrerseits auf Grundlage der Rohdaten von ASTRA (MOFIS)<sup>183</sup> ermittelt wurde. Darüber hinaus wird für die Einteilung der einzelnen Fahrzeugmodelle in die sechs Märkte nicht auf die Angaben der Fahrzeughersteller bzw. -importeure abgestellt, sondern auf eine von Auto-Schweiz vorgenommene Unterteilung.<sup>184</sup> Wie bereits erwähnt, sind die Grenzen zwischen den verschiedenen Märkten durchlässig (vgl. Rz 180 ff.).

253. Für eine Marktanteilsberechnung basierend auf den Daten von Auto-Schweiz sprechen unter anderem nachstehende Erwägungen. Einige Fahrzeughersteller bzw. -importeure haben in ihrer Antwort zum Auskunftsbegehren des Sekretariats nicht alle Modelle erwähnt. Zum Beispiel hat die AMAG AG bestimmte Modelle nicht berücksichtigt. Grund dafür war gemäss AMAG AG, dass einzelne Modelle nicht in die verschiedenen Märkte ein-

geteilt werden können. Weiter wurden vereinzelt Fahrzeughersteller bzw. -importeure nicht befragt, da diese nicht Mitglied von Auto-Schweiz sind. Es handelt sich dabei um einige wenige Hersteller, welche insbesondere in den Märkten Oberklasse und Luxusklasse tätig sind (wie Ferrari oder Infiniti) und bloss geringfügige Mengen Neufahrzeuge pro Jahr verkaufen (vgl. Anhänge VIII und IX). Ausserdem kann nicht ausgeschlossen werden, dass gewisse Fahrzeughersteller bzw. -importeure in einigen Fällen Verkäufe an die Händler angegeben haben (Wholesale) während andere Fahrzeughersteller bzw. -importeure die Anzahl verkaufter Neufahrzeuge von den Händlern an die Endkunden lieferten (Retail). Zwischen diesen beiden Zahlenangaben kann insbesondere dann eine Differenz auftreten, wenn die Händler in einem bestimmten Zeitraum einen Lageraufbau oder einen Lagerabbau vornehmen. Letztlich dürften sich die letztgenannten Unterschiede über die verschiedenen Händler und über die verschiedenen Zeitperioden weitgehend aufheben.

254. Die Antworten der Fahrzeughersteller bzw. -importeure stellen somit insgesamt keine aussagekräftige Basis für die Berechnung der Marktanteile dar. Festzuhalten ist jedoch, dass die unterschiedlichen Erhebungsmethoden für die Märkte Kleinwagen, untere Mittelklasse und obere Mittelklasse praktisch zum selben Ergebnis führen.<sup>185</sup> Für die anderen beiden Märkte können basierend auf den Zulassungszahlen über den Zeitraum 2007–2011 für BMW AG ein Marktanteil im Markt Oberklasse von [...] % bis [...] % (anstatt [...] % bis [...] %) sowie für den Markt Luxusklasse ein Marktanteil von [...] % bis [...] % (anstatt [...] % bis [...] %) ermittelt werden. Dieser Erhebungsmethode ist aus obenerwähnten Gründen klar der Vorrang zu geben.

255. Die auf Grundlage der Immatrikulationsstatistiken von Auto-Schweiz ermittelten Marktanteile von BMW AG können im Vergleich zu den Wettbewerbern wie folgt zusammengefasst werden:

- Im Markt „Kleinwagen“ war MINI im Zeitraum 2007 bis 2011 mit einem Marktanteil zwischen [...] und [...] % vertreten und figurierte dabei jeweils auf den Plätzen [...] und [...] unter 22 Wettbewerbern (Anhang V). Die wichtigsten fünf Wettbewerber in diesem Markt sind [...].
- Im Markt „Untere Mittelklasse“ verfügte BMW über einen Marktanteil zwischen [...] und [...] % und gehört damit nicht zu den [...] Wettbewerbern von insgesamt 31 Konkurrenten (Anhang VI). Die im Vergleich zu den anderen relevanten Märkten eher schwachen Marktanteile von BMW in diesem Markt lassen sich möglicherweise dadurch erklären, dass BMW erst seit 2004 (mit der 1-er Serie)

<sup>182</sup> Act. 164 Rz 49 ff.

<sup>183</sup> Vgl. Rz 35 und Fn 24.

<sup>184</sup> Act. 181.

<sup>185</sup> Vgl. Act. 183 Rz 49.

in diesem Markt tätig ist und seither aber kontinuierlich Marktanteile gewonnen hat. Der mit Abstand wichtigste Marktteilnehmer in diesem Markt ist [...] mit einem Marktanteil zwischen [...] und [...] %.

- Im Markt „Obere Mittelklasse“ war BMW mit einem Marktanteil zwischen [...] und [...] % vertreten und war damit [...] und [...] unter 34 Wettbewerbermarken (Anhang VII).
- Im Markt „Oberklasse“ war BMW im gesamten betrachteten Zeitraum mit einem Marktanteil zwischen [...] und [...] % vertreten und figurierte dabei jeweils auf den Plätzen [...] und [...] unter 38 Mitbewerbern (Anhang VIII). Die wichtigsten Wettbewerber in diesem Markt sind [...].
- Im Markt „Luxusklasse“ war BMW mit einem Marktanteil zwischen [...] und [...] % [...] und [...] von insgesamt 29 Wettbewerbern (Anhang IX).
- Der Konzentrationsgrad variiert je nach relevantem Markt. Am konzentriertesten sind die Märkte „Oberklasse“ und „Luxusklasse“, in welchen die drei stärksten Marken, zu denen teilweise auch BMW gehört, über 50 % der Marktanteile auf sich vereinen. Insgesamt ist kein Markt als stark konzentriert zu qualifizieren.

256. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass nach dieser Marktanteilsberechnung BMW AG in allen Märkten ein wichtiger Wettbewerber ist. Dies gilt insbesondere für die relevanten Märkte „Obere Mittelklasse“, „Oberklasse“ und „Luxusklasse“. Allerdings sind auf allen relevanten Märkten eine Vielzahl von Wettbewerbern vorhanden, die Wettbewerbsdruck auf die Marken der BMW AG ausüben.

#### *Marktanteilsentwicklung*

257. Nachfolgend wird die Marktanteilsentwicklung berücksichtigt. Sie gibt zum einen Auskunft darüber, welche Unternehmen Marktanteile gewinnen konnten und welche Marktanteile verloren haben. Zum anderen wird deutlich, ob im Markt Bewegung zu beobachten ist. Starke Marktanteilsschwankungen können für einen dynamischen Markt sprechen. Stabile Marktstrukturen sind meist in gesättigten (stagnierenden) Märkten anzutreffen.

258. Aus den Anhängen V ff. ist die Marktanteilsentwicklung von MINI bzw. BMW pro Markt ersichtlich (vgl. hellblaue Schattierung). In den Anhängen X ff. wird die Marktanteilsentwicklung sämtlicher Wettbewerber pro Markt in den Jahren 2007 bis 2011 grafisch dargestellt. Den genannten Anhängen ist zu entnehmen, dass

- MINI im Markt „Kleinwagen“ über diese Jahre [...] einen Marktanteil zwischen [...] % und [...] % hielt und die Plätze [...] bis [...] einnahm (vgl. Anhang V);
- es BMW im Markt „Untere Mittelklasse“ [...]: So rückte die Marke von Platz [...] im Jahr 2007 auf Platz [...] im 2011 vor (vgl. Anhang VI);
- BMW im Markt „Obere Mittelklasse“ im Zeitraum 2007 bis 2008 mit einem Marktanteil von rund [...] % [...] war. Im Jahr 2009 [...]. Im Jahr 2011

hielt BMW [...] einen Marktanteil von [...] % und belegte Platz [...] (vgl. Anhang VII);

- BMW im Markt „Oberklasse“ über die Jahre jeweils einen Marktanteil zwischen [...] % und [...] % innehatte und damit jeweils Platz [...] oder [...] einnahm. Zusammen mit Mercedes, Audi und Volvo betrug der Marktanteil zwischen 57 % und 76 % (vgl. Anhang VIII);
- es BMW im Markt „Luxusklasse“ seit 2007 [...]: Im Jahr 2008 lag sie mit einem Marktanteil von [...] % [...]. Ab dem Jahr 2009 war BMW mit einem Marktanteil zwischen [...] und [...] % auf dem Markt vertreten und rückte damit [...] (2009) resp. [...] (2010 und 2011) [...]. Marktführerin in allen Jahren war [...] mit Marktanteilen von [...] % bzw. [...] %. (vgl. Anhang IX);
- die Marktstrukturen in den relevanten Märkten „Kleinwagen“, „Untere Mittelklasse“ und „Obere Mittelklasse“, insgesamt stabiler sind als in den Märkten „Oberklasse“ und „Luxusklasse“.

259. Insgesamt zeigen diese Grafiken eine gewisse Marktdynamik in allen Märkten auf, insbesondere im Markt „Luxusklasse“. Allerdings sind Marktanteilschwankungen von über 5 % nur vereinzelt erkennbar, was für eher stabile Marktstrukturen auf allen relevanten Märkten spricht.

260. Gemäss BMW AG sei angesichts der festgestellten Marktanteilsschwankungen von teilweise über 5 % und des geringen Grades an Marktkonzentration mit einer Vielzahl von Wettbewerbern in allen Märkten nicht von stabilen Marktstrukturen in der Schweiz auszugehen. BMW AG macht geltend, die Marktanteile der einzelnen Hersteller seien gemessen an ihrem jeweiligen absoluten Marktanteil z.T. erheblichen Schwankungen ausgesetzt. Betrachte man die Marktanteilsentwicklung über den Zeitraum 2007 bis 2010, so oszilliere der Marktanteil der stärksten Wettbewerber bzw. Marken um 3 % bis 10 %. Im Markt „Oberklasse“ habe sich der Marktanteil von [...] zwischen [...] % und [...] %, jener von [...] sogar zwischen [...] % und [...] % verändert. Im Markt „Luxusklasse“ habe sich der Marktanteil von [...] sogar zwischen [...] % und [...] %, jener von [...] zwischen [...] % und [...] % verändert. Derartige Veränderungen zeugten von ausgesprochen hoher Dynamik, die weit über typischerweise zu beobachtende Marktanteilsschwankungen hinausgingen. Die erheblichen Marktanteilsschwankungen in einem dynamischen Markt würden von einem funktionierenden Wettbewerb zeugen.

261. Die von BMW AG genannten Marktanteilsschwankungen von über 5 % in den Märkten „Oberklasse“ und „Luxusklasse“ lassen sich anzahlmässig an einer Hand abzählen. Demgegenüber stehen pro Markt 29 resp. 38 Marken, welche weitgehend stabile Marktanteile aufweisen. Es handelt sich somit wie dargelegt um Einzelfälle, welche auch von einer gewissen Dynamik im Markt zeugen.

#### *Innovationswettbewerb*

262. Zwischen den verschiedenen Fahrzeugherstellern besteht Innovationswettbewerb. Dies zeigt sich u.a. daran, dass sie regelmässig neue Modelle und neue Versi-

onen der bereits existierenden Modelle auf den Markt bringen (vgl. z.B. die neue 1-er Serie von BMW). Die neuen Modelle verfügen über neue Eigenschaften in technologischer und designmässiger Hinsicht. Die Hersteller müssen sich laufend an die veränderten Bedürfnisse der Nachfrager anpassen. In den letzten Jahren waren Hybrid-Fahrzeuge ein grosses Thema. Im Allgemeinen werden laufend bessere Motoren entwickelt, bessere Sicherheitssysteme (z.B. Kollisionswarnsysteme) und mehr Elektronik in die Fahrzeuge integriert.

#### Vorbringen von BMW AG

263. BMW AG legt in ihrer Stellungnahme vom 13. Januar 2012 eine Tabelle mit Preiselastizitäten<sup>186</sup> vor, jedoch ohne jegliche Spezifikation der zugrunde liegenden Daten, der vorgenommenen Schätzungen und deren Signifikanz. Die gemäss BMW AG elastische Nachfrage bei BMW und MINI Fahrzeugen deute auf fehlende erhebliche Marktanteile und erst recht auf fehlende Marktmacht hin. BMW AG schliesst daraus, dass der Wettbewerb funktioniere. Nach Kommunikation der Kaufmassnahme „BMW 200 %“ hätten sich die Kaufverträge massiv erhöht, von monatlich [...] (Januar 2011) auf monatlich [...] (März 2011), d.h. um über [...] %. Gerade weil der Wettbewerb funktioniere, würden künstliche Preiserhöhungen oder eine zunehmende Preisdifferenz zu anderen Marken zu einer Schwächung der eigenen Marktstellung führen, was selbstverständlich nicht beabsichtigt sein könne.<sup>187</sup>

264. Dem ist zunächst entgegen zu halten, dass die vorgenommenen Schätzungen der Preiselastizitäten mangels dazugehöriger Erläuterungen nicht nachvollziehbar sind.<sup>188</sup> Insbesondere wird nicht angegeben, welche Elastizitäten (Eigenpreiselastizitäten<sup>189</sup> oder Kreuzpreiselastizitäten<sup>190</sup> bezogen auf welche Produkte und welche Märkte) geschätzt werden. Auch ist unklar, ob die Schätzungen überhaupt aussagekräftig sind, da sie nicht auf Signifikanz getestet wurden. Aus den ausgewiesenen Elastizitäten lassen sich deshalb grundsätzlich keine Schlussfolgerungen ableiten. Dennoch kann ergänzend auf Folgendes hingewiesen werden: Zwar lässt die Höhe der ausgewiesenen Elastizitäten – wie von BMW AG vorgebracht – auf eine elastische Nachfrage nach Personenwagen schliessen.<sup>191</sup> Dies ist nicht weiter erstaunlich, selbst ein gewinnmaximierender Monopolist, produziert im elastischen Teil der Nachfrage.<sup>192</sup> Es besteht jedoch kein direkter ökonomischer Zusammenhang zwischen einer hohen Preiselastizität der Nachfrage und tiefen Marktanteilen. Im Gegenteil: Der Lerner Index<sup>193</sup> – ein anerkanntes Mass zur Messung der Marktmacht einer Unternehmung – steigt mit zunehmendem Marktanteil der Unternehmung und sinkt mit einer zunehmenden Preiselastizität der Nachfrage. Mit anderen Worten sind die Marktanteile bei einem bestimmten Mass an Marktmacht umso höher, je höher die Preiselastizität der Nachfrage ist.

265. Die WEKO stellt darüber hinaus nicht in Abrede, dass die Kunden beim Kauf eines Neufahrzeuges in einem gewissen Mass preissensibel reagieren. Dies zeigt sich u.a. auch bereits an der erhöhten Nachfrage nach Direktimporten, seit der Schweizer Franken relativ zum Euro an Wert zugenommen hat (vgl. Rz 207).

266. Weiter bringt BMW AG vor, der Schweizer Markt weise eine geringe Konzentration und eine hohe Zahl an direkten Wettbewerbern auf. BMW AG sehe sich in allen Märkten starken Wettbewerbern gegenüber, die auf BMW AG einen erheblichen Wettbewerbsdruck ausüben würden. Dieser starke Wettbewerbsdruck sei notorisch und manifestiere sich unter anderem in folgender Form:

- sehr intensive und aufwendige Werbung der Wettbewerber in der Automobilbranche in der Presse, am Fernsehen, über Sponsoring an Anlässen, im Kino etc;
- konstanter Preiskampf in Form von Sonderangeboten, Aktionen, Zugaben, Rabatten und anderen Massnahmen zur Verkaufsförderung;
- die Hersteller stünden in dauerndem Wettkampf bezüglich Qualität, Technik, Komfort, Fortschritt sowie Entwicklung und Umsetzung von Innovation.<sup>194</sup>

267. Die WEKO hat Kenntnis davon, dass die genannten Wettbewerbsparameter im Automobilsektor von Bedeutung sind (vgl. insbesondere Rz 262). Dennoch erachtet sie den Interbrand-Wettbewerb als steigerungsfähig. Anlässlich der Anhörung vom 26. März 2012 liess BMW AG verlauten, sie seien [...] Dies zeugt nicht von einem starken Preiswettbewerb, ansonsten sich BMW AG eine solche [...] kaum leisten könnte, ohne dabei Marktanteile zu verlieren. Daraus lässt sich ableiten, dass BMW AG sehr wohl über Marktmacht verfügt.

<sup>186</sup> Die Preiselastizität der Nachfrage nach einem bestimmten Gut gibt an, um wie viel Prozent die Nachfrage nach dem Gut sinkt, wenn der Preis dieses Gutes um ein Prozent steigt.

<sup>187</sup> Act. 164 Rz 64 ff.

<sup>188</sup> In keiner Weise entsprechen sie den Standards für ökonomische Gutachten. Vgl. EUROPEAN COMMISSION – DG COMPETITION, Best Practices for the Submission of Economic Evidence and Data Collection in Cases Concerning the Application of Articles 101 and 102 TFEU and in Merger Cases, 06.01.2010, verfügbar unter [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010\\_best\\_practices/index.html](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_best_practices/index.html); BUNDESKARTELLAMT, Bekanntmachung zu Standards für ökonomische Gutachten vom 20. Oktober 2010, verfügbar unter [http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Merkblaetter/Merkblaetter\\_deutsch/Bekanntmachung\\_Standards\\_final.pdf](http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Merkblaetter/Merkblaetter_deutsch/Bekanntmachung_Standards_final.pdf) [18.4.12].

<sup>189</sup> Die Eigenpreiselastizität eines bestimmten Gutes gibt an, um wie viel Prozent sich die Nachfrage nach diesem Gut ändert, wenn der Preis dieses Gutes um ein Prozent steigt.

<sup>190</sup> Die Kreuzpreiselastizität eines bestimmten Gutes gibt an, um wie viel Prozent sich die Nachfrage nach diesem Gut ändert, wenn der Preis eines anderen Gutes um ein Prozent steigt.

<sup>191</sup> Von einer elastischen Nachfrage wird gesprochen, wenn die Preiselastizitäten ( $\epsilon$ ) in absoluten Werten grösser als eins sind:  $\epsilon > 1$ . Dies bedeutet, dass die Nachfrage nach einem bestimmten Gut um mehr als ein Prozent sinkt, wenn der Preis dieses Gutes um ein Prozent steigt.

<sup>192</sup> Vgl. HAL VARIAN, Grundzüge der Mikroökonomik, 8. Aufl., 2011, Kapitel 24.

<sup>193</sup> Der Lerner-Index  $Li$  einer bestimmten Unternehmung  $i$  lässt sich im Cournot-Modell wie folgt aufschreiben:  $Li = m_i/\epsilon$ , wobei  $m_i$  den Marktanteil der Unternehmung  $i$  darstellt und  $\epsilon$  die Preiselastizität der Marktnachfrage. Vgl. MASSIMO MOTTA, Competition Policy – Theory and Practice, 2004, 123.

<sup>194</sup> Act. 164 Rz 57 f.

### Fazit

268. Obwohl die BMW AG auf allen relevanten Märkten über eine starke bis sehr starke Marktstellung verfügt, sind auf allen relevanten Märkten viele Wettbewerber vorhanden, die einen gewissen Druck auf die BMW AG ausüben. Es ist daher grundsätzlich von funktionierendem aktuellem Interbrand-Wettbewerb auszugehen. Namentlich aufgrund der von BMW AG verfolgten [...] kann jedoch abgeleitet werden, dass BMW AG über Marktmacht verfügt. Der Vollständigkeit halber wird nachfolgend dennoch kurz auf den potenziellen Wettbewerb eingegangen.

#### B.3.2.2.3.2 Potenzieller Wettbewerb

269. Für die Beurteilung der Markteintrittsbarrieren ist zu unterscheiden zwischen Unternehmen, die bereits im Automobilsektor tätig sind und „nur“ in einen neuen geografischen Markt oder in einen neuen sachlichen Produktmarkt eintreten, und solchen, die neu mit der Produktion von Automobilen beginnen.

270. Für Unternehmen, die noch nicht im Automobilsektor tätig sind, gestaltet sich ein Markteintritt allgemein schwierig, dies aus folgenden Gründen:

- Bei Personenwagen handelt es sich um hoch technologische Produkte. Deren Entwicklung und Produktion erfordert ein entsprechendes „Know-How“ und ist sehr kostenintensiv. Hinzu kommen Investitionen in den Aufbau einer Marke und die Entwicklung eines Designs;
- Je nach Markt, gestaltet sich ein Markteintritt schwieriger. Dies hat u.a. mit dem Prestige der Marken in den höherstufigen Märkten zu tun. Der Aufbau einer Automobilmarke ist zeit- und kostenintensiv. Dies zeigt sich am Beispiel der 1917 gegründeten Bayerische Motoren Werke GmbH.<sup>195</sup>

271. Hingegen sind Marktbarrieren für Hersteller, die bereits in anderen geografischen Märkten oder in anderen Märkten tätig sind, als eher gering einzustufen. Die wichtigste Voraussetzung für einen Eintritt in einen anderen geografischen Markt ist der Zugang zu einem Vertriebsnetz.<sup>196</sup>

272. Seit den neunziger Jahren sind denn auch verschiedene neue Marken (z.B. Kia und Hyundai) erfolgreich in den europäischen und in den schweizerischen Markt eingetreten.

273. Nachdem der koreanische Automobilhersteller SsangYong Motor Company in der Schweiz anfänglich mit finanziellen Schwierigkeiten zu kämpfen hatte, wurde dessen Kontrolle im Frühling 2011 durch die indische Gruppe Mahindra & Mahindra Ltd. übernommen. Zeitgleich wurde ein neues Modell der Marke SsangYong lanciert.<sup>197</sup>

274. In den kommenden Jahren rechnen Branchenkenner zudem mit Markteintritten chinesischer,<sup>198</sup> indischer und amerikanischer<sup>199</sup> Automobilhersteller.<sup>200</sup>

275. Die Tatsache, dass Automobilhersteller aus anderen geografischen Märkten in den letzten Jahren in der Schweiz Fuss gefasst haben, zeigt dass es zumindest für diese Hersteller keine nicht überwindbaren Markteintrittsbarrieren gibt. Für Unternehmen, die noch nicht im

Automobilsektor tätig sind, dürfte ein Markteintritt auf jeden Fall mit hohen Investitionen verbunden sein.

#### B.3.2.2.3.3 Zwischenergebnis

276. Die Analyse des aktuellen Wettbewerbs zeigt, dass BMW AG in den Jahren 2007 bis 2011 in dem Markt „Obere Mittelklasse“ [...] und in der „Luxusklasse“ [...] und [...] war. Im Markt „Oberklasse“ hatte BMW AG über die Jahre jeweils einen Marktanteil zwischen [...] % und [...] % auf sich vereinigt und belegte damit die Plätze [...] oder [...]. Im Markt „Untere Mittelklasse“ belegte BMW AG in den letzten beiden Jahren die Plätze [...] und [...] mit einem Marktanteil von [...] % resp. [...] %. Im Markt „Kleinwagen“ war MINI stets unter den [...] Marken vertreten. Insgesamt verfügte die BMW Group in allen relevanten Märkten über eine starke Marktstellung. Allerdings sind bzw. waren in allen relevanten Märkten eine Vielzahl von aktuellen und potenziellen Wettbewerbern vorhanden.

277. Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 4 KG kann daher durch den vorhandenen Interbrand-Wettbewerb für sämtliche relevanten Märkte widerlegt werden. Gleichwohl verfügt BMW AG über Marktmacht. Alleine gestützt auf den vorhandenen Intra-brand-Wettbewerb liesse sich die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vorliegend allerdings nicht widerlegen.

#### B.3.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

278. 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.

279. 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).

<sup>195</sup> [http://www.bmwgroup.com/d/nav/index.html?../\\_0\\_0\\_www\\_bmw\\_group\\_com/home/home.html&source=overview](http://www.bmwgroup.com/d/nav/index.html?../_0_0_www_bmw_group_com/home/home.html&source=overview) (06.10.2011).

<sup>196</sup> Developments in car retailing and after-sales markets under Regulation 1400/2002 Final report to EC DG Competition by London Economics, June 2006, Part I, 89, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor\\_vehicles/documents/block\\_exemption\\_final\\_1.pdf](http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor_vehicles/documents/block_exemption_final_1.pdf) (23.09.2011).

<sup>197</sup> [www.presseportal.ch/de/pm/100021832/100623590/gemeinsame-zukunft-fuer-ssangyong-und-mahindra](http://www.presseportal.ch/de/pm/100021832/100623590/gemeinsame-zukunft-fuer-ssangyong-und-mahindra) (23.09.2011).

<sup>198</sup> [www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/Die-ersten-China-Autos-sind-da/story/14260149](http://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/Die-ersten-China-Autos-sind-da/story/14260149) (23.09.2011).

<sup>199</sup> [www.fisker-automobile.com/index.php?id=77&L=1](http://www.fisker-automobile.com/index.php?id=77&L=1) (23.09.2011).

<sup>200</sup> Evolution of the motor vehicle markets since Regulation 1400/2002 entered into force, Staff working document no 2, DG COMP ([http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor\\_vehicles/documents/wd2.pdf](http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor_vehicles/documents/wd2.pdf)).

### B.3.3.1 Qualitatives Element der Erheblichkeit

#### Praxis der WEKO

280. Im Fall „Volkswagen Vertriebssystem“ hielt die WEKO fest, dass eine Klausel, welche das Verbot von Passivverkäufen in einem selektiven Vertriebssystem bezweckt oder bewirkt, eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG darstellt.<sup>201</sup> Im Fall „Système de distribution Citroën“ qualifizierte die WEKO zudem verschiedene Elemente eines Vertriebssystems, die in ihrem Zusammenwirken eine Beschränkung von Passivverkäufen bezweckten, als vertikale Gebietsabsprache und damit als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung.<sup>202</sup> Dies entsprach auch Ziff. 3.b der damals geltenden Vertikalbekanntmachung 2002.

281. In ihrer jüngeren Praxis zu Art. 5 Abs. 4 KG hielt die WEKO fest, dass namentlich geografische Marktaufteilungen mit absolutem Gebietsschutz vom Gesetzgeber als besonders schädlich erachtet wurden und deshalb qualitativ schwerwiegend sind.<sup>203</sup> Diese Praxis fand Niederschlag in Ziff. 12 Abs. 2 VertBek, welche gewisse Abreden als qualitativ schwerwiegend qualifiziert.

282. Gemäss Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b VertBek werden Abreden über die Beschränkung des Gebiets, in das ein an der Vereinbarung beteiligter Abnehmer, vorbehaltlich einer etwaigen Beschränkung in Bezug auf den Ort seiner Niederlassung, Vertragswaren oder –dienstleistungen verkaufen darf, als qualitativ schwerwiegend betrachtet. Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b/i-iv VertBek zählt die Ausnahmen auf, bei denen eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs aufgrund des Gegenstands nicht vorliegt. Dazu gehört u.a. die Beschränkung des Verkaufs an nicht zugelassene Händler durch die Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems innerhalb des vom Anbieter für den Betrieb dieses Systems festgelegten Gebiets (Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b/iii VertBek).

283. Nach Ziff. 12 Abs. 2 Bst. d VertBek liegt eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs aufgrund des Gegenstandes auch vor bei Abreden über Beschränkungen von Querlieferungen zwischen Händlern innerhalb eines selektiven Vertriebssystems, auch wenn diese auf unterschiedlichen Marktstufen tätig sind.

284. In der KFZ-Bekanntmachung wird die Beschränkung der Möglichkeit der Endverbraucher in der Schweiz, der Mitglieder eines Selektivvertriebssystems in der Schweiz oder der Verkäufer in der Schweiz, die von einem Endverbraucher in der Schweiz beauftragt worden sind, Kraftfahrzeuge ohne Einschränkungen bei einem in der Schweiz zugelassenen oder im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) tätigen Händler zu beziehen, als in der Regel erhebliche Wettbewerbsbeschränkung qualifiziert, die nicht gerechtfertigt ist (Ziff. 11 i.V.m. 14 Bst. a KFZ-Bekanntmachung).

285. Gemäss der fraglichen Exportverbotsklausel (Rz 86) ist es den Vertriebspartnern der BMW AG im EWR nicht gestattet, BMW- und MINI-Neufahrzeuge an Abnehmer ausserhalb des EWR zu liefern. Damit wurden passive Verkäufe an Endkunden (Direktimporte), bevollmächtigte Vermittler und an zugelassene Händler (Querlieferungen) in der Schweiz ausgeschlossen. Dadurch wird der schweizerische Markt abgeschottet.

Folglich handelt es sich um eine qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsabrede im Sinne von Ziff. 12 Abs. 1 VertBek, bei der, in quantitativer Hinsicht, tiefere Anforderungen genügen, um sie als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren (vgl. Rz 279).

#### Praxis der Europäischen Kommission

286. Auch in der EU sind Klauseln problematisch, die Importe in ein EU-Mitgliedstaat untersagen. In der EU gehören namentlich folgende Beschränkungen zu den Kernbeschränkungen, die zum Ausschluss des Rechtsvorteils der Gruppenfreistellung führen

- 1) Beschränkungen des Gebiets, in das der Händler Vertragswaren verkaufen darf; jedoch gilt die Freistellung für:

Beschränkungen des aktiven Verkaufs in Gebiete, die der Lieferant sich selbst vorbehalten oder ausschliesslich einem anderen Händler zugewiesen hat, sofern dadurch Verkäufe seitens der Kunden des Händlers nicht begrenzt werden<sup>204</sup>;

- 2) die Beschränkung von Querlieferungen zwischen Händlern innerhalb eines selektiven Vertriebssystems, auch wenn diese auf unterschiedlichen Handelsstufentätig sind<sup>205</sup>.

287. Kernbeschränkungen sind Vertragsklauseln, die die Beschränkung des Wettbewerbs bezwecken und bei denen zu vermuten ist, dass sie den Verbrauchern so stark schaden, dass sie gegen Art. 101 AUEV<sup>206</sup> verstossen. Findet sich auch nur eine Kernbeschränkung in einem Vertrag, führt dies dazu, dass der gesamte Vertrag nicht mehr von der Freistellung durch die GVO profitieren kann. Die Vermutung ist allerdings durch eine Effizienzverteidigung widerlegbar, wobei die Beweislast den Parteien obliegt.<sup>207</sup> Beim vorliegenden vertraglichen Exportverbot, das sämtliche Lieferungen an Abnehmer ausserhalb des EWR ausschliesst, würde es sich um eine Kernbeschränkung im erwähnten Sinne handeln.

<sup>201</sup> RPW 2000/2, 209 Rz 50, *Volkswagen Vertriebssystem*.

<sup>202</sup> RPW 2002/3, 459 ff. Rz 18 ff., *Système de distribution Citroën*.

<sup>203</sup> Vgl. RPW 2009/2, 153 Rz 75, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/1, 103 Rz 307, *Gaba (Entscheid ist noch nicht rechtskräftig)*, Verfügung Nikon AG vom 28. November 2011 (einsehbar unter: <http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>) (*Entscheidung ist noch nicht rechtskräftig*).

<sup>204</sup> Art. 4 Abs. 1 Bst. b) i) Verordnung (EG) Nr. 1400/2002 der Kommission vom 31. Juli 2002 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrags auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor (nachfolgend: KFZ-VO) und Art. 4 Bst. b) i) Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. L 102 vom 23.4.2010 1 (nachfolgend: Vertikal-GVO).

<sup>205</sup> Art. 4 Bst. d) KFZ-VO; Art. 4 Bst. d) Vertikal-GVO.

<sup>206</sup> Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 13. Dezember 2007 (Vertrag von Lissabon), ABl. G 115 vom 9.5.2008 47 (AEUV).

<sup>207</sup> STEPHAN SIMON, Die neue Kartellrechtsverordnung (EU) Nr. 330/2010 für Vertriebs- und Lieferverträge, in: *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 12. Dezember 2010, 497 ff., 500.

### B.3.3.2. Quantitatives Element der Erheblichkeit

288. Die Prüfung des quantitativen Elements der Erheblichkeit erfolgt üblicherweise anhand derselben Konzepte wie die Frage, ob die Beseitigungssvermutung nach Art. 5 Abs. 4 KG widerlegt werden kann;<sup>208</sup> 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 (top-down). Die bisherige Praxis der WEKO zeigt, dass die Widerlegung in der Regel gelingt, ausser wenn die Abrede im gesamten relevanten Markt besteht und somit auch horizontale Auswirkungen zeitigt.<sup>209</sup> Bei der Frage, inwieweit eine Wettbewerbsbeschränkung den Wettbewerb quantitativ beeinträchtigt, beginnt die Analyse hingegen ausgehend von einer Situation, in der (hypothetisch) ein uneingeschränkter Wettbewerb besteht (bottom-up). Aus dieser Perspektive werden an die quantitativen Auswirkungen von qualitativ schwerwiegenden Abreden keine hohen Anforderungen gestellt. Dabei gilt es zu beachten, dass bei qualitativ schwerwiegenden Abreden im Vergleich zu anderen vertikalen Abreden in quantitativer Hinsicht tiefere Anforderungen genügen, um sie als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren (Erw.-Gr. IX. VertBek).<sup>210</sup>

289. Damit gilt für die sanktionierbaren „harten“ vertikalen Abreden dasselbe Prinzip wie für „harte“ horizontale Abreden:<sup>211</sup> Der Gesetzgeber hat mit der Unterstellung der drei „harten“ Typen von horizontalen Abreden unter den Vermutungstatbestand sowie unter die Sanktionierbarkeit eine erste Auswahl der schädlichsten Abredetypen getroffen. Mit der Einführung von Art. 5 Abs. 4 KG im Jahr 2003 hat der Gesetzgeber bewusst die beiden – auch in anderen Jurisdiktionen als besonders schwerwiegend erachteten – Typen von vertikalen Abreden (Gebietsabschottung und Preisbindung zweiter Hand) den drei „harten“ horizontalen Typen gleichgestellt, und zwar sowohl bezüglich Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung als auch der direkten Sanktionierbarkeit.<sup>212</sup> Er hat mit anderen Worten die Auswahl der schädlichsten Abredetypen auf fünf ausgedehnt, und zwar als abschliessende Aufzählung, aber ohne Unterscheidung zwischen horizontalen und vertikalen Abreden.

290. Die in quantitativer Hinsicht geringen Anforderungen bei Vorliegen „harter“ (vertikaler und horizontaler) Abreden rechtfertigt sich – obwohl in der Schweiz das Missbrauchsprinzip herrscht – vor dem Hintergrund der europäischen Praxis, gemäss welcher die konkreten Auswirkungen einer Kernbeschränkung nicht im Einzelnen berücksichtigt werden müssen: Kernbeschränkungen werden unabhängig von den Marktanteilen der an der Abrede beteiligten Unternehmen nicht von der de minimis-Bekanntmachung<sup>213</sup> gedeckt. Dementsprechend brauchen die konkreten Auswirkungen einer Vereinbarung, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfä-

schung des Wettbewerbs bezweckt, nach ständiger Praxis des EuGH nicht berücksichtigt zu werden.<sup>214</sup> Für den wettbewerbswidrigen Zweck reicht es bereits aus, wenn die Vereinbarung das Potenzial hat, negative Auswirkungen auf den Wettbewerb zu entfalten. Demgemäss muss die Vereinbarung also lediglich konkret geeignet sein, zu einer Wettbewerbsbeschränkung zu führen. Somit ist in der EU die Einzelfreistellung vom Kartellverbot lediglich basierend auf eine Effizienzeinrede der Unternehmen (Art. 101 Abs. 3 AEUV) möglich, wobei die Beweislast den Unternehmen obliegt.

291. Obwohl die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs aufgrund des funktionierenden Interbrand-Wettbewerbs widerlegt werden konnte und auch ein gewisser Intra- und Interbrand-Wettbewerb vorhanden ist (vgl. Rz 244 und Rz 275), reicht das Ausmass dieser beiden Arten von Wettbewerb in casu nicht aus, um das Vorliegen einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung infolge der durch die BMW AG umgesetzten Gebietschutzabrede zu verneinen.

292. 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. Diese Kriterien werden im Folgenden geprüft.<sup>215</sup>

293. BMW AG wendet allgemein ein, dass die Exportverbotsklausel den Wettbewerb in der Schweiz nicht erheblich beeinträchtigt habe. Vorliegend hätten Hunderte von Nachfragern ihre Fahrzeuge problemlos vom

<sup>208</sup> Vgl. RPW 2005/2, 263 Rz 73, *Swico/Sens*.

<sup>209</sup> RPW 2009/2, 143 ff, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/1, 65 ff.; *Gaba*; RPW 2010/4, 649 ff.; *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*.

<sup>210</sup> Dieses Prinzip entspricht der Praxis der WEKO, welche im Entscheid *Sécateurs et cisailles* Folgendes festhielt: "En revanche, l'élément quantitatif de notabilité n'est pas atteint lorsque les restrictions ne déploient que des effets s'avérant non significatifs sur le marché dans un cas donné, voire même pas d'effets du tout, et ne sont pas susceptibles non plus d'entraîner de tels effets." RPW 2009/2, 153 Rz 75, *Sécateurs et cisailles*.

<sup>211</sup> RPW 2010/4, 752 Rz 319, *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*.

<sup>212</sup> Vgl. ROGER ZÄCH, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2. Aufl., 2005, 214 Rz 445 f.; BSK-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 75), Art. 5 KG N 8 f.

<sup>213</sup> Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäss Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (nun Artikel 101 Absatz 3 AEUV) nicht spürbar beschränken (de minimis), ABl. C 368 vom 22.12.2001, 13 ff.

<sup>214</sup> Urteil des EuGH vom 13.7.1966 verb. C-56/64 und 58/64 *Consten und Grundig*, Slg. 1966 322, 390; Urteil des EuGH vom 21.9.2006 C-105/04 *P-Niederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied*, Slg. 2006 I-8725; Urteil des EuGH vom 20.11.2008 C-209/07 *Beef Industry und Barry Brothers*, Slg. 2008 I-8637 Rz 16; Urteil des EuGH vom 4.6.2009 C-8/08 *T-Mobile Netherlands*, Slg. 2009 I-4529 Rz 29 f.

<sup>215</sup> Vgl. RPW 2010/1, 104 Rz 310, *Gaba* (Entscheid noch nicht rechtskräftig).

EWR in die Schweiz direktimportiert, ohne dass die Exportverbotsklausel spürbare Auswirkungen gezeitigt habe. Im Übrigen wäre den Nachfragern ein Ausweichen auf Tageszulassungen ohne weiteres möglich gewesen.<sup>216</sup>

294. Die Tatsache, dass es Nachfragern trotz Exportverbot möglich gewesen ist, BMW und MINI Neufahrzeuge aus dem EWR direkt und/oder parallel zu importieren, ist unbestritten (vgl. Rz 220 f.). Diesen erfolgreich durchgeführten Direkt- oder Parallelimporten stehen hingegen die vielen innerhalb kurzer Zeit beim Sekretariat eingegangenen Anzeigen von Endkonsumenten in der Schweiz gegenüber, die erfolglos versucht haben, im EWR einen BMW- oder MINI-Neuwagen zu kaufen (vgl. Rz 222 und Anhang XV). Auch im Vergleich mit anderen Herstellern war die Anzahl direkt- oder parallelimportierter BMW- und MINI-Neufahrzeuge sehr bescheiden (vgl. Rz 221). Folglich steht fest, dass Direkt- oder Parallelimporte in einem sehr geringen Ausmass stattgefunden haben. Im Übrigen sind Tageszulassungen nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung und es kann nicht ausgeschlossen werden, dass in diesem Bereich Massnahmen zum Gebietsschutz ergriffen werden (vgl. Rz 225). Derartige Umgehungsgeschäfte belegen einerseits, dass ein Exportverbot besteht und sich die Händler zumindest zu dessen Einhaltung verpflichtet fühlen, andererseits belegen sie aber auch, dass eine Nachfrage nach Direktimporten in die Schweiz besteht und die Händler ein Interesse haben, diese zu decken (vgl. Rz 232).

#### Marktstellung der BMW AG

295. Die Marken BMW und MINI sind im Automobilmarkt unbestritten wohlbekannte Marken, welche im Markt stark positioniert sind. Dies bestätigte BMW AG auch anlässlich der Anhörung vor der WEKO.<sup>217</sup>

#### Marktanteile

296. Bei der Prüfung des Interbrand-Wettbewerbs wurde festgestellt, dass die BMW AG zwischen 2007 und 2011 auf allen relevanten Märkten eine wichtige Marktstellung einnahm (siehe Rz 256, Anhang V ff.). Im relevanten Markt „Oberklasse“ war BMW AG stets auf den Plätzen [...] und [...]. Zusammen mit Mercedes, Audi und Volvo vereinigte BMW AG in diesem Markt einen Anteil zwischen 57 % und 76 %. Im Markt „Obere Mittelklasse“ musste BMW AG die [...], in der „Luxusklasse“ war BMW AG [...], im Markt „Untere Mittelklasse“ konnte sie [...] und belegte die Plätze [...] und [...]. Im Markt „Kleinwagen“ war die BMW AG mit MINI [...]. Wenn ein Unternehmen mit solchen Marktanteilen das Verkaufsgebiet der Schweiz vertraglich vom EWR abschottet, wird der Wettbewerb auf den relevanten Märkten dadurch erheblich beeinträchtigt.<sup>218</sup>

297. BMW AG macht geltend, der Wettbewerb könne nur von einem Unternehmen beeinträchtigt werden, welches über Marktmacht verfüge. So halte der Synthesebericht der Evaluationsgruppe Kartellgesetz<sup>219</sup> fest, dass vertikale Restriktionen nur dann antikompetitive Auswirkungen zeitigen können, falls Unternehmen mit Marktmacht involviert seien. Auch nach Rechtsprechung des Bundesgerichts könne eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung nur vorliegen, wenn die Beteiligten einen

erheblichen Marktanteil halten würden (BGE 129 II 18 E. 5.2.1). BMW AG verfüge in allen relevanten Märkten lediglich über geringe Marktanteile. Weiter führt BMW AG die Entscheide der WEKO betreffend die beiden horizontalen Abreden „Fachhandel für Produkte des Ärztebedarfs“<sup>220</sup> und „JC Decaux/Affichage“<sup>221</sup> an und bringt vor, in dieser Fallpraxis sei die Erheblichkeit stets nur bei sehr hohen Marktanteilen des an der Abrede beteiligten Unternehmens bejaht worden.

298. Diese Vorbringen von BMW AG stossen aus folgenden Gründen ins Leere:

- Zunächst muss festgehalten werden, dass die angeführte Fallpraxis der WEKO zum Zeitpunkt der Stellungnahme von BMW AG vom 13. Januar 2012 rund 14 resp. 10 Jahre alt war, somit noch vor der Revision des Kartellgesetzes im 2003 datiert und der zwischenzeitlich fortgeführten Fallpraxis nicht Rechnung getragen wird (vgl. Fn 206). Weiter betrafen beide genannten Verfahren bloss Kooperationsabreden und nicht Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG. Es handelte sich somit um qualitativ weniger erhebliche Abreden und somit waren an das quantitative Element erhöhte Anforderungen zu stellen (vgl. Rz 279).
- Der von BMW AG angeführte Synthesebericht ist insofern missverständlich, als an der angegebenen Stelle auch nachzulesen ist, dass es keine einfache Regeln gibt, ob eine bestimmte vertikale Restriktion pro- oder antikompetitiv wirkt. Erforderlich sei jeweils eine Einzelfallprüfung.<sup>222</sup> Diese Anregungen im Synthesebericht richteten sich in erster Linie gegen die seinerzeit zur Diskussion stehende *per se*-Erheblichkeit unter der damals noch geltenden (alten) Vertikalbekanntmachung der WEKO<sup>223</sup>. Aus deren Ziff. 10 und 12 aVert-Bek ergab sich für bestimmte vertikale Restriktionen

<sup>216</sup> Act. 164 Rz 68 ff.

<sup>217</sup> Act. 185, 35 f.

<sup>218</sup> Selbst bei einer enger oder weiter gefassten Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes, d.h. wenn die Produktmärkte für neue Personenwagen mehr oder weniger anstelle der sechs relevanten Märkte umfassen würde (vgl. Rz 183 f.), so würden die in diesem Abschnitt aufgeführten Argumente gleichermassen für die jeweiligen (kleineren oder grösseren) Märkte gelten. Insbesondere die starke Marktposition, die festgestellten Preisunterschiede zum Ausland, die generelle Anwendbarkeit der Exportverbotsklausel auf die ganze Produktpalette BMW- und MINI-Neufahrzeuge und die Auswirkungen auf die relevanten Märkte führten *in casu* zu demselben Ergebnis. Auch wenn der räumlich relevante Markt grösser als die Schweiz abgegrenzt würde, kann auf die zuvor gemachten Erwägungen verwiesen werden, wonach auch dann die Auswirkungen des „abgeschotteten“ Teil, nämlich der Schweiz, nachzuweisen sind und nicht in einem allfällig räumlich grösseren Markt (vgl. Fn 129).

<sup>219</sup> Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Synthesebericht der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern, 2008, Rz 76.

<sup>220</sup> RPW 1997/4, 458 N 35 f.

<sup>221</sup> RPW 2001/2, 326 N 86 und 328 f N 95.

<sup>222</sup> Synthesebericht (Fn 219), Rz 256.

<sup>223</sup> Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, Beschluss der Wettbewerbskommission vom 2. Juli 2007 (nachfolgend: aVert-Bek), RPW 2007/4, 675 ff.



eine automatische Bejahung der Erheblichkeit. Diese Rechtsauffassung ist mittlerweile überholt: Erstens erliess die WEKO am 28. Juni 2010 die neue Vertikalbekanntmachung, welche bei der Erheblichkeitsprüfung nunmehr explizit erwähnt, dass qualitative wie auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen sind und die Abwägung dieser beiden Kriterien einzelfallweise in einer Gesamtbeurteilung zu erfolgen hat (Ziffer 12 Abs. 1 Vert-Bek). Zudem macht Ziffer 11 deutlich, dass für eine Widerlegung der Vermutung auf eine Gesamtbetrachtung des Marktes (Intrabrand- und Interbrand-Wettbewerb auf dem relevanten Markt) abgestellt wird. Sämtliche in der Zwischenzeit erfolgten Entscheide der WEKO in Sachen Vertikalabreden beinhalteten folglich eine Einzelfallprüfung, in der beide Elemente (Intrabrand- und Interbrand-Wettbewerb) einzeln als auch in Kombination in Erwägung gezogen wurden.<sup>224</sup>

- Es wurde festgestellt, dass BMW AG über Marktmacht verfügt, es kann auf die Erwägungen weiter oben verwiesen werden (vgl. Rz 267).

299. Schliesslich bringt BMW AG vor, das Bundesgericht gehe bei 90 % Marktanteil davon aus, dass wirksamer Wettbewerb ausscheide. Im Fall „Fahrschule Graubünden“ habe die WEKO noch bei einer Bindung von 72 % des relevanten Marktes auf wirksamen Aussenwettbewerb erkannt. Im Fall „Clima Suisse“ habe die REKO-WEF festgehalten, dass bei einem gebundenen Marktanteil von 5-15 % in keinem Fall eine Wettbewerbsbeseitigung vorliege. Im Bereich der grundsätzlich weniger schädlichen Vertikalabreden müsse die kritische Marktanteilsschwelle mindestens so hoch liegen wie bei Art. 5 Abs. 3 KG.

300. Dem ist zu entgegnen, dass BMW AG bei der zitierten Fallpraxis den Unterschied zwischen der Beseitigung und der erheblichen Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs zu verkennen scheint. Ersteres ist Gegenstand bei der Prüfung der Widerlegung der Vermutung nach Art. 5 Abs. 3 resp. 4 KG, während die Erheblichkeit im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 KG geprüft wird. Vorliegend ist die Widerlegung der Vermutung nach Art. 5 Abs. 4 KG unstreitig, weshalb BMW AG von der zitierten Fallpraxis nichts zu ihren Gunsten ableiten kann. Im Fall „Fahrschule Graubünden“ wurde schliesslich eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung festgestellt.<sup>225</sup> Im Fall „Clima Suisse“ war hingegen nicht Gegenstand der Untersuchung, ob die von Clima Suisse herausgegebene Tarifliste für sich alleine betrachtet eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt.<sup>226</sup>

#### Preisunterschiede zum Ausland

301. Im Rahmen des Vergleichs der Preise für BMW- und MINI-Neufahrzeuge in der Schweiz und im EWR anhand der Preislisten 2011 wurden für alle relevanten Märkte erhebliche Preisunterschiede festgestellt (Rz 195 ff.; Anhänge II f.).

- Bei BMW bewegen sich die Preisunterschiede bei einem Kurs von 1.04 EUR/CHF zwischen CHF 11'600.- und CHF 68'500.- und bei einem Kurs von 1.38 EUR/CHF zwischen CHF 4'300.- und CHF 25'200.-.

- Bei MINI bewegen sich die Preisunterschiede bei einem Kurs von 1.04 EUR/CHF zwischen CHF 6'100.- und CHF 12'300.- und bei einem Kurs von 1.38 EUR/CHF zwischen CHF 800.- und CHF 3'700.-.
- Bei einem Durchschnittskurs von 1.25 EUR/CHF sind die verglichenen Neufahrzeuge der Marke BMW in Deutschland zwischen 20 und 25 % günstiger als in der Schweiz. In absoluten Zahlen bewegen sich die Preisunterschiede zwischen CHF 7'000.- und CHF 41'700.-. Bei einem Kurs von 1.25 EUR/CHF sind die verglichenen Neufahrzeuge der Marke MINI in Deutschland zwischen 12 und 18 % günstiger als in der Schweiz. In absoluten Zahlen bewegen sich die Preisunterschiede zwischen CHF 2'900.- und CHF 6'900.-.

302. Der angestrengte Preisvergleich berücksichtigt Rabatte, Sonderaktionen und andere Verkaufsfördermassnahmen nicht. Die Berücksichtigung dieser Parameter im Preisvergleich wäre schlichtweg unmöglich (vgl. Rz 206). Es ist unbestritten, dass solche Verkaufsfördermassnahmen bestehen und einen Einfluss auf die jeweiligen Endkonsumentenpreise haben. Diese vermögen jedoch das ermittelte Arbitragepotenzial nicht oder wenn dann nur geringfügig zu verkleinern: Denn selbst nach Angaben von BMW AG besteht ein signifikanter Preisunterschied zwischen Deutschland und der Schweiz ab dem Jahr 2010 (vgl. Rz 208). Zudem sprechen die Anzeigen und die Angaben von [Grosshändlerin] klar für ein erhebliches Arbitragepotenzial (vgl. Rz 208). Ausserdem gewähren die Händler Rabatte nicht nur in der Schweiz sondern auch in EWR-Ländern.

303. Wegen den vorliegenden Preisdifferenzen vermag auch das Argument von BMW AG nicht zu überzeugen, wonach der Preisvergleich ausstattungsbereinigt hätte erfolgen müssen. Es kann auf die zuvor gemachten Erwägungen verwiesen werden, wonach ein ausstattungs-bereinigter Preisvergleich ein erheblicher Aufwand mit sich bringen würde, aber keine signifikante Auswirkung auf die festgestellten Preisunterschiede gehabt hätte, da bloss geringfügige Unterschiede in den Ausstattungen vorliegen (Vgl. Rz 204).

304. Folglich besteht seit Oktober 2010 für Kaufinteressenten in der Schweiz ein grosser Anreiz, einen BMW- bzw. MINI-Neuwagen im EWR zu kaufen. Insgesamt kann daher ein beträchtliches Arbitragepotenzial festgestellt werden, das durch die Endkonsumenten in der Schweiz aufgrund des vertraglichen Exportverbots in die Schweiz nicht ausgeschöpft werden kann.

<sup>224</sup> Vgl. Fn 203.

<sup>225</sup> RPW 2003/2, *Fahrschule Graubünden*, 291 Rz 88.

<sup>226</sup> RPW 1999/4, *Einstellungsverfügung vom 6. Dezember 1999*, 614 Rz 10.

### Auswirkungen auf die relevanten Märkte

305. Es wurde hinreichend dargetan und belegt, dass die Existenz der Exportverbotsklauseln nach dem Grundsatz *pacta sunt servanda* ausgereicht hat, Vertriebspartner der BMW AG im EWR davon abzuhalten, Neufahrzeuge in die Schweiz zu verkaufen (vgl. Rz 167), so dass keine bzw. eine stark eingeschränkte disziplinierende Wirkung durch Direkt- und/oder Parallelimporte erfolgen konnte. Hält man sich Anhang XVI vor Augen, so fällt auf, dass bei Audi der Direktimportanteil im Jahr 2010 im Vergleich zum Vorjahr von 4.59 % auf 7.70 % angestiegen, bei Mercedes von 1.58 % auf 1.91 % und bei BMW Neufahrzeugen von 0.91 % auf 1.01 %. Im Jahr 2011 stiegen die Direktimportanteile für Audi erneut auf 10.62 %, für Mercedes auf 3.43 % und BMW auf 2.29 %. Als Vergleich wurden im Jahr 2011 in allen Märkten durchschnittlich 7.29 % (in absoluten Zahlen: 23'264 Neufahrzeuge) direkt und/oder parallel in die Schweiz importiert. Insgesamt wird der markeninterne Preis- und Qualitätswettbewerb zwischen den zum Vertrieb von BMW- und MINI-Neufahrzeugen zugelassenen Händlern durch das vertragliche Exportverbot stark beschränkt (Rz 244).

### Erwägungen zu den Gegenargumenten von BMW AG

306. BMW AG wendet ein, bei funktionierendem Interbrand-Wettbewerb zeigten vertikale Restriktionen in der Regel keine schädliche Auswirkungen. Eine Wettbewerbsbeeinträchtigung durch eine vertikale Abrede wäre von vornherein ausgeschlossen. Eine Beschränkung des Intra-brand-Wettbewerbs sei nur dann problematisch, wenn eines der an der Abrede beteiligten Unternehmen marktmächtig ist bzw. auf dem betroffenen Markt kein wirksamer Interbrand-Wettbewerb herrsche.<sup>227</sup>

307. Wie in Abschnitt „3.2.2.3 Interbrand-Wettbewerb“ eingehend dargelegt, verfügt die BMW AG auf allen relevanten Märkten über eine starke bis sehr starke Marktstellung. Dennoch sind auf allen relevanten Märkten viele Wettbewerber vorhanden, die einen gewissen Druck auf die BMW AG ausüben. Namentlich aufgrund der von BMW AG verfolgten Preisstrategie kann gleichwohl auf Marktmacht der BMW AG geschlossen werden (vgl. Rz 267). Diese nuancierten Erwägungen schliesst die WEKO bei der vorliegenden Beurteilung zur Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne einer Gesamtbeurteilung mit ein (vgl. Rz 288 ff.). Einer pauschalen Auffassung, wonach eine Wettbewerbsbeeinträchtigung durch vertikale Abreden von vornherein ausgeschlossen werden könne, kann sich die WEKO indes nicht anschliessen, zumal dies auch klar dem Willen des Gesetzgebers entgegenstehen würde (vgl. Rz 281 und 289). Für die tatsächlich festgestellten Auswirkungen kann auf die Ausführungen weiter oben verwiesen werden (vgl. Rz 294).

308. BMW AG bringt vor, es fehle an einer substantiierten Feststellung zu etwaigen Auswirkungen der Exportverbotsklausel auf die Preise für BMW Neufahrzeuge in der Schweiz. Nach Ansicht von BMW AG wäre dies ein gewichtiges Indiz für oder gegen eine (erhebliche) Beeinträchtigung des Intra-brand-Wettbewerbs. Ferner fehle es am Nachweis, dass ein Kausalzusammenhang zwischen Ziffer 1.5 des EWR Händlervertrags und der an-

geblich erheblichen Behinderung von Direkt- und Parallelimporten in die Schweiz besteht.<sup>228</sup>

309. Der WEKO liegen eindeutige Beweise vor, wonach die Existenz der Exportverbotsklauseln nach dem Grundsatz *pacta sunt servanda* ausgereicht haben, Vertriebspartner der BMW AG davon abzuhalten, Neufahrzeuge in die Schweiz zu verkaufen (vgl. Rz 167). Die Kausalität zwischen der Exportverbotsklausel und der Behinderung von Direkt- und Parallelimporten ist aufgrund der diversen Anzeigen erstellt (vgl. Anhang XV). Die sich daraus ergebende Beschränkung des markeninternen Preis- und Qualitätswettbewerbs wurde ebenfalls dargelegt; es kann auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden (vgl. Rz 305).

### B.3.3.3 Zwischenergebnis

310. Basierend auf einer Gesamtbeurteilung der dargelegten qualitativen und quantitativen Kriterien kommt die WEKO zum Schluss, dass das vertragliche Exportverbot zwischen der BMW AG und ihren Vertragshändlern im EWR zumindest seit Oktober 2010 zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf den relevanten Märkten im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V. m. Abs. 1 KG führt.

### B.3.4 Keine Rechtfertigung aus Effizienzgründen

311. Liegt eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede vor, ist zu prüfen, ob diese gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist. Laut Art. 5 Abs. 2 KG sind Wettbewerbsabreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:

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

<sup>227</sup> BMW AG stützt sich dabei einerseits auf das Rechtsgutachten von Prof. Dr. Günter Heine und Prof. Dr. Robert Roth zur Sanktionierung natürlicher Personen / Unternehmen im Zuge der Kartellrechtsrevision (Stand 13. Oktober 2010, teilweise aktualisiert zum 25. März 2011), erstellt im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO), 34. Andererseits auf den Bericht des EVD gestützt auf Art. 59a KG über die Evaluation des Kartellgesetzes und Vorschläge zum weiteren Vorgehen, vom Bundesrat am 25. März 2009 gutgeheissen, 10 f., sowie auf den Synthesebericht (vgl. Fn 219), Rz 256. Weiter stützt sich BMW AG auf AMSTUTZ/REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden – eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, in: Walter A. Stoffel, Roger Zäch (Hrsg.): Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, 69 ff., 106; ferner auf REY, P./VERGÉ T., *The Economics of Vertical Restraints*, in *Handbook of Antitrust Economics*, Paolo Buccirossi Ed., MIT Press, April 2008, 386.

<sup>228</sup> Act. 164 Rz 105 ff.

312. Im Falle einer Gebietsschutzabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG gilt es im Einzelfall zu prüfen, ob ein Rechtfertigungsgrund vorliegt (Ziff. 16 Abs. 3 VertBek). Vorliegend sind keine Gründe wirtschaftlicher Effizienz ersichtlich, die ein Exportverbot in Bezug auf die Schweiz in den EWR-Händlerverträgen der BMW AG rechtfertigen würden. Namentlich liegt keiner der in Ziff. 16 Abs. 4 VertBek enthaltenen Rechtfertigungsgründe vor. Die Rechtsvertreter der BMW AG haben in ihren Stellungnahmen denn auch keinen Rechtfertigungsgrund geltend gemacht.<sup>229</sup>

### B.3.5 Ergebnis

313. Die WEKO kommt gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zum folgenden Ergebnis:

- Das vertragliche Exportverbot zwischen der BMW AG (München) und ihren Vertragshändlern im EWR mit Ausnahme des Fürstentums Liechtenstein stellt eine unzulässige Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG dar.
- Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann durch den vorhandenen Interbrand-Wettbewerb auf sämtlichen relevanten Märkten widerlegt werden.
- Das vertragliche Exportverbot beeinträchtigt den Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG dennoch auf allen relevanten Märkten zumindest seit Oktober 2010 erheblich.
- Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG liegen nicht vor.

Es handelt sich somit um eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 KG.

## B.4 Sanktionierung

### B.4.1 Allgemeine Ausführungen

#### B.4.1.1 Einleitung

314. Aufgrund ihrer ratio legis sollen die in Art. 49a KG vorgesehenen direkten Sanktionen die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern. Direktsanktionen können nur mit einer Endverfügung verhängt werden, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt.<sup>230</sup>

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

#### B.4.1.2 Tatbestandsmerkmale von Art. 49a Abs. 1 KG

316. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet.

##### B.4.1.2.1 Unternehmen

317. Die Wettbewerbsbeschränkungen, auf die Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem Unterneh-

men ausgehen. Für den Unternehmensbegriff wird dabei auf Art. 2 Abs. 1 und 1<sup>bis</sup> KG abgestellt.<sup>231</sup>

318. Die vorliegenden Wettbewerbsbeschränkungen sind von der BMW AG selbst bzw. von deren Vertriebsgesellschaften im EWR ausgegangen. Die BMW AG ist als Unternehmen i.S. des Kartellgesetzes zu qualifizieren, wobei ihr die Wettbewerbsbeschränkungen durch ihre Vertriebsgesellschaften im EWR zugerechnet werden (siehe oben Rz 74 und 127).

##### B.4.1.2.2 Unzulässige Verhaltensweise

319. Art. 49a Abs. 1 KG sieht entsprechend der verfassungsrechtlichen Ausgangslage in erster Linie Massnahmen gegen harte Kartelle im Sinne horizontaler oder vertikaler Absprachen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG vor. Es handelt sich dabei um Wettbewerbsverstösse, welche sich für Konsumenten, Unternehmen und die Gesamtwirtschaft besonders schädlich auswirken und aus diesem Grund bereits mit der gesetzlich vermuteten Beseitigung wirksamen Wettbewerbs eine Sonderbehandlung erfahren.<sup>232</sup> Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG beteiligt ist, mit einer Sanktion belastet, sofern folgende Voraussetzungen erfüllt sind:<sup>233</sup> (1) Die Beteiligung an einer Abrede über Preise, Mengen oder die Aufteilung von Märkten nach Art. 5 Abs. 4 KG und (2) die Unzulässigkeit dieser Abrede.

320. Wie vorangehend dargelegt wurde, lag zwischen der BMW AG und ihren Vertriebspartnern im EWR zumindest seit Oktober 2010 eine unzulässige Gebietsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG vor. Damit sind die Voraussetzungen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt.

##### B.4.1.2.3 Sanktionierbarkeit im Falle der Widerlegung der Vermutung

321. Die Rechtsvertreter der BMW AG halten direkte Sanktionen nicht für möglich, wenn die Beseitigung der Vermutung wirksamen Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 4 KG widerlegt werden kann. Sie sind der Auffassung, das Legalitätsprinzip würde verletzt, wenn „nur“ unter Art. 5 Abs. 1 KG fallende Abreden mit direkten Sanktionen belegt würden. Sie bringen unter anderem vor, angesichts des strafrechtlichen Charakters direkter Sanktionen gebiete das Analogieverbot und das Bestimmtheitsgebot, direkte Sanktionen auf Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG zu beschränken. Es sei dabei auf die Wirkung der Abrede und nicht auf den Typ der Abrede abzustellen, weil der Abredetyp alleine keine kartellrechtliche Würdigung erlaube. Die Schweiz kenne keine „per se“-Verbote.<sup>234</sup>

<sup>229</sup> Act. 43 und Act. 164.

<sup>230</sup> Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes (Botschaft KG 2003), BBl 2002, 2023, 2033 ff.

<sup>231</sup> Vgl. anstelle vieler JÖRG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 3. Aufl., Zürich 2011, Art. 49a N 6, und PATRIK DUCREY, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Zürich 1997, Art. 50 N 8.

<sup>232</sup> Vgl. dazu Botschaft KG 2003 (Fn 230), 2036 f.

<sup>233</sup> Vgl. ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, insbesondere der neue Vermutungstatbestand für Vertikalabreden, in: Stoffel/Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, Zürich/Basel/Genf 2004, 34.

<sup>234</sup> Act. 43 Rz 82 und Act. 164 Rz 113 ff.

322. Die WEKO vertritt diesbezüglich eine andere Auffassung. Für die Sanktionierung relevant ist die Unzulässigkeit der Wettbewerbsabrede, nicht der Grad der Beschränkung des Wettbewerbs. Gemäss Praxis der WEKO können Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG auch dann sanktioniert werden, wenn die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann. Das Bundesgericht hielt fest, dass mit dem Erlass von Art. 49a KG die Möglichkeit direkter Sanktionen für die schädlichsten horizontalen und vertikalen wettbewerbsbeschränkenden Abreden geschaffen wurde.<sup>235</sup> Folglich werden nicht nur Abreden erfasst, die zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führen, sondern auch solche, die diesen erheblich beeinträchtigen.

323. In der Botschaft KG 2003 steht Folgendes: „Vom Anwendungsbereich der direkten Sanktionen ausgenommen sind demnach nach Art. 5 Abs. 1 KG unzulässige Verhaltensweisen, welche keine Preis-, Mengen- oder Gebietsabreden zum Gegenstand haben. Ebenso wenig können Preis-, Mengen- und Gebietsabreden direkt sanktioniert werden, die den wirksamen Wettbewerb weder beseitigen noch erheblich beeinträchtigen beziehungsweise die durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind.“<sup>236</sup> Es kommt folglich nicht darauf an, ob der wirksame Wettbewerb durch eine Gebietsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG vollständig beseitigt oder „nur“ erheblich beeinträchtigt wird.

324. Andernfalls würde es in der Praxis kaum je zur Verhängung direkter Sanktionen kommen, denn die WEKO kam bereits in der Vergangenheit praktisch nie zum Ergebnis, dass der Wettbewerb beseitigt war. Dies dürfte nicht im Sinne des Gesetzgebers sein, der Art. 49a KG im Rahmen der KG-Revision eingeführt hat, um das Sanktionensystem zu verschärfen.<sup>237</sup>

325. Eine entsprechende Präzisierung ist jedenfalls auch in Art. 49a Abs. 1 KG nicht enthalten.<sup>238</sup> Damit von einer direkten Sanktion abgesehen werden kann, muss eine Wettbewerbsabrede folglich kartellrechtlich zulässig sein, also entweder keine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung herbeiführen oder sich durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen.<sup>239</sup>

326. Da die Gesetzesvermutung vorliegend zwar umgestossen werden kann, die in Frage stehende Gebietschutzabrede den Wettbewerb indes erheblich beeinträchtigt und sich darüber hinaus nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt, ist die in Frage stehende Gebietschutzabrede als unzulässig – und somit sanktionierbar – zu qualifizieren.

#### B.4.1.2.4 Vorwerfbarkeit

##### Allgemeines

327. Die Besonderheit der Verwaltungssanktionen liegt darin, dass sie gegen die betroffenen Unternehmen selber und typischerweise ohne Nachweis eines strafrechtlich vorsätzlichen Handelns der verantwortlichen natürlichen Personen verhängt werden können. Die Botschaft zum revidierten KG hält explizit fest, dass die Verwaltungssanktion (im Gegensatz zur Strafsanktion) kein Verschulden voraussetzt.<sup>240</sup> Dementsprechend vertrat die WEKO früher die Auffassung, dass für die Verhän-

gung einer Sanktion nach Art. 50 ff. KG grundsätzlich kein Verschulden nachzuweisen ist.<sup>241</sup>

328. In der Lehre sind die Meinungen geteilt: Zum einen wird die Ansicht vertreten, dass Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG wegen ihrer rein verwaltungsrechtlichen Natur kein Verschulden voraussetzen. Auf der anderen Seite wird argumentiert, aufgrund des strafrechtlichen Charakters der Verwaltungssanktionen würden diese ein Verschulden voraussetzen.<sup>242</sup>

329. In ihrer bisherigen Praxis zu Art. 49a Abs. 1 KG<sup>243</sup> nimmt die WEKO Bezug auf die Rechtsprechung der ehemaligen REKO/WEF (zu Art. 51 KG), welche den Schluss nahe legt, dass eine Sanktion nicht ausschliesslich auf objektive Kriterien gestützt werden darf, sondern dass auch subjektive Elemente zu berücksichtigen sind.<sup>244</sup> Die REKO/WEF hat die Frage der Notwendigkeit des Verschuldens in diesem Entscheid jedoch offengelassen. Dennoch prüfte die WEKO den Aspekt in der Vergangenheit unter dem Titel der Vorwerfbarkeit.<sup>245</sup> Ein Verstoss gegen Art. 49a Abs. 1 KG ist dem Unternehmen nach der einschlägigen Lehre und Praxis bereits dann vorwerfbar, wenn ihm eine objektive Sorgfaltpflichtverletzung vorgeworfen werden kann.<sup>246</sup>

330. Das Kartellgesetz darf für die Unternehmen als dessen Adressaten allgemein als „bekannt“ vorausgesetzt werden und von den Unternehmen darf gefordert werden, dass sie sich über dessen Auslegung und Tragweite informieren.<sup>247</sup> Ein Unternehmen muss grundsätzlich alles Mögliche und Notwendige vorkehren, um sicherzustellen, dass es durch das Verhalten seiner Mitarbeiter und Organe nicht zu Verstössen gegen das Wettbewerbsrecht kommt.<sup>248</sup>

<sup>235</sup> BGE 135 II 60, 63, E. 2.1.

<sup>236</sup> Botschaft KG 2003 (Fn 230), 2037.

<sup>237</sup> CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 49a N 7 f.

<sup>238</sup> Vgl. RPW 2009/2, 155 Rz 86, *Sécateurs et cisailles*.

<sup>239</sup> Vgl. PETER REINERT, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Kartellgesetz, Bern 2007, Art. 49a Rz 8.

<sup>240</sup> Botschaft KG 2003 (Fn 230), 2034. Schon die Botschaft 1994 (Fn 31) hielt entsprechend fest, dass die Sanktionierung gerechtfertigt ist, „weil die Unternehmen in der Lage sein sollten und auch verpflichtet sind, sich so zu organisieren, dass rechtsverbindlich festgelegte Pflichten von ihnen erfüllt werden“ (Botschaft 1994, 153).

<sup>241</sup> Vgl. etwa Entscheide der WEKO: RPW 2001/1, 152 Rz 35, *BNP/Paribas*; RPW 2000/2, 262 f. Rz 30, *X/C-AG und D-AG*, und RPW 1998/4, 617 f. Rz 21 ff., *Curti & Co. AG*; zustimmend ROGER ZÄCH/ANDREAS WICKY, Die Bemessung von Verwaltungssanktionen im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen nach schweizerischem Kartellrecht (Art. 51 KG), in: Wirtschaft und Strafrecht, FS für N. Schmid, Zürich 2001, 585 ff., insb. 589, sowie PHILIPP ZURKINDEN, Sanktionen, in: von Büren/David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR), Band VI/2 (Kartellrecht), Basel/Genf/München 2000, 515 ff.

<sup>242</sup> BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 237), Art. 49a N 10, m.w.N.

<sup>243</sup> Vgl. z.B. RPW 2010/1, 65 Rz 334, *Gaba (Entscheid ist noch nicht rechtskräftig)*; RPW 2009/3, 196 Rz 105 ff., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; RPW 2007/2, 241 Rz 393, *Terminierung Mobilfunk*.

<sup>244</sup> Vgl. den Entscheid REKO/WEF in RPW 2002/2, 386 ff., insb. 393 ff., 398 ff., *Rhône-Poulenc/Merck*.

<sup>245</sup> Vgl. z.B. RPW 2010/1, 65 Rz 333, *Gaba (Entscheid ist noch nicht rechtskräftig)*; RPW 2009/3, 196 Rz 105 ff., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; RPW 2007/2, 241 Rz 391, *Terminierung Mobilfunk*.

<sup>246</sup> BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, (Fn 237), Art. 49a N 10, m.w.N.

<sup>247</sup> CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG, 2007, 85.

<sup>248</sup> RPW 2009/3, 196 Rz 106, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

331. Dies gilt umso mehr, als die WEKO seit Anfang des letzten Jahrzehnts wiederholt ihre konstante Haltung aufgezeigt hat, wonach die Märkte und insbesondere der Zugang zum EWR offen sein müssen. Sämtliche Bekanntmachungen der WEKO über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden brachten und bringen unmissverständlich zum Ausdruck, dass gebietsabschottende Abreden, die ein Verbot des Passivverkaufs an Händler oder Endkunden statuieren, als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung angesehen werden.<sup>249</sup> Ebenso enthält die KFZ-Bekanntmachung (Beschluss der WEKO vom 21. Oktober 2002) in Ziff. 14 Bst. a, c und d entsprechende Bestimmungen. Auch die dazugehörigen Erläuterungen<sup>250</sup> legen fest, ein Kraftfahrzeuglieferant dürfe im Selektivvertriebssystem sog. aktive und passive Verkäufe nicht einschränken (vgl. Ziff. 14 KFZ-Bekanntmachung).<sup>251</sup> Bereits in den Entscheidungen *Volkswagen Vertriebsystem und Systèmes de distribution Citroën* brachte die WEKO klar zum Ausdruck, dass Gebietsschutzabreden gegen das Kartellgesetz verstossen (vgl. Rz 280). Letztlich hielt die WEKO im Entscheid i.S. Gaba vom 30. November 2009 fest, die Verhinderung von Parallelimporten führe nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 KG i.V.m. Art. 5. Abs. 1 KG zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs und belegte die fehlbaren Unternehmen nach Art. 49a Abs. 1 KG mit einer siebenstelligen Sanktion.<sup>252</sup>

332. Vor diesem Hintergrund kann ganz allgemein von einem international tätigen Konzern, welcher jährlich einen zehnstelligen Umsatz in der Schweiz generiert, erwartet werden, dass er sich mit den rechtlichen Rahmenbedingungen auseinandersetzt und sich entsprechend organisiert.

#### *Im konkreten Fall*

333. Vorliegend hat die BMW AG direkt bzw. haben Vertriebsgesellschaften der BMW AG (siehe oben Rz 126) mit ihren Vertriebspartnern im EWR unzulässige Gebietsschutzabreden gemäss Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG vereinbart und umgesetzt:

- Der EWR-Händlervertrag für den Vertrieb von Fahrzeugen der Marken BMW und MINI enthält eine Klausel, wonach es dem Händler nicht gestattet ist, unmittelbar oder über Dritte neue BMW Fahrzeuge an Abnehmer (Händler, unabhängige Vermittler und Endkunden) in Länder ausserhalb des EWR zu liefern oder Fahrzeuge für solche Zwecke umzurüsten (Rz 85).
- Die offizielle Konzern-Kommunikation der BMW AG im Zusammenhang mit dem Import von BMW- bzw. MINI-Neufahrzeugen aus dem EWR in die Schweiz lautete folgendermassen (vgl. Rz 146, Rz 157): Im Einklang mit den wettbewerbsrechtlichen Massgaben der Europäischen Kommission erstreckte sich das Vertriebsrecht der BMW und MINI Händler in Deutschland wie auch in den anderen Staaten des EWR auf den gesamten EWR. Hierdurch hätten Kunden mit Wohnsitz im EWR, gleich welcher Herkunft, die Möglichkeit, den Wettbewerb im EWR für sich zu nutzen und neue BMW und MINI Fahrzeuge von beliebigen BMW und MINI Händlern ihrer Wahl innerhalb des EWR zu beziehen. Die Schweiz unterhalte bislang mit

den Mitgliedstaaten des EWR nur Freihandelsabkommen, hier gelte jedoch nicht europäisches Wettbewerbsrecht. Auf Basis der o.g. wettbewerbsrechtlichen Massgaben sähen die Verträge der BMW AG mit ihren europäischen Vertriebspartnern nicht den Verkauf von BMW- und MINI-Neufahrzeugen an Kunden mit Wohnsitz ausserhalb des EWR vor. Mit dieser Regel würde die Position der Vertriebspartner sowohl im als auch ausserhalb des EWR gestärkt. Die BMW Group verfüge auch in der Schweiz über ein dichtes, leistungsfähiges Vertriebsnetz mit 87 Handelsbetrieben. Jeder Neuwagen werde hier mit attraktiven „BMW Service Plus“ Paketen ausgeliefert, die so z.B. in Deutschland nicht im Kaufpreis enthalten seien.<sup>253</sup>

Das Exportverbot in Bezug auf die Schweiz wurde folglich mit Wissen und Willen der Konzernzentrale, BMW AG, mit den Vertriebspartnern vereinbart und umgesetzt.

*Stellungnahmen BMW: Exportverbotsklausel ist mit EU-Recht vereinbar*

334. Die Rechtsvertreter der BMW AG haben in ihren Stellungnahmen vorgebracht, der EWR-Händlervertrag basiere auf den im EWR geltenden gesetzlichen Rahmenbedingungen für den Vertrieb von neuen Automobilen und Ersatzteilen, insbesondere den Bestimmungen des Art. 101 des Vertrages über die Europäische Union und der hierauf basierenden Gruppenfreistellungsverordnung VO (EG) 1400/2002. Der EWR-Händlervertrag sei von der europäischen Kommission in einem aufwändigen Verfahren zwischen 2003 und 2005 eingehend geprüft und hinsichtlich der genannten Ziff. 1.5 nicht beanstandet worden. Europäische Vertriebsverträge würden regelmässig branchenübergreifend ein Exportverbot in Länder ausserhalb des EWR vorsehen und hierdurch die vertragliche Wirtschaftsgemeinschaft der Mitgliedstaaten des EWR mit ihren rund 500 Millionen Einwohnern abbilden.<sup>254</sup>

#### *Auswirkungsprinzip im schweizerischen Kartellrecht*

335. Die Konformität der EWR-Händlerverträge mit dem EU-Recht steht vorliegend nicht zur Diskussion, sondern einzig die Vereinbarkeit von deren Auswirkungen mit dem schweizerischen Kartellrecht.

<sup>249</sup> Vgl. Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, Beschluss der Wettbewerbskommission vom 18. Februar 2002 (VertBek 2002), RPW 2002/2, 400 ff., Ziff. 3 Bst. a, c und d; Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, Beschluss der Wettbewerbskommission vom 2. Juli 2007 (VertBek 2007), RPW 2007/4, 675 ff., Ziff. 10 Abs. 1 Bst. b sowie Ziff. 12 Bst. b; sowie Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, Beschluss der Wettbewerbskommission vom 28. Juni 2010 (Fn 67, VertBek), Erw-Gr. IV., Ziff. 10 Abs. 1 Bst. b sowie Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b.

<sup>250</sup> Vgl. Fn 10.

<sup>251</sup> Dieselbe Bestimmung enthielt bereits die Erläuterungen der Wettbewerbskommission zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel aus dem Jahr 2004, RPW 2004/3, 964 ff., Erläuterungen zu Ziff. 14 KFZ-Bekanntmachung.

<sup>252</sup> RPW 2010/1, 71 f. Rz 325, *Gaba (Entscheid ist noch nicht rechtskräftig)*.

<sup>253</sup> Schreiben der BMW AG (Act. 2), E-Mail BMW Parklane UK (Act. 9).

<sup>254</sup> Act. 43 Rz 14 und Act. 164 Rz 116 ff.

336. Wie unter dem räumlichen Geltungsbereich (Rz 76) aufgezeigt, ist das Kartellgesetz auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland verursacht werden (sog. Auswirkungsprinzip; Art. 2 Abs. 2 KG). Die Prüfung in Abschnitt B.3. hat zum Ergebnis geführt, dass das Exportverbot in den BMW-Händlerverträgen im EWR eine Gebietsschutzabrede darstellt, die den Wettbewerb auf den relevanten Märkten in der Schweiz erheblich beeinträchtigt (Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG). Es handelt sich um einen Verstoss gegen Art. 49a Abs. 1 KG, welcher der BMW AG vorgeworfen werden kann, weil sie ihre objektive Sorgfaltspflicht verletzt hat, was nachfolgend aufgezeigt wird:

337. Von einem international tätigen Konzern in der Grösse der BMW Group darf erwartet werden, dass mögliche Auswirkungen der Geschäftstätigkeit aus einer internationalen Perspektive heraus beurteilt werden und nicht auf einen spezifischen Rechtsraum fokussiert wird. Konkret hätte von der BMW AG erwartet werden können, dass keine Exportverbote in Bezug auf die Schweiz in die EWR-Händlerverträge aufgenommen werden. Dies insbesondere auch vor folgendem Hintergrund:

338. Die Schweiz ist im Allgemeinen der dritt wichtigste Handelspartner der EU. Im Bereich Warenhandel ist die Schweiz mit einem Anteil von 7.1 % der viert wichtigste Handelspartner der EU, hinter den USA (15.9 %), China (13 %) und Russland (7.9 %). Der Warenaustausch der EU mit der Schweiz betrug 2009 rund 162.4 Mrd. EUR (Exporte in die Schweiz: 88.6 Mia. EUR, Importe aus der Schweiz: 73.8 Mia. EUR). Sie gehört zu denjenigen Staaten, mit denen die EU eine positive Handelsbilanz aufweist (2009: fast 15 Mrd. Euro Überschuss). Innerhalb der EU sind Deutschland (37.8 % des Schweizer Handels mit EU-Staaten), Italien (13.5 %), Frankreich (12.1 %), die Niederlande (5.6 %) und Österreich (5.6 %) die bedeutendsten Handelspartner der Schweiz.<sup>255</sup> Das Handelsvolumen ist in den letzten 20 Jahren durchschnittlich um rund vier % pro Jahr gewachsen. Ein Grossteil dieser Warenflüsse fällt unter den Anwendungsbereich des Freihandelsabkommens zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft (EG, siehe unten Rz 339).<sup>256</sup>

339. Um einen westeuropäischen Grossmarkt zu schaffen, wurden Anfang der 1970er Jahre zwischen der EG und den einzelnen Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation EFTA (Island, Liechtenstein, Norwegen und die Schweiz) Freihandelsabkommen geschlossen. Die Schweiz unterzeichnete 1972 mit der EG ein Freihandelsabkommen (FHA). Das FHA schafft eine Freihandelszone für industrielle Erzeugnisse zwischen der Schweiz und der EU. Innerhalb dieser Zone werden Industriewaren mit Ursprung im Gebiet der beiden Vertragsparteien zollfrei gehandelt. Das Abkommen verbietet zudem mengenmässige Beschränkungen des Handels (Kontingente)<sup>257</sup> sowie Massnahmen mit gleicher Wirkung wie Zölle.<sup>257</sup>

340. Vor dem Hintergrund eines westeuropäischen Grossmarktes, der mit dem FHA Schweiz-EG geschaffen wurde, darf die BMW AG ihre Geschäftstätigkeit nicht isoliert aus der Perspektive der EU bzw. des EWR<sup>258</sup> beurteilen.

341. Die wettbewerbsrechtliche Problematik der Behinderung bzw. Verhinderung von Direktimporten geht zwangsläufig über die jeweilige Grenze des Landes bzw. des Raumes, dessen Abnehmer von der Gebietsabschottung betroffen sind, hinaus. Mit anderen Worten verletzt ein Fahrzeug-Hersteller im EWR seine objektiven Sorgfaltspflichten, indem er mit seinen Vertriebspartnern im EWR vertraglich ein Exportverbot vereinbart, das zur Abschottung eines bestimmten Gebietes führt, und zwar unabhängig davon, ob sich dieses Gebiet innerhalb oder ausserhalb des EWR befindet. Andernfalls liessen sich derartige Gebietsabschottungen gar nicht verhindern und müssten erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen in der Art der vorliegenden durch die Abnehmer im abgeschotteten Gebiet wehrlos hingenommen werden. Um derartige Konstellationen zu verhindern, hat der schweizerische Gesetzgeber das Auswirkungsprinzip ins Kartellgesetz aufgenommen. Dass dieses vorliegend greift, wurde vorangehend aufgezeigt (Rz 76 und 336). Das Auswirkungsprinzip gilt umgekehrt auch im europäischen Wettbewerbsrecht.<sup>259</sup>

342. Im vorliegenden Fall war sich die BMW (Schweiz) AG der kartellrechtlichen Problematik im Zusammenhang mit der Beschränkung von Direktimporten bewusst: Nachdem sie den schweizerischen Händlervertrag am 30. Dezember 2004 dem Sekretariat gemeldet hatte, informierte die BMW (Schweiz) AG ihre Geschäftspartner am 24. November 2005 nämlich schriftlich, dass u.a. die Durchführung passiver und aktiver Käufe von neuen BMW Fahrzeugen aus dem EWR, innerhalb der Regelungen des selektiven Vertriebssystems, erlaubt seien (siehe oben Rz 93 ff.). Dieses Wissen der BMW (Schweiz) AG muss sich die BMW AG als Unternehmenszentrale (siehe oben Rz 74) anrechnen lassen.

343. Die BMW AG hatte somit die Gewissheit, dass sie beim Weiterführen ihres Verhaltens eine Sanktionierung riskieren würde. Indem die BMW AG trotz dieses Wissens die fragliche Vertragsklausel im EWR-Händlervertrag weder mit dem schweizerischen Kartellrecht in Übereinstimmung brachte noch die Händler in den verschiedenen EWR-Staaten über die Zulässigkeit

<sup>255</sup> Information der Delegation der EU für die Schweiz und das Fürstentum Liechtenstein [http://eeas.europa.eu/delegations/switzerland/press\\_corner/focus/focus\\_items/20110408\\_de.htm](http://eeas.europa.eu/delegations/switzerland/press_corner/focus/focus_items/20110408_de.htm) (10. Oktober 2011).

<sup>256</sup> Integrationsbüro Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA)/ Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement (EVD), „Freihandel“ Informationsblatt, August 2011, abrufbar unter: [www.europa.admin.ch/themen/00500/00506/00526/index.html?lang=de](http://www.europa.admin.ch/themen/00500/00506/00526/index.html?lang=de) (10. Oktober 2011).

<sup>257</sup> „Freihandel“ Informationsblatt (Fn 256).

<sup>258</sup> Um die möglichst weitgehende Teilnahme der EFTA-Staaten am EU-Binnenmarkt zu ermöglichen, handelten die EFTA-Staaten mit Ausnahme der Schweiz (d.h. Island, Liechtenstein und Norwegen) und die EU das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) aus (vgl. Fn 256).

<sup>259</sup> Vgl. Urteil des EuG vom 25.3.1999, *Glencore/Lonrho*, Slg. 1999 II 753, Rz 50 ff.; siehe zum Auswirkungsprinzip eingehend Eckhard Rehinder in Immenga/Mestmäcker: Wettbewerbsrecht, Band 1. EG/Teil 1 Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 2007, 76 ff. Rz 1–39.

der Durchführung von Parallelexporten in die Schweiz trotz bestehendem vertraglichen Exportverbot informiert, hat die BMW AG nicht alles Notwendige vorgekehrt, damit die verantwortlichen Abteilungen, Organe und Angestellten das als kartellrechtlich problematisch angesehene Verhalten auflösten.<sup>260</sup>

344. BMW AG vertrat auch noch an der Anhörung vor der WEKO vom 26. März 2012 die Auffassung, [...]. Die alsdann kurz vor Verfahrensabschluss erfolgte Mitteilung an die Händler vermag jedoch die Gebietsabrede nicht zu beenden, es kann auf die zuvor gemachten Erwägungen verwiesen werden (vgl. Rz 104 ff.). Die BMW AG nahm somit einen Kartellrechtsverstoss zumindest in Kauf und hat damit ihre objektiven Sorgfaltspflichten verletzt. Die Frage der Vorwerfbarkeit des Verstosses gegen Art. 49a Abs. 1 KG ist zu bejahen.

345. Aus den dargelegten Gründen hat die BMW AG ihre objektiven Sorgfaltspflichten verletzt, indem sie mit ihren Vertriebspartnern im EWR Exportverbotsklauseln vereinbart hat, die den Wettbewerb in der Schweiz in unzulässiger Weise beschränken und diese umgesetzt hat. Die Frage der Vorwerfbarkeit des Verstosses gegen Art. 49a Abs. 1 KG ist somit zu bejahen.

#### B.4.1.2.5 Ergebnis

346. Zusammenfassend kann festgehalten werden,

- dass das vertragliche Exportverbot seit Januar 2003 besteht,
- dass man sich bei der BMW AG konzernintern zumindest seit dem 24. November 2005 bewusst war, dass sich das vertragliche Exportverbot nicht mit dem schweizerischen Kartellrecht vereinbaren lässt, weil dadurch sämtliche Verkäufe von BMW- und MINI-Neufahrzeugen in die Schweiz ausgeschlossen werden,
- dass das vertragliche Exportverbot aufgrund der grossen, durch das beträchtliche Arbitragepotenzial ausgelösten Nachfrage von Schweizer Endkunden nach BMW- und MINI-Neuwagen aus dem EWR, den Wettbewerb zumindest seit Oktober 2010 erheblich beeinträchtigt.

347. Folglich hat die BMW AG mit ihrem Verhalten den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG zumindest seit Oktober 2010 erfüllt und ist sie dafür zu sanktionieren.

#### B.4.2 Sanktionsbemessung

348. Rechtsfolge einer Verletzung von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag von bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG<sup>261</sup>). Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des Verstosses, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist (Art. 2 Abs. 1 SVKG).<sup>262</sup>

349. Im Folgenden wird zunächst die mögliche Maximalsanktion für die BMW AG bestimmt. Innerhalb des Sanktionsrahmens ist sodann der Basisbetrag gemäss Art. 3 SVKG festzusetzen. Schliesslich sind die Dauer und die Schwere des Verstosses sowie andere Strafzu-

messungskriterien (erschwerende und mildernde Umstände) nach SVKG angemessen zu berücksichtigen.

350. Trotz den gesetzlich vorgeschriebenen Kriterien handelt es sich bei der Sanktionsbemessung nicht um einen reinen Rechenvorgang, sondern um eine rechtliche und wirtschaftliche Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände.<sup>263</sup> Die effektive Höhe des Betrages wird nach den konkreten Umständen des Einzelfalles bemessen, wobei nach Art. 2 Abs. 2 SVKG stets auch dem Prinzip der Verhältnismässigkeit Rechnung zu tragen ist. Überdies ist die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung zu berücksichtigen, wobei auch subjektive Elemente gewürdigt werden können.

#### B.4.2.1 Maximalsanktion

351. Die Obergrenze des Sanktionsrahmens und somit die Maximalsanktion liegt bei 10 % des vom Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes (Art. 49a Abs. 1 KG). Der Unternehmensumsatz berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen, Art. 4 und 5 VKU<sup>264</sup> finden analoge Anwendung.<sup>265</sup>

352. Gemäss der BMW AG hat die BMW (Schweiz) AG mit Verkäufen von Neufahrzeugen der Marken BMW und MINI in der Schweiz in den Jahren 2008-2010 folgende Umsätze erzielt.<sup>266</sup>

<sup>260</sup> Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 f. E.8.2.2.1, Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO.

<sup>261</sup> Verordnung vom 12.3.2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung; SR 251.5).

<sup>262</sup> Vgl. z.B. RPW 2006/4, 661 Rz 234, *Flughafen Zürich AG (Unique)*.

<sup>263</sup> RPW 2006/4, 662 Rz 242, *Unique*, RPW 2007/2, 299 Rz 401, *Terminierung Mobilfunk*, RPW 2007/2, 235 Rz 320, *Publigroupe*.

<sup>264</sup> Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

<sup>265</sup> Erläuterungen zu Art. 3 SVKG abrufbar unter: <http://www.WEKO.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=de> (26.09.2011).

<sup>266</sup> Act. 126 Frage 2.

Tabelle 1: Umsätze BMW (Schweiz) AG 2008-2010 auf den relevanten Märkten

Umsätze <sup>267</sup> (CHF <sup>268</sup> )	2008	2009	2010	Total
<b>BMW</b>				
BMW (Schweiz) AG	[...]	[...]	[...]	[...]
<b>MINI</b>				
BMW (Schweiz) AG	[...]	[...]	[...]	[...]
<b>Total</b>	[...]	[...]	[...]	[...]

353. Laut Angaben der BMW AG haben auch die BMW AG Deutschland, die BMW M GmbH Deutschland sowie die BMW Belgium S.A., Belgien, Umsätze mit dem Verkauf von BMW- bzw. MINI-Neufahrzeugen in der Schweiz erzielt. Da es sich dabei allerdings um Umsätze aus Parallelexporten handelt, werden diese vorliegend nicht mit eingerechnet.<sup>269</sup>

354. Der Gesamtumsatz der BMW (Schweiz) AG mit Verkäufen von Neufahrzeugen der Marken BMW und MINI in der Schweiz im Zeitraum 2008 bis 2010 beträgt somit CHF [...].

355. Gemäss BMW AG sei für die Bestimmung des maximalen Basisbetrags auf den Umsatz auf den relevanten Märkten abzustellen. Nicht relevant seien von vornherein diejenigen Märkte, in welchen aufgrund der geringen Marktanteile von BMW AG keine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs und damit kein Verstoss gegen das Kartellrecht erfolgt sein könne. Weiter sei es nicht statthaft, dass für die Sanktionsbemessung pauschal auf die gesamten in der Schweiz erzielten Umsätze abgestellt und von einem maximalen Basisbetrag ausgegangen werde, welcher gleichzeitig auch der Maximalsanktion gemäss Art. 7 SVKG entspreche.

356. Entgegen der Auffassung von BMW AG stellt die WEKO für sämtliche Märkte (Kleinwagen, Untere Mittelklasse, Obere Mittelklasse, Oberklasse und Luxusklasse) eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung fest (vgl. Rz 310). Weiter dienen für die Berechnung der Maximalsanktion nicht sämtliche in der Schweiz erzielten Umsätze. Vielmehr wurde BMW AG nach den in der Schweiz in den Jahren 2008 bis 2010 erzielten Umsätzen mit Verkäufen von Neufahrzeugen der Marken BMW und MINI gefragt.<sup>270</sup> Die hierzu von BMW AG gelieferten Umsätze umfassen somit ausdrücklich nicht den After Sales oder sonstige in der Schweiz erzielten Umsätze.<sup>271</sup> Anlässlich der Anhörung bestätigten denn auch die Vertreter der BMW AG, dass die gelieferten Umsätzen sogenannte Net Sales von Neufahrzeugen an die Händler der Marken BMW und MINI in der Schweiz zum Gegenstand haben.<sup>272</sup> Die genaue Festsetzung des Maximalbetrages erübrigt sich vorliegend, da die auszufällende Sanktion ohnehin tiefer als 10 % des in den letzten drei Jahren erzielten Umsatzes auf den relevanten Märkten und somit auch tiefer als die Maximalsanktion zu stehen kommt.

357. Folglich beläuft sich die Maximalsanktion im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG in casu auf mindestens CHF [...].

358. Die einzelnen Ausführungen zur konkreten Sanktionsbemessung folgen im nächsten Abschnitt.

#### B.4.2.2 Konkrete Sanktionsberechnung

359. Die Sanktion bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen (Art. 2 Abs. 1 SVKG). Dabei ist zu beachten, dass der „Normalgewinn“ bereits im Basisbetrag enthalten ist.<sup>273</sup>

360. Bei der Festsetzung der Sanktion ist das Prinzip der Verhältnismässigkeit zu beachten (Art. 2 Abs. 2 SVKG).

361. Die KG-Sanktionsverordnung geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrag (Art. 3 SVKG) aus, der in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses (Art. 4 SVKG) anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen (Art. 5 und 6 SVKG) Rechnung getragen werden kann.

##### B.4.2.2.1 Basisbetrag

362. Der Basisbetrag beträgt je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG).

*Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf den relevanten Märkten)*

363. Vorliegend beträgt die obere Grenze des Basisbetrags somit CHF [...] (vgl. Rz 354).

<sup>267</sup> Act. 126 Frage 2.

<sup>268</sup> Die Wechselkurse sind: 2010: 1.3803; 2009: 1.5100; 2008: 1.5874.

<sup>269</sup> Act. 126 Frage 2.

<sup>270</sup> Act. 86 Frage 2 des Fragebogens.

<sup>271</sup> Act. 126 Frage 2.

<sup>272</sup> Act. 185, 20 f.

<sup>273</sup> Erläuterungen zu Art. 2 Abs. 1 SVKG (Fn 265).



### Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

364. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Art und Schwere des Verstosses festzusetzen. Gemäss den Erläuterungen zu Art. 3 SVKG ist beispielsweise eine horizontale Wettbewerbsabrede, welche gleichzeitig die drei wichtigsten Wettbewerbsparameter (Preis, Menge, Gebiet) einschränkt, in der Regel schwerer zu gewichten als eine reine Gebietsabrede. Allerdings wird die Möglichkeit, Direkt- und/oder Parallelimporte tätigen zu können, sowohl in der Praxis der WEKO<sup>274</sup> als auch in der Praxis der Europäischen Kommission<sup>275</sup> als besonders schutzwürdig angesehen..

365. Gemäss BMW AG seien die Umstände des Einzelfalles vorliegend nicht zutreffend berücksichtigt und daher der konkrete Basisbetrag unrichtig ermittelt worden. Ein – unterstellter, tatsächlich nicht vorliegender – geringfügiger Verstoss gegen das Kartellgesetz könne höchstens zu einer geringfügigen Sanktion führen. Schon die Botschaft zum KG bestätige, dass geringfügige Fälle mit einem Bussbetrag von lediglich symbolhaftem Charakter geahndet werden sollen.<sup>276</sup> BMW AG bestreitet das Vorliegen einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 1 KG. Selbst wenn eine solche Abrede vorliegen sollte, so wäre gemäss BMW AG höchstens von einem geringfügigen Verstoss auszugehen.<sup>277</sup>

366. Entgegen der Ansicht von BMW AG handelt es sich bei der Behinderung von Direkt- und Parallelimporten nicht um einen geringfügigen Verstoss gegen das Wettbewerbsrecht (vgl. Rz 364). Aufgrund der hohen Anzahl eingegangener Beschwerden in kurzer Zeit ist es BMW AG erwiesenermassen gelungen, die Exportverbotsklausel zumindest in diesen Fällen durchzusetzen. Aufgrund der im Automobilvertrieb sehr hohen Umsätze und der damit einhergehenden wichtigen volkswirtschaftlichen Bedeutung der Automobilbranche ist nicht von einem geringfügigen, sondern vielmehr von einem bedeutenden Fall auszugehen. Im Übrigen kann auf die zuvor gemachten Ausführungen verwiesen werden, wonach der Wettbewerb auf sämtlichen relevanten Märkten erheblich beeinträchtigt wurde (vgl. Rz 310).

367. Nach BMW AG sei bei der Bemessung der Sanktion auch der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen durch den Kartellrechtsverstoss erzielt habe, angemessen zu berücksichtigen. Sofern sich der mutmassliche Gewinn berechnen oder zumindest abschätzen lasse, dürfe er bei der Sanktionsbemessung nicht ausser Acht gelassen werden. Da lediglich in 16 Einzelfällen Beschwerden über eine Behinderung von Direktimporten durch Schweizer Kunden beim Sekretariat vorliegen, dem unstreitig hunderte von erfolgten Direktimporten sowie Importen über Tageszulassungen gegenüberstehen würden, sei zugleich ausgeschlossen, dass ein nachhaltiger Gewinn hieraus erwirtschaftet worden sei. Die Erläuterungen zur SVKG<sup>278</sup> sehe für Ausnahmefälle wie dem vorliegenden, in welchem kein Gewinn erzielt worden sei, ausdrücklich eine Sanktionsminderung vor. Mit Verweis auf den Entscheid der WEKO i.S. Publigroupe<sup>279</sup> bringt BMW AG vor, der schätzungsweise geringe mutmassliche Gewinn sei bei der Festsetzung der Sanktion angemessen zu berücksichtigen. Die festgesetzte Sanktion erweise sich daher auch im Lichte des

nicht existierenden oder wenigstens äusserst geringen Gewinns von BMW AG als bei weitem zu hoch.<sup>280</sup>

368. Dagegen ist zunächst einzuwenden, dass gemäss den Erläuterungen zur SVKG<sup>281</sup> die Gesetzesordnung entgegen der Auffassung der Verfügungsadressatin nicht als zwingende Vorschrift auszulegen ist. Konkret heisst dies, dass der Normalgewinn bereits im Basisbetrag enthalten ist. Lediglich für Ausnahmefälle, in welchen kein Gewinn erzielt wurde, kann die Wettbewerbsbehörde diesem Umstand im Sinne einer Sanktionsminderung Rechnung tragen. Nach den diesbezüglichen Leitlinien im Europäischen Wettbewerbsrecht für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen fehlt eine entsprechende Regelung für die Berücksichtigung einer inexistenten Kartellrente im Rahmen von mildernden Umständen.<sup>282</sup> Hingegen wird in den EU-Leitlinien ausdrücklich unter dem Aspekt eines Aufschlages zur Gewährleistung einer abschreckenden Wirkung (Rz 33) ausgeführt, dass die Geldbusse erhöht werden kann, damit ihr Betrag die aus der Zuwiderhandlung erzielten widerrechtlichen Gewinne übersteigt, *sofern diese Gewinne geschätzt werden können*. Eine Berücksichtigung des mutmasslichen Gewinns setzt somit voraus, dass dieser überhaupt ermittelt werden kann. Eine Kartellrente kann in der Praxis – insbesondere in Fällen von Gebietsschutzabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG – kaum je geschätzt, geschweige denn ermittelt werden.<sup>283</sup> Unabhängig davon vermag das von BMW AG vorgebrachte Argument, dass keine oder bloss eine äusserst geringe Kartellrente hätte abgeschöpft werden können, nicht zu überzeugen: Wie in Abschnitt B.3.2.2.1 ausführlich dargelegt, bestanden im Untersuchungszeitraum beträchtliche Arbitragepotenziale und der Wettbewerb wurde auf sämtlichen relevanten Märkten erheblich beeinträchtigt (vgl. Rz 310).

369. BMW AG bringt weiter vor, die zur Diskussion stehende Sanktion sei unverhältnismässig und unbillig. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit nach Art. 2 Abs. 2 SVKG und Art. 5 Abs. 2 BV erfordere, dass Verwaltungsverfahren auch im Wettbewerbsrecht zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und erforderlich seien. Ausserdem müsse der

<sup>274</sup> Vgl. RPW 2010/1, 112 Rz 359, *Gaba*; Verfügung Nikon AG vom 28 November 2011 (einsehbar unter: <http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>) (*Entscheide sind noch nicht rechtskräftig*).

<sup>275</sup> Vgl. Langen/Bunte - Nolte, Art. 81 N 525 ff.; PETER STOCKENHUBER, Art. 81 EGV, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union, München 2009.

<sup>276</sup> Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2001 2038.

<sup>277</sup> Act. 164 Rz 128 ff.

<sup>278</sup> Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung (SVKG), einsehbar unter:

<http://www.weko.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=de>.

<sup>279</sup> RPW 2007/2, 238 Rz 344, *Publigroupe*.

<sup>280</sup> Act. 164 Rz 136 ff.

<sup>281</sup> Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung (SVKG), einsehbar unter [www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch).

<sup>282</sup> Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, 2006/C 210/02, Rz 29 e contrario.

<sup>283</sup> Vgl. Verfügung *Nikon AG* vom 28 November 2011, Rz 557, einsehbar unter <http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de> (*Entscheid ist noch nicht rechtskräftig*).

angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den Belastungen stehen, die den Privaten auferlegt werden (Verhältnismässigkeit im engeren Sinne; vgl. BGE 136 I 17, 26 ff.). Eine Verwaltungsmassnahme habe mangels Erforderlichkeit zu unterbleiben, wenn eine gleich geeignete, aber mildere Massnahme für den angestrebten Erfolg ausreichen würde.<sup>284</sup> Kartellrechtliche Sanktionen hätten ihre präventive Wirkung erfüllt, wenn

die erwartete Sanktion höher ausfallen würde als der Netto-Nutzen aus einem Kartellverstoss. Im vorliegenden Fall sei BMW AG kein Nutzen aus dem behaupteten Kartellverstoss – einen solchen unterstellt – entstanden. Eine Sanktion im dreistelligen Millionenbereich sei demnach nicht erforderlich und verletze die Verhältnismässigkeit im engeren Sinne. Zwischen dem behördlichen Eingriff in die Rechtstellung der BMW AG und der Bedeutung der verfolgten öffentlichen Interessen bestünde keine angemessene Zweck-Mittel-Relation.

370. Wie bereits dargelegt, ist die Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips bei der Bemessung der Sanktion in Art. 2 Abs. 2 SVKG ausdrücklich vorgesehen (vgl. Rz 360). Ausdruck des Verhältnismässigkeitsprinzips sind daher letztlich auch die in Art. 49a Abs. 1 Satz 3 und 4 KG sowie in Art. 3 bis 7 SVKG vorgesehenen Bemessungskriterien: Einerseits das Abstellen auf den Umsatz auf den relevanten Märkten sowie auf die Art und Schwere des Verstosses, die Berücksichtigung der Dauer sowie von erschwerenden und mildernden Umständen und die Festlegung der maximalen Sanktion bei der Sanktionsberechnung stellen eine Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips dar.<sup>285</sup> Es würde dem Zweckgedanken des Kartellrechts zuwiderlaufen, wenn der Eingriff der WEKO den Marktaustritt eines gesunden Unternehmens zur Folge hätte, weil die Sanktion das Unternehmen etwa in Konkurs bringen würde.<sup>286</sup> Diesbezüglich macht BMW AG jedoch keine Angaben und es bestehen auch aufgrund der öffentlich zugänglichen Informationen keine Anhaltspunkte, wonach die Sanktion BMW AG in finanzielle Nöte bringen könnte.<sup>287</sup> Nach der ratio legis sollen die in Art. 49a KG vorgesehenen direkten Sanktionen die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern.<sup>288</sup> Die vorliegend vorgenommene Sanktionsberechnung bestimmt sich nach den in der Sanktionsverordnung vorgegebenen Leitlinien, trägt den Umständen des Einzelfalles Rechnung, nimmt gebührend Rücksicht auf das Verhältnismässigkeitsprinzip und stellt insgesamt sicher, dass die Sanktionsbemessung im Einzelfall nachvollziehbar ist.<sup>289</sup> Gemäss den vorliegenden Erwägungen stellt die auszufällende Sanktion die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicher und verhindert präventiv Wettbewerbsverstösse. Sie ist insgesamt erforderlich und hält auch einer Verhältnismässigkeitsprüfung im engeren Sinne stand.

371. BMW AG führt weiter aus, dass aus der parlamentarischen Beratung zum revidierten Kartellgesetz entnommen werden könne, dass Sanktionen vor allem für Wettbewerbsbehinderungen mit „grossem volkswirtschaftlichem Schaden“ vorgesehen seien. Ein nachhaltiger volkswirtschaftlicher Schaden sei aufgrund des unstrittig funktionierenden Interbrand-Wettbewerbs nach der ökonomischen Theorie ausgeschlossen.<sup>290</sup>

372. Zusammen mit der Möglichkeit zur Ausfällung direkter Sanktionen hat der Gesetzgeber anlässlich der Revision im Jahr 2003 Art. 5 Abs. 4 KG eingeführt. Damit hat der Gesetzgeber bewusst die beiden – auch in anderen Jurisdiktionen als besonders schwerwiegend erachteten – Typen von vertikalen Abreden (Gebietsabschottung und Preisbindung zweiter Hand) den drei „harten“ horizontalen Typen gleichgestellt, und zwar sowohl bezüglich Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung als auch der direkten Sanktionierbarkeit.<sup>291</sup> Er hat mit anderen Worten die Auswahl der schädlichsten Abredetypen auf fünf ausgedehnt, und zwar als abschliessende Aufzählung, aber ohne Unterscheidung zwischen horizontalen und vertikalen Abreden. Im Übrigen kann auf die zuvor gemachten Ausführungen verwiesen werden, wonach der Wettbewerb auf sämtlichen relevanten Märkten erheblich beeinträchtigt wurde (vgl. Rz 278 ff.).

373. BMW AG macht geltend, die vorgeschlagene Sanktion sei insgesamt unverhältnismässig und im Übrigen unzutreffend ermittelt. Gemäss BMW AG rechtfertige sich in Anbetracht der Geringfügigkeit des behaupteten Kartellrechtverstosses und unter Berücksichtigung des fehlenden Gewinns sowie in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips den Basisbetrag auf maximal 1 % des relevanten Umsatzes festzulegen.<sup>292</sup>

374. Unter Würdigung insbesondere folgender Umstände ist das Verhalten von BMW AG zumindest als mittelschwerer Verstoss gegen das Kartellgesetz einzustufen:

- Die Gebietsschutzabrede hat den wirksamen Wettbewerb auf den relevanten Märkten zwar nicht beseitigt, aber immerhin erheblich beeinträchtigt. Die WEKO zieht dabei in Erwägung, dass das Ausmass der quantitativen Auswirkungen in gewissen Märkten aufgrund geringerer Marktanteile kleiner war als auf anderen. Jedoch galt die Gebietsschutzabrede für alle relevanten Märkte gleichermassen;
- Die Exportverbotsklausel umfasste sämtliche BMW- bzw. MINI-Händler im EWR. Eine Ausweichmöglichkeit auf andere – vom Exportverbot nicht betroffene – Händler im EWR bestand somit für einen Endkonsumenten oder Parallelhändler aus der Schweiz nicht;

<sup>284</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., 2010, 591.

<sup>285</sup> TAGMANN, (Fn 247), 176.

<sup>286</sup> Vgl. Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung (SVKG), siehe Fn 265.

<sup>287</sup> Gemäss Jahresbericht 2011 hat die BMW AG seit 2009 kontinuierlich mehr Umsatz und auch ein deutlich besseres Ergebnis vor Steuern erzielt, der Jahresbericht 2011 ist einsehbar unter: <http://geschaeftsbericht2011.bmwgroup.com/bmwgroup/annual/2011/gb/German/pdf/bericht2011.pdf>.

<sup>288</sup> Vgl. dazu Botschaft KG 2003 (Fn 230), 2023, 2033 f., 2041 und 2049.

<sup>289</sup> Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 364 E. 8.3.1 und 366 E. 8.3.7, Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO.

<sup>290</sup> Act. 164 Rz 141 ff.

<sup>291</sup> Vgl. ROGER ZÄCH (Fn 212), 214 Rz 445 f.; BSK-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 75), Art. 5 KG N 8 f.

<sup>292</sup> Act. 164 Rz 150.

- Direkt- und/oder Parallelimporte haben unter Umgehung der Gebietsschutzabrede zwar stattgefunden, aber ohne die Gebietsschutzabrede wären die Direkt- und/oder Parallelimporte höher ausgefallen. Im Vergleich zu anderen Marken fanden Direkt- und/oder Parallelimporte in einem sehr geringen Ausmass statt;
- Die Preisdifferenz für BMW- bzw. MINI-Neufahrzeuge war in der Schweiz im Vergleich zum Ausland zumindest seit Oktober 2010 dauerhaft signifikant. Das beträchtliche Arbitragepotenzial konnte infolge des Exportverbotes nicht ausgeschöpft werden;
- Die BMW AG war sich konzernintern spätestens seit dem 24. November 2005 bewusst, dass sich der EWR-Händlervertrag nicht mit dem schweizerischen Kartellrecht vereinbaren lässt. Trotz dieses Wissens traf die BMW AG keine Vorkehrungen, um ihr Verhalten anzupassen.

375. Unter Berücksichtigung der vorgenannten rechtlichen und wirtschaftlichen Umstände sowie der Begebenheiten des konkreten Falles rechtfertigt es sich, den Basisbetrag der Sanktion im vorliegenden Fall gemäss Art. 3 SVKG auf [4-7] % des Umsatzes festzusetzen, den die BMW Group in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat.<sup>293</sup> Der Basisbetrag beträgt somit CHF [...].

#### B.4.2.2.2 Dauer des Verstosses

376. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50 %, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10 % möglich.

377. Für die Abgrenzung der Dauer des Verstosses ist vorliegend Folgendes zu berücksichtigen:

- Das vertragliche Exportverbot in den EWR-Händlerverträgen der BMW AG besteht seit Januar 2003.
- Es war stets geeignet, Direktimporte von BMW- und MINI-Neuwagen in die Schweiz zu beschränken.
- Zumindes seit dem 24. November 2005 war man sich bei der BMW AG konzernintern bewusst, dass sich das vertragliche Exportverbot nicht mit dem schweizerischen Kartellrecht vereinbaren lässt.
- Zumindes seit Oktober 2010 bestand ein beträchtliches Arbitragepotenzial in Bezug auf Direktimporte von BMW- und MINI-Neuwagen aus dem EWR in die Schweiz. Die Nachfrage von Schweizer Endkunden nach BMW- und MINI-Neuwagen aus dem EWR war dementsprechend gross und konnte infolge des vertraglichen Exportverbotes nicht gedeckt werden. Folglich hat das Exportverbot den Wettbewerb auf den relevanten Märkten im Zeitraum seit Oktober 2010 erheblich beeinträchtigt.

378. Aus den genannten Gründen hat die BMW AG mit ihrem Verhalten den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG

zumindest seit Oktober 2010 erfüllt und ist sie dafür zu sanktionieren. Daher ist vorliegend kein Zuschlag für die Dauer des Verstosses zu erheben.

#### B.4.2.2.3 Erschwerende und mildernde Umstände

379. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und Art. 6 SVKG zu berücksichtigen. Bei mildernden Umständen, insbesondere wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats, spätestens aber vor der Eröffnung eines Verfahrens nach den Art. 26–30 KG beendet, wird der Sanktionsbetrag vermindert (Art. 6 Abs. 1 SVKG).

380. BMW AG bringt vor, mildernd müsse insbesondere auch die Kooperation des betroffenen Unternehmens während des Verfahrens berücksichtigt werden. Dies gelte nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und der WEKO selbst in denjenigen Fällen, wo die Kooperationsbereitschaft erst kurz vor Abschluss der Untersuchung, mithin erst nach Zustellung des Antrages entstanden ist. Nach Ansicht von BMW AG sei der Basisbetrag infolge ihrer Kooperationsbereitschaft um 50 % zu kürzen.

381. Dagegen ist zunächst festzuhalten, dass BMW AG weder eine Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG eingereicht noch ihre Verhaltensweise nach Eröffnung der Untersuchung aufgegeben hat. Die Frage des Sekretariats, ob die BMW AG den Händlern im EWR in irgendeiner Form (mündlich oder schriftlich) mitgeteilt habe, dass die Exportverbotsklausel in den europäischen Vertriebsverträgen im Verkehr mit Schweizer Kunden nicht gelte, haben die Vertreter der BMW AG verneint (vgl. Rz 149). Die erst nach der Anhörung vor der WEKO und somit kurz vor Verfahrensabschluss erfolgte Mitteilung an die Händler vermochte die Gebietsabrede nicht zu beenden, es kann auf die zuvor gemachten Erwägungen verwiesen werden (vgl. Rz 104 ff. und Rz 150). Eine über die allgemeine Auskunftspflicht nach Art. 40 KG hinausgehende Kooperation von BMW AG während des Verfahrens konnte nicht festgestellt werden. Es wurde auch keine einvernehmliche Regelung über die Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung für die Zukunft abgeschlossen.<sup>294</sup> Die Kooperation von BMW AG während des Verfahrens ist insgesamt als neutral zu bezeichnen und lag im Rahmen ihrer gesetzlichen Pflichten.

382. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass BMW AG sowie ihre schweizerische Tochtergesellschaft – entgegen der Behauptung – die Vertriebsverträge nicht aufgrund besonderer Compliance-Bemühungen überprüfen liessen. Anlässlich der Anhörung vor der WEKO liess

<sup>293</sup> Vgl. RPW 2010/1, 111 f. Rz 358 ff., *Gaba (Entscheid ist noch nicht rechtskräftig)*.

<sup>294</sup> Im Fall *Baubeschläge* hielt die WEKO u.a. fest, dass sie inskünftig einvernehmliche Regelungen, welche zu einem späten Zeitpunkt im Verfahren erfolgen, ohnehin nicht mehr genehmigen werde, weil dies nicht dem Sinn und Zweck des Instrumentes entspreche. In casu erachtete die WEKO eine Reduktion in der Höhe von 3 % der Sanktion als angemessen; RPW 2010/4, 765 Rz 430, *Baubeschläge (Entscheid ist noch nicht rechtskräftig)*.

BMW AG verlauten, die Prüfung des EWR Händlervertrags durch die Europäische Kommission und auch die erfolgte Meldung des Schweizer Händlervertrages an die Wettbewerbsbehörden in der Schweiz würden die fortlaufenden Compliance-Bemühungen von BMW AG belegen, den Rechtsordnungen der jeweiligen Märkte gerecht zu werden. BMW AG habe sich nachweisbar stets um kartellrechtliche Compliance bemüht.<sup>295</sup>

383. Zunächst ist festzuhalten, dass die Meldung an die Wettbewerbsbehörden in der Schweiz in Anwendung der Übergangsregelung von Ziffer 18 Abs. 2 KFZ-Bekanntmachung und den Schlussbestimmung zur Änderung vom 20. Juni 2003 des Kartellgesetzes erfolgte. Nahezu alle KFZ-Hersteller resp. Importeure liessen nach der Kartellgesetzrevision und der Einführung direkter Sanktionen ihre Vertriebsverträge vom Sekretariat der WEKO überprüfen. Die Bemühung der Tochtergesellschaft von BMW AG war folglich vergleichbar mit den Bemühungen anderer KFZ-Hersteller. Der Umstand, wonach BMW AG trotz Kenntnis der kartellrechtlichen

Problematik im Zusammenhang mit der Beschränkung von Direkt- und Parallelimporten die Verträge im EWR nicht anpasste (vgl. Rz 342 f.), zeugt eben gerade nicht von ausreichenden Bemühungen, sich zumindest an die Rechtsordnung in der Schweiz im Bereich des Wettbewerbsrechts zu halten. Im Übrigen erfolgte die Prüfung des EWR Händlervertrags durch die Europäische Kommission nicht infolge von Compliance-Bemühungen seitens BMW AG sondern im Rahmen einer Untersuchung, welche infolge einer Beschwerde des Europäischen BMW-Händlerverbandes eingeleitet wurde.<sup>296</sup> Von ausreichenden Bemühungen, sich kartellrechtlich konform zu verhalten, ist somit vorliegend nicht auszugehen und auch nicht mildernd zu berücksichtigen.

384. Es liegen somit keine erschwerenden und auch keine mildernden Umstände vor.

#### B.4.3 Ergebnis

385. Die nachfolgende Tabelle fasst die Bussenberechnung für die BMW Group zusammen:

386. Tabelle 2: Bussenberechnung

Werte in CHF	Zeitperiode			
	2008	2009	2010	Total
Gesamtumsatz auf den relevanten Märkten in der Schweiz	[...]	[...]	[...]	[...]
Maximalsanktion (mindestens)				[...]
Maximaler Basisbetrag: 10 %				[...]
Art und Schwere des Verstosses: -[3-6] %				[...]
Basisbetrag (Art. 3 SVKG) [4-7] %				[...]
Dauer: +xx % (Art. 4 SVKG)				[...]
Betrag nach Art. 3 und 4 SVKG				[...]
Erschwerende Umstände: +xx%				[...]
Mildernde Umstände: -xx%				[...]
Total				156'868'150

387. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände und aller genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die WEKO eine Verwaltungssanktion in Höhe von CHF 156'868'150 als dem Verstoss der BMW AG gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen.

#### C Kosten

388. Nach Art. 2 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung<sup>297</sup> ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

389. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder wenn sich die Parteien unter-

ziehen. Vorliegend wurde eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung nachgewiesen, weshalb eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressatin zu bejahen ist.

<sup>295</sup> Act. 176, 9; Act. 185, 8.

<sup>296</sup> Vgl. Pressemitteilung der EU-Kommission vom 13. März 2006, Wettbewerb: Kommission begrüsst Änderung an BMW-Vertriebs- und Serviceverträgen, einsehbar unter <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/302&format=HTML&aged=1&language=DE&guiLanguage=en>.

<sup>297</sup> Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

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

- 76.42 Stunden zu CHF 130.–, ergebend CHF 9934.60;
- 943.66 Stunden zu CHF 200.–, ergebend CHF 188'732.–;
- 4.5 Stunden zu CHF 250.–, ergebend CHF 1125.–;
- 21 Stunden zu CHF 290.–, ergebend CHF 6090.–.

392. Die Verfahrenskosten betragen somit insgesamt CHF 205'881.60 Sie gehen vollumfänglich zu Lasten der BMW AG.

## D Ergebnis

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

- Das vertragliche Exportverbot zwischen der BMW AG (München) und ihren Vertragshändlern im EWR mit Ausnahme des Fürstentums Liechtenstein stellt eine unzulässige Gebietsabrede nach Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG dar.
- Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann durch den vorhandenen Interbrand-Wettbewerb umgestossen werden.
- Die Gebietsschutzabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG beeinträchtigt den Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG allerdings erheblich.
- Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG liegen nicht vor.

Es handelt sich somit um eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG, welche nach Art. 49a Abs. 1 KG sanktionierbar ist.

394. Vor diesem Hintergrund ist der BMW AG gestützt auf Art. 30 Abs. 1 KG zu untersagen, ihre Vertragshändler im EWR vertraglich oder mit anderen Massnahmen davon abzuhalten, BMW- und MINI-Neufahrzeuge in die Schweiz zu exportieren. Weiter ist die BMW AG zu verpflichten, ihre Vertragshändler im EWR schriftlich zu informieren, dass sie BMW- und MINI-Neufahrzeuge in die Schweiz exportieren dürfen. BMW AG hat zu veranlassen, dass die Exportverbotsklausel in Ziff. 1.5 des EWR-Händlervertrags sowie die Bezugsklausel in Ziff. 6.2 des schweizerischen Händlervertrags entsprechend angepasst werden.

395. Die BMW AG ist mit einer Verwaltungssanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG in Höhe von CHF 156'868'150 zu belegen und ihr sind die Verfahrenskosten im Umfang von CHF 205'881.60 aufzuerlegen

## E Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Es wird festgestellt, dass das vertragliche Exportverbot zwischen der BMW AG (München) und ih-

391. Der Zeitaufwand der Untersuchung beläuft sich auf insgesamt 1045.58 Stunden, welcher gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter nach folgenden Stundenansätzen verrechnet wird:

ren Vertragshändlern im EWR mit Ausnahme des Fürstentums Liechtenstein eine unzulässige Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG darstellt.

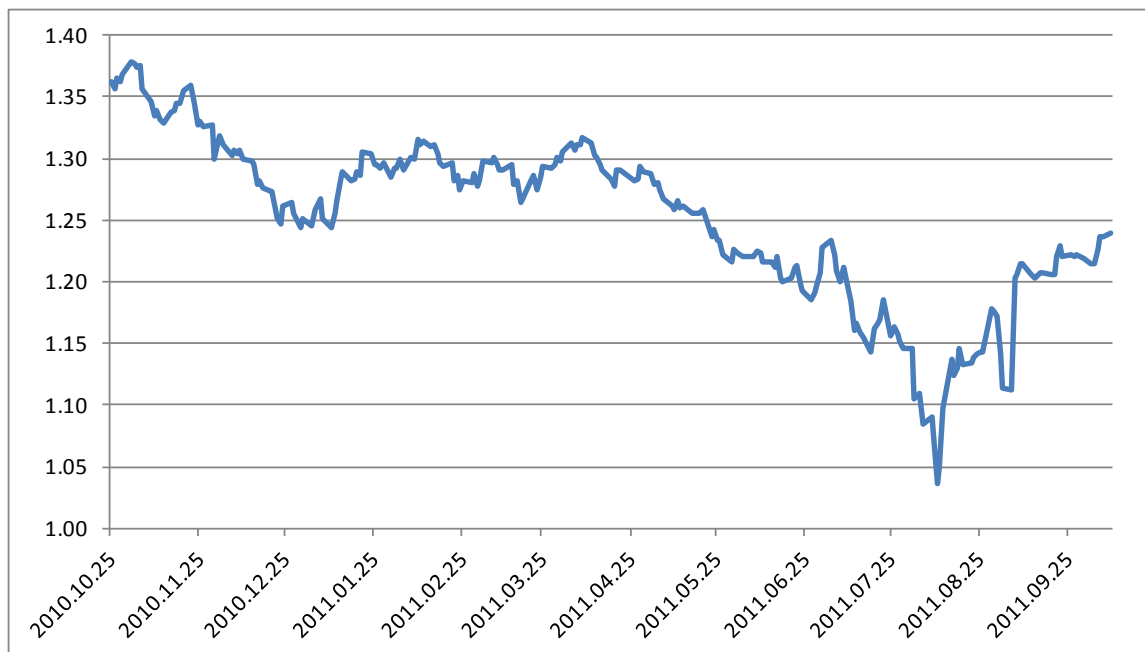
2. Der BMW AG (München) wird untersagt, ihre Vertragshändler im EWR vertraglich oder mit anderen Massnahmen davon abzuhalten, BMW- und MINI-Neufahrzeuge in die Schweiz zu exportieren. Daher hat die BMW AG ihre Vertragshändler im EWR schriftlich zu informieren, dass sie BMW- und MINI-Neufahrzeuge in die Schweiz exportieren dürfen und hat zu veranlassen, dass die Exportklausel in Ziff. 1.5 des EWR-Händlervertrags sowie die Bezugsklausel in Ziff. 6.2 des schweizerischen Händlervertrags entsprechend angepasst werden.
3. Die BMW AG (München) wird gemäss Art. 49a Abs. 1 KG für die unzulässige Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG mit einem Betrag von CHF 156'868'150 belastet.
4. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 KG belegt werden.
5. Die Verfahrenskosten belaufen sich insgesamt auf CHF 205'881.60. Sie werden vollumfänglich der BMW AG auferlegt.
6. Die Verfügung ist zu eröffnen an:  
Bayerische Motoren Werke Aktiengesellschaft,  
München, vertreten durch [...].

[Rechtsmittelbelehrung]

## F ANHÄNGE

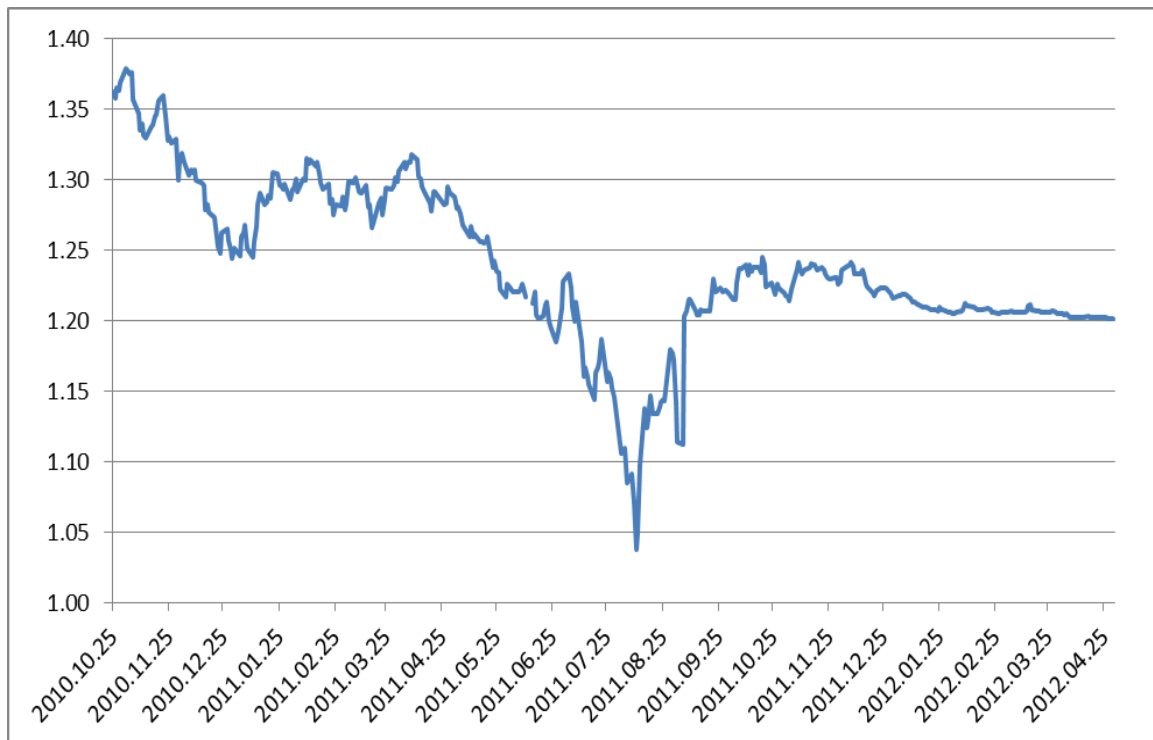
## ANHANG I

Wechselkurs EUR/CHF  
Zeitraum 25.10.2010-10.10.2011  
Höchster Wert: 1.38/Tiefster Wert: 1.04  
Durchschnitt: 1.25



Quelle: Schweizerische Nationalbank (SNB),  
[http://www.snb.ch/fr/i/about/stat/statpub/zidea/id/current\\_interest\\_exchange\\_rates/3](http://www.snb.ch/fr/i/about/stat/statpub/zidea/id/current_interest_exchange_rates/3) (10.10.2011)

ANHANG I bis  
Wechselkurs EUR/CHF  
Zeitraum 25.10.2010-30.04.2012



Quelle: Schweizerische Nationalbank (SNB)  
[http://www.snb.ch/fr/i/about/stat/statpub/zidea/id/current\\_interest\\_exchange\\_rates/3](http://www.snb.ch/fr/i/about/stat/statpub/zidea/id/current_interest_exchange_rates/3) (16.05.2012)

ANHANG II (aktualisiert)  
Preisvergleich<sup>298</sup> BMW Schweiz-Deutschland 2011

BMW Modelle	Preis Schweiz (CHF)	Preis Deutschland (EUR)	Preis Deutschland (CHF) (Wechselkurs 1.04) inkl. Steuer	Preis Deutschland (CHF) (Wechselkurs 1.38) inkl. Steuer	Preisunterschied (CHF) (Wechselkurs 1.04)	Preisunterschied (CHF) (Wechselkurs 1.38)	Unterschied % (Wechselkurs 1.04)	Unterschied % (Wechselkurs 1.38)	Preis Deutschland (CHF) (Durschnittlicher Wechselkurs 25.10.2010-10.10.2011: 1.25) inkl. Steuer	Preisunterschied (CHF) (Durschnittliche Wechselkurs 1.25)	Unterschied % (Durschnittliche Wechselkurs 1.25)
118i (5-Türer)	34'167	20'840	22'541	29'910	11'626	4'257	34%	12%	27'092	7'075	21%
120d (5-Türer)	39'167	24'202	26'177	34'734	12'990	4'433	33%	11%	31'462	7'705	20%
318i	39'815	24'328	26'313	34'915	13'502	4'900	34%	12%	31'626	8'189	21%
330i	56'481	34'202	36'993	49'086	19'488	7'395	35%	13%	44'462	12'019	21%
528i	61'944	37'479	40'537	53'790	21'407	8'154	35%	13%	48'723	13'221	21%
550i	98'056	59'496	64'351	85'388	33'705	12'668	34%	13%	77'345	20'711	21%
X5 xDrive35i	80'093	46'387	50'172	66'574	29'921	13'519	37%	17%	60'303	19'790	25%
X5 xDrive50i	103'333	62'017	67'077	89'007	36'256	14'326	35%	14%	80'622	22'711	22%
740i	110'741	66'891	72'349	96'002	38'392	14'739	35%	13%	86'958	23'783	21%
760Li	200'926	122'437	132'428	175'722	68'498	25'204	34%	13%	159'168	41'758	21%

Quelle: Erhebung des Sekretariats basierend auf Preislisten BMW Schweiz 2011 (<http://www.bmw.ch/ch/de/index.html>) und BMW Deutschland 2011 (<http://www.bmw.de/de/de/index.html>).

<sup>298</sup> Die Preise verstehen sich exklusive Mehrwertsteuer. Die deutschen Preise verstehen sich inklusive schweizerischer Autoimportsteuer (4 % des Fahrzeugwerts). Weil Personenwagen aus EU- und EFTA-Ländern zollfrei eingeführt werden können, wenn ein Ursprungsnachweis vorgelegt wird, wurden keine Zolltarife berücksichtigt.



ANHANG III (aktualisiert)  
Preisvergleich<sup>299</sup> MINI Schweiz-Deutschland 2011

Segment	MINI Modelle	Preis Schweiz (CHF)	Preis Deutschland (EUR)	Preis Deutschland (CHF) (Wechselkurs 1.04) inkl. Steuer	Preis Deutschland (CHF) (Wechselkurs 1.38) inkl. Steuer	Preisunterschied (CHF) (Wechselkurs 1.04)	Preisunterschied (CHF) (Wechselkurs 1.38)	Unterschied % (Wechselkurs 1.04)	Unterschied % (Wechselkurs 1.38)	Preis Deutschland (CHF) (Durschnittlicher Wechselkurs 25.10.2010-10.10.2011: 1.25) inkl. Steuer	Preisunterschied (CHF) (Durschnittliche Wechselkurs 1.25)	Unterschied % (Durschnittliche Wechselkurs 1.25)
Kleinwagen	MINI One 55 KW	20'231	13'067	14'134	18'754	6'098	1'477	30%	7%	16'987	3'244	16%
	MINI Cooper	24'352	16'429	17'769	23'578	6'583	774	27%	3%	21'357	2'995	12%
	MINI Cooper S	31'343	19'874	21'496	28'523	9'847	2'820	31%	9%	25'836	5'506	18%
	MINI John Cooper Works	38'519	24'286	26'267	34'855	12'251	3'664	32%	10%	31'571	6'947	18%
	MINI Cooper S Coupé	33'333	21'261	22'995	30'513	10'338	2'820	31%	8%	27'639	5'695	17%
	MINI Cooper S Cabrio	36'528	23'319	25'222	33'468	11'306	3'060	31%	8%	30'315	6'213	17%
	MINI Cooper S Clubman	33'704	21'429	23'177	30'754	10'527	2'949	31%	9%	27'857	5'847	17%
	MINI Cooper S Countryman	34'167	22'101	23'904	31'719	10'262	2'448	30%	7%	28'731	5'436	16%

Quelle: Erhebung des Sekretariats basierend auf Preisliste MINI Schweiz 2011 ([http://www.mini.ch/fr/model\\_filter/index.html](http://www.mini.ch/fr/model_filter/index.html)), Preisliste MINI Deutschland 2011 ([http://www.mini.de/model\\_filter/index.html](http://www.mini.de/model_filter/index.html))

<sup>299</sup> Die Preise verstehen sich exklusive Mehrwertsteuer. Die deutschen Preise verstehen sich inklusive schweizerischer Autoimportsteuer (4 % des Fahrzeugwerts). Weil Personenwagen aus EU- und EFTA-Ländern zollfrei eingeführt werden können, wenn ein Ursprungsnachweis vorgelegt wird, wurden keine Zolltarife berücksichtigt.

ANHANG IV (Erster Teil)  
Marken die sich mit BMW in Konkurrenz sehen

	Konkurrent 1 BMW	Konkurrent 2 BMW	Konkurrent 3 BMW	Konkurrent 4 BMW	Konkurrent 5 BMW
	<i>Untere Mittelklasse</i>				
<b>Audi</b>					
<b>Mercedes</b>					
<b>Saab</b>					
<b>Volvo</b>					
	<i>Obere Mittelklasse</i>				
<b>Audi</b>					
<b>Mercedes</b>					
<b>Saab</b>					
<b>Volvo</b>					
<b>VW</b>					

Erhebung des Sekretariats

Quelle: Antworten der Importeure auf den Fragebogen

(Lesebeispiel: Im Markt „Untere Mittelklasse“ hat Audi die Marke BMW als wichtigste Konkurrenzmarke genannt. Mercedes erachtet BMW als die zweitwichtigste Konkurrenzmarke in diesem Markt.)

ANHANG IV (Zweiter Teil)  
 Marken die sich mit BMW in Konkurrenz sehen

	Konkurrent 1 BMW	Konkurrent 2 BMW	Konkurrent 3 BMW	Konkurrent 4 BMW	Konkurrent 5 BMW
	<i>Oberklasse</i>				
Audi					
Hyundai					
Mercedes					
Nissan					
VW					
Volvo					
Citroën					
	<i>Luxusklasse</i>				
Audi					
Mercedes					
Nissan					
VW					
Maserati					

Erhebung des Sekretariats

Quelle: Antworten der Importeure auf den Fragebogen

## ANHANG V

## Marktanteile nach Marken im Markt „Kleinwagen“

[...]

Erhebung des Sekretariats

Quelle: Immatrikulationen von neuen Personenwagen (CH+FL), Auto-Schweiz

## ANHANG VI

## Marktanteile nach Marken im Markt „Untere Mittelklasse“

[...]

Erhebung des Sekretariats

Quelle: Immatrikulationen von neuen Personenwagen (CH+FL), Auto-Schweiz (Act. 181)

## ANHANG VII

## Marktanteile nach Marken im Markt „Obere Mittelklasse“

[...]

Erhebung des Sekretariats

Quelle: Immatrikulationen von neuen Personenwagen (CH+FL), Auto-Schweiz (Act. 181)

## ANHANG VIII

## Marktanteile nach Marken im Markt „Oberklasse“

[...]

Erhebung des Sekretariats

Quelle: Immatrikulationen von neuen Personenwagen (CH+FL), Auto-Schweiz (Act. 181)

## ANHANG IX

## Marktanteile nach Marken im Markt „Luxusklasse“

[...]

Erhebung des Sekretariats

Quelle: Immatrikulationen von neuen Personenwagen (CH+FL), Auto-Schweiz (Act. 181)



## ANHANG X

## Marktanteilsentwicklung im Markt „Kleinwagen“ 2006-2011

(Erhebung des Sekretariats, Quelle: Immatrikulationen von neuen Personenwagen (CH+FL), Auto-Schweiz)

[...]

## ANHANG XI

## Marktanteilsentwicklung im Markt „Untere Mittelklasse“ 2006-2011

(Erhebung des Sekretariats, Quelle: Immatrikulationen von neuen Personenwagen (CH+FL), Auto-Schweiz)

[...]

## ANHANG XII

Marktanteilsentwicklung im Markt „Obere Mittelklasse“ 2006-2011

(Erhebung des Sekretariats, Quelle: Immatrikulationen von neuen Personenwagen (CH+FL), Auto-Schweiz)

[...]

## ANHANG XIII

## Marktanteilsentwicklung im Markt „Oberklasse“ 2006-2011

(Erhebung des Sekretariats, Quelle: Immatrikulationen von neuen Personenwagen (CH+FL), Auto-Schweiz)

[...]

## ANHANG XIV

## Marktanteilsentwicklung im Markt „Luxusklasse“ 2006-2011

(Erhebung des Sekretariats, Quelle: Immatrikulationen von neuen Personenwagen (CH+FL), Auto-Schweiz)

[...]

ANHANG XV  
Übersicht Anzeigen

Nr.	Act.	Datum	Anzeige	Kauf-anfrage abgelehnt	Mit Hinweis auf Weisung BMW
1	1	12.10.2010	Ein Vertragshändler von BMW/Mini Neufahrzeugen im <b>grenznahen Ausland</b> verweigert mir den Verkauf eines Neuwagens mit dem Hinweis, dass er dieses <b>nicht tun dürfe weil der Hersteller sicherstellen will dass der Schweizer Markt nicht konkurrenziert wird.</b>	1	
2	4	19.10.2010	Da ich im Sarganserland wohnhaft bin, habe ich ebenfalls versucht, im angrenzenden <b>Vorarlberg</b> (Österreich) sowie in Lindau einen BMW zu kaufen, mit folgenden Antworten: Österreich: <b>untersagt</b> , Fahrzeuge in die Schweiz zu liefern Lindau: Fahrzeug muss zuerst 6 Monate in Deutschland zugelassen werden.	1	
3	5	19.10.2010	Ich selber habe mich beim Autohaus [...] ( <b>Vorarlberg</b> ) am 11. September für den Kauf eines BMW interessiert. Dabei wurde mir klar gesagt, dass man nicht bereit sei, die <b>BMW interne Busse zu bezahlen</b> , falls man mir ein Auto verkaufen würde, welches eine Erstzulassung in der Schweiz hätte (Occasion wäre kein Problem). Deshalb sei ein Verkauf an mich ausgeschlossen.	1	1
4	7	20.10.2010	Ich kann bestätigen, dass BMW den Import von Neufahrzeugen behindert. Ich werde im Januar einen Mini Cooper S (BMW) in <b>Deutschland</b> kaufen (bereits bestellt und Vertrag unterzeichnet). Damit der Händler die <b>Sanktionen des Konzerns</b> umgehen kann, muss er das Fahrzeug für einen Monat in Deutschland einlösen. De facto kaufe ich also ein Occasionsfahrzeug mit einer verminderten Garantieleistung von einem Monat (nur noch 23 Monate).	1	1
5	8	21.10.2010	Ich habe mich gerade kürzlich bei <b>BMW in England</b> um den Kauf eines Minis bemüht und man hat mir erklärt, dass man mir <b>kein Fahrzeug verkaufen kann</b> und dass ich mich an die lokale Vertretung wenden soll. Da ich diese Diskriminierung basierend auf Nationalität nicht erdulden wollte ergab sich ein Emailverkehr, den ich Ihnen nicht vorenthalten möchte. Anfänglich wurde der Versuch gemacht, mich mit der "die Schweiz ist nicht in der EU"-Ausrede abzuservieren, dann stellte sich nach eigener Recherche ins das Personal Export Scheme und bei erneuter Nachfrage heraus, dass BMW eine entsprechende interne Weisung ausgegeben hat, so dass Schweizer im EU Raum keine BMW/Minis kaufen können, sondern sich an die überteuerten lokalen Händler wenden sollen. Ich erachte dies als nicht akzeptable zumal Audi und Jaguar mir auf Anfrage bestätigten, dass ich von ihnen problemlos ein Fahrzeug in England kaufen und in die Schweiz ausführen könne. BMW fährt da also ein eigene Schiene.	1	1
6	11	22.10.2010	Grüezi, ich möchte gerne in <b>Deutschland</b> einen BMW-Neuwagen kaufen. Alle bisherigen BMW-Händleranfragen hatten das gleiche Ergebnis: <b>BMW verbietet den Händlern eine Lieferung an Kunden aus der Schweiz.</b>	1	1
7	15	26.10.2010	Beim BMW <b>Motorrad-Händler</b> Gottstein in Bad Säckingen dürfen nur zugelassene " <b>Vorführräder</b> " an Schweizer Kunden verkauft werden. Der Verkäufer Herr Stuppi hat mir dieses berichtet. Ich darf also kein neues Fahrzeug ohne Zulassung kaufen, sondern nur ein Fahrzeug dass auf BMW Gottstein für ca. 2 Monate zugelassen war.	1	1

8	16	26.10.2010	Bin auch einer jener „Bösen“, welche einen BMW dieses Jahr importiert haben. Dabei hatte ich grosse Probleme zu bewältigen zwischen: Strassenverkehrsamt SG, <b>BMW Schweiz</b> , Astra betreffend der Typengenehmigung. Obwohl unter TCS.ch die Energieeffizienz – Kategorie für Fahrzeuge einsichtbar ist, nebst Werbung und Verkaufsunterlagen schaltet das Strassenverkehrsamt SG auf stur. Ich musste darum zur Erkenntnis gelangen, dass das Strassenverkehrsamt SG nicht für mich arbeitet sondern im Gegenteil, mir Knüppel in den Weg legt wo es nur geht. Die Garagisten zählen auf dieses Bollwerk.		
9	17	26.10.2010	Ich hatte mich im Herbst für ein neues BMW <b>Motorrad</b> interessiert und der deutsche Händler an der Grenze hat mir klar erklärt er dürfe nur gebrauchte Fahrzeuge an Schweizer Kunden verkaufen. Eine später gesandte Anfrage von mir an diesen Händler, dass ich nur an einem Neufahrzeug interessiert bin, blieb dann sogar unbeantwortet...	1	1
10	18	27.10.2010	Ich habe via <b>Automobilagentur</b> [...] in Freiburg einen BMW 330 Touring bestellt (konfiguriertes Neufahrzeug). Der Agent hat dieses Fahrzeug in meinem Auftrag bei einem autorisierten Vertragshändler von BMW [...] bestellt. Vom Vertragshändler erhielt ich den Kaufvertrag (Lieferfrist: Dezember) mit der Bestellnummer 125560. Ich habe unverzüglich eine Anzahlung von EUR 15000.- geleistet (Gesamtkaufpreis: EUR 54463.-) und alle Vertragsdokumente unterzeichnet. Am 26.10. wurde ich von meinem Agenten [...] telefonisch unterrichtet, dass dem BMW-Vertragshändler [...] seitens der Zentrale <b>untersagt wurde dieses Fahrzeug (trotz Vertrag und Anzahlung) in die Schweiz auszuliefern</b> . Wie weiter.....?	1	1
11	19/156	27.10.2010	Anbei die Antwort <b>aus Lindau</b> auf unsere Anfrage für einen <b>Autokauf BMW X3 in Deutschland</b> : Von: [...]@bmw-[...]de Gesendet: Dienstag, 31. August 2010 12:11 An: ... Betreff: Angebotsanfrage BMX X3 Sehr geehrter Herr ...vielen Dank für Ihre Anfrage auf einen BMW X3. Leider muss ich Ihnen mitteilen, dass es uns nicht möglich ist einen Neuwagen in die Schweiz zu liefern, <b>weil dieses durch die BMW AG untersagt ist</b> . Gerne hätte ich Ihnen ein Angebot erstellt, leider ist dieses aber wie beschrieben nicht möglich	1	1
12	20	27.10.2010	Vor ca. drei Wochen haben Kollegen und ich die Erfahrung auch mit BMW <b>Motorrädern</b> gemacht. Wir wollen in Deutschland BMW Motorräder auf Grund des positiven Eurokurses kaufen. Leider erhielten wir bei allen angefragten BMW-Händlern eine Absage, da sie keine BMW Motorräder an Schweizer verkaufen dürfen.	1	1
13	23	27.10.2010	Im Anhang den konkreten Fall einer Verhinderung eines Importes von Neufahrzeug BMW. Gerne würde ich einen <b>BMW X5</b> von <b>Deutschland</b> importieren. Die Preisunterschiede sind gross und zurzeit wäre der Euro günstig. Die hiesigen Händler geben nicht einmal den Währungsgewinn weiter.... <b>Die Schweiz unterhält bislang mit den Mitgliedstaaten des EWR nur Freihandelsabkommen, hier gilt jedoch nicht europäisches Wettbewerbsrecht. Demzufolge existieren unterschiedliche Handelsräume mit verschiedenen Gesetzenormen. Dieser Umstand ist bekannt und wird in der Auslegung des Vertriebsrechtes auch von andern Firmen so gehandhabt, was bedeutet, dass deren Vertriebspartner ebenso keine Konsumgüter an Endkunden in der Schweiz verkaufen dürfen. ...</b>	1	1
14	24	31.10.2010	Nachstehend lasse ich Ihnen die <b>Stellungnahme der BMW-Group Switzerland</b> , auf meine Anfrage bezüglich Vertriebsrecht zur Kenntnisnahme zukommen.... <b>Die Schweiz unterhält bislang mit den Mitgliedstaaten des EWR nur Freihandelsabkommen, hier gilt jedoch nicht europäisches Wettbewerbsrecht. Demzufolge existieren unterschiedliche Handelsräume mit verschiedenen Gesetzenormen. Dieser Umstand ist bekannt und wird in der Auslegung des Vertriebsrechtes auch von andern Firmen so gehandhabt, was bedeutet, dass deren Vertriebspartner ebenso keine Konsumgüter an Endkunden in der Schweiz verkaufen dürfen. ...</b>	1	1

15	27	03.11.2010	Da auch meine Anfrage Ende September bei einem <b>unabhängigen Fahrzeugvermittler in Deutschland</b> so beantwortet wurde, dass nur Bestellungen mit Erstzulassung in Deutschland akzeptiert werden, siehe Anhang. Von: [...]de Gesendet: Mittwoch, 29. September 2010 08:13 An: [...] Betreff: BMW Page 1 of 1 03.11.2010 Sehr geehrter Herr ..., vielen Dank für Ihr Interesse an einem BMW 535dT als deutsches Bestell-Neufahrzeug (kein EU- oder Re-Import) direkt vom BMW/MINI-Vertragshändler. Das Auto <b>muss aber auf eine deutsche Anschrift bestellt und zunächst auch zugelassen werden.</b> Für weitere Informationen stehen wir gerne zur Verfügung Mit freundlichen Grüßen [...]	1	
16	28	27.10.2010	... we want to take advantage of the low rate of Pound but <b>BMW UK</b> has told me <b>they received clear instructions from BMW headquarters they are not to sell cars to CH residence.</b> we would still like to do it- can you please advise how this can made possible. > I received from Porche they can sell me the car but that we have to pay VAT in Uk and then also in Ch when we import it - does not seem correct either that we can not recuperate the UK VAT - Porche does not want to reimburse us.	1	1
17	33 ff.	10.11.2010	Von: [...]de Datum: 12.10.2010 15:07 An: [...] Betreff: AW: MINI Cooper S Sehr geehrte Frau [...], wir werden Ihnen keinen Neuwagen in die Schweiz liefern können, <b>unser Händlervertrag mit BMW schließt dies aus.</b>	1	1
18	38	16.11.2010	Herr [...] teilt mir mit, er habe selbst einen <b>BMW</b> , den er bei einem Händler in der Schweiz <b>gekauft</b> habe Er unterstütze die Eröffnung des Verfahrens gegen BMW. Es gäbe zwar einen BMW-Händlerverband in der Schweiz, dies sei allerdings nur ein Alibi-Verband, denn kein Händler könne es sich leisten gegen die Vorgaben von BMW etwas zu machen, wenn er weiterhin mit BMWs handeln wolle		
19	39	25.11.2010	Persönlich bin ich an einem Neukauf eines <b>BMW interessiert.</b> Wie Sie ja schon wissen ist der Preisunterschied von Euro zu Franken mittlerweile massiv worden. Die BMW Vertretung sagt mir, dass Sie die Autos auch in Franken einkaufen und daher ihnen die Hände gebunden sind		
20	50	22.12.2010	Kann es sein, dass man für einen BMW X3 iDrive28i in den <b>USA</b> 38000 \$ und in der Schweiz 80 000 Fr. bezahlen muss? Sind wir diesem klaren wettbewerbsverzerrenden Verhalten schutzlos ausgesetzt?		
21	51	09.01.2011	mit Bezug auf die am 25. Oktober 2010 eröffnete Untersuchung gegen BMW bin ich im Hinblick auf einen geplanten <b>Direktimport eines Neufahrzeuges aus Deutschland interessiert</b> , ob sich die damals geäußerten Anhaltspunkte einer kartellrechtlich unzulässigen Einschränkung bestätigt haben und bis wann mit einer abschliessenden Bewertung der Angelegenheit gerechnet werden kann. Für eine kurze Stellungnahme bedanke ich mich im Voraus.		
22	55	14.01.2011	Ich fahre seit über 20 Jahren Autos der Marke <b>BMW</b> und <b>habe die Absicht ein neues Auto 535 ! x Drive Diesel GT zu kaufen.</b> Ich habe mich nun etwas im Internet orientiert und festgestellt, dass das Auto in der Schweiz ca. Fr. 24'000.- teurer ist als in <b>Deutschland.</b> Mir ist absolut klar, dass die Ausstattung des Wagens in der Schweiz und in Deutschland nicht identisch ist und dass ebenfalls die Serviceleistungen anders sind. Allerdings ist dieser „Mehrwert“ höchsten Fr. 5'000. wert.		



23	58	18.01.2011	Wir beschäftigen uns zurzeit (seit 3 Wochen) mit der Neubeschaffung eines PKW der Marke BMW Typ X3 3.5. Da der Franken sehr stark ist, <b>versuchen wir im Süddeutschen Raum ein Fahrzeug zu bestellen</b> . Leider haben wir bis jetzt noch kein einziges Angebot erhalten und hören immer wieder, dass die Lieferung von Neuwagen (höherpreisige Neuwagen) in die Schweiz nicht erwünscht oder erlaubt sei. Von: [...] Gesendet: Dienstag, 18. Januar 2011 16:44 An: [...] Betreff: AW: Preisanfrage BMW X3 Sehr geehrter Herr ...,vielen Dank für Ihre Anfrage. Aktuell haben wir das Problem, dass <b>BMW mit aller Macht versucht den Händlern die Lieferung in die Schweiz zu verbieten</b> . Dies auch aktuell noch größtenteils leider mit Erfolg. Wir haben einen Händler, welcher sich darüber hinweg setzt. Bei diesem Händler sind aber inzwischen alle X3 für dieses Jahr ausverkauft. Wir suchen unter Hochdruck nach einer Alternative. Bei den anderen Händlern haben wir aktuell nur die Möglichkeit das Fahrzeug zu bestellen und nach Lieferung weitere 60 Tage auf das BMW Haus zu zulassen und 2.000 KM zu nutzen. [...]	1	
24	70	24.02.2011	Ich würde gerne einen BMW x5 aus den <b>USA</b> In die Schweiz Importieren, und habe deswegen einen Händler kontaktiert. Dieser musste mir jedoch mitteilen, dass BMW selbst dies verbietet. Das Auto kostet hier doppelt so viel, und es wäre ökonomisch nur sinnvoll das Auto woanders zu kaufen. Ich habe vor einiger Zeit schon gelesen, dass BMW seinen EU-Händlern verbietet an CH-Bürger zu verkaufen. Das Ganze Ist wohl auch auf die USA ausgeweitet.	1	1
25	96	12.04.2011	Im Anschluss daran habe ich am 8. Dezember 2010 gemeinsam mit meiner Gattin, ..., versucht, ein Angebot von einem <b>süddeutschen BMW Händler</b> , [...], zu erhalten (vgl. Sie bitte EMailkorrespondenz in Beilage 6). Wie Sie aus der langwierigen und umständlichen Emailkorrespondenz entnehmen können, hat sich der Händler bei der Angebotserstellung sehr zögerlich verhalten und nur aufgrund unseres mehrmaligen Nachfassens reagiert. Zudem erhielten wir die Information, dass die Gottstein GmbH <b>kein Neufahrzeug in die Schweiz verkaufen könne</b> . Das Fahrzeug müsse zuerst einen Monat in Deutschland auf einen Dritthalter eingelöst worden sein, bevor es in die Schweiz exportiert werden könne.	1	
26	133	16.06.2011	Auch ich musste die Erfahrung machen, dass <b>BMW ihren Händlern in Deutschland den Verkauf von Neuwagen an Schweizer untersagt</b> hat. Die deutschen Händler sind lediglich bereit Gebrauchtwagen für den Export in die Schweiz zu verkaufen.	1	1
27	137	30.06.2011	Ich möchte mir eigentlich einen neuen <b>BMW X5</b> kaufen, doch muss ich feststellen, dass dieser Wagen in <b>USA ca. 50-60%</b> und in <b>Deutschland ca. 30-40%</b> günstiger ist als in der Schweiz. Und das zählt sich bei einem Anschaffungspreis von über 1'00'000.-.....Ich habe jedenfalls meinem Garagisten gesagt, dass ich von BMW grundsätzlich keinen Neuwagen mehr kaufen werde, bis die Preise mehr oder weniger auf EU-Niveau angepasst sind. Sie können die Preise übrigens sehr gut selber auf den verschiedenen Internetseiten nachrecherchieren. Insbesondere mit den Hintergrund, das die Schweizer Industrie momentan massiv unter dem starken Schweizer Franken zu leiden hat, kann es nicht sein, dass uns das Ausland den Parallelimport verbietet oder die Preise in der Schweiz nicht anpasst und damit das Ausland den Schweizer Konsumenten doppelt abzockt. Wenn die Exporte schon unter dem EURO leiden, sollen wenigstens die Konsumenten in der Schweiz davon profitieren.		
28	142	04.07.2011	Die WEKO hat gegen BMW im Herbst 2010 ein Untersuchung eingeleitet wegen dem Direktimportverbot von neuen BMWs. Kann man mittlerweile BMWs nun direkt in <b>Deutschland</b> kaufen?		
29	143	06.07.2011	Mich würde es interessieren was Ihre Untersuchungen vom Oktober 2010 ergeben haben.		
<b>Total inklusive Anfragen USA und Anfragen Motorräder</b>				<b>20</b>	<b>15</b>
<b>Total exklusive Anfragen USA und Anfragen Motorräder</b>				<b>16</b>	<b>11</b>

Hinweis: Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bilden nur Direktimporte von Neuwagen der Marken BMW und MINI aus dem EWR. Die Anzeigen betreffend Direktimporten von Neuwagen aus den USA (Act. 50 und 70) und betreffend Direktimporten von Motorrädern der Marke BMW (Act. 15,17 und 20) werden der Vollständigkeit halber abgedruckt, aber nicht in die wettbewerbsrechtliche Analyse mit einbezogen.

## ANHANG XVI (erster Teil)

Direktimporte und Gesamtverkäufe, bzw. Immatrikulationen 2005-2011<sup>300</sup>

	2005			2006			2007		
	Direktimporte	Gesamtverkäufe	Anteil DI an GV in %	Direktimporte	Gesamtverkäufe	Anteil DI an GV in %	Direktimporte	Gesamtverkäufe	Anteil DI an GV in %
Alfa Romeo	135	3'766	3.58%	139	4'471	3.11%	99	4'604	2.15%
Audi	690	27'671	2.49%	564	13'942	4.05%	386	15'597	2.47%
BMW	184	16'499	1.12%	101	17'214	0.59%	84	16'016	0.52%
MINI	0	0		0	0		7	3'490	0.20%
Fiat	79	7'050	1.12%	54	9'500	0.57%	112	11'052	1.01%
Ford	217	12'794	1.70%	171	12'661	1.35%	239	11'921	2.00%
Mercedes	229	12'528	1.83%	220	13'096	1.68%	170	13'512	1.26%
Opel	59	20'235	0.29%	35	19'824	0.18%	37	20'459	0.18%
Peugeot	97	13'695	0.71%	37	13'364	0.28%	81	14'705	0.55%
Porsche	66	1'613	4.09%	81	1'639	4.94%	79	2'105	3.75%
Renault	47	16'295	0.29%	13	15'020	0.09%	42	14'485	0.29%
Seat	221	4'979	4.44%	85	5'464	1.56%	27	6'172	0.44%
Skoda	75	5'873	1.28%	42	7'391	0.57%	11	9'012	0.12%
Toyota/Lexus	173	17'916	0.97%	168	17'833	0.94%	508	16'880	3.01%
Volkswagen	504	27'671	1.82%	400	30'616	1.31%	325	31'204	1.04%
Volvo	146	6'651	2.20%	146	6'246	2.34%	83	7'651	1.08%
Alle Marken DI	4'225	259'271	1.63%	3'698	266'307	1.39%	3'624	281'296	1.29%

<sup>300</sup> Quelle: „Auto Schweiz“ vgl. Act. 159, 160 und 171. Die Statistik erfasst nicht nur Importe durch Endkunden, sondern insbesondere auch Parallelimporte (vgl. Fn 11 und Rz 219). Für 2011 sind anstelle der Gesamtverkäufe die Anzahl Immatrikulationen berücksichtigt worden. Gemäss Auto Schweiz bestehen seit 2011 keine aussagekräftigen interne Verkaufsstatistiken mehr (Act. 171).

## ANHANG XVI (zweiter Teil)

Direktimporte und Gesamtverkäufe, bzw. Immatrikulationen 2005-2011<sup>301</sup>

	2008			2009			2010			2011		
	Direktimporte	Gesamtverkäufe	Anteil DI an GV in %	Direktimporte	Gesamtverkäufe	Anteil DI an GV in %	Direktimporte	Gesamtverkäufe	Anteil DI an GV in %	Direktimporte	Immatrikulationen	Anteil DI an GI in %
Alfa Romeo	73	3'687	1.98%	95	3'064	3.10%	114	3'839	2.97%	184	4'106	4.48%
Audi	244	17'151	1.42%	726	15'828	4.59%	1'227	15'945	7.70%	1'965	18'502	10.62%
BMW	103	16289	0.63%	102	11176	0.91%	162	16005	1.01%	401	17532	2.29%
MINI	15	3923	0.38%	27	2733	0.99%	21	3767	0.56%	95	4581	2.07%
Fiat	142	14'048	1.01%	88	11'505	0.76%	413	10'997	3.76%	1'247	9'849	12.66%
Ford	253	14'596	1.73%	230	14'358	1.60%	542	15'439	3.51%	1'160	18'400	6.30%
Mercedes	162	13'782	1.18%	179	11'347	1.58%	220	11'498	1.91%	481	14'037	3.43%
Opel	28	18'598	0.15%	34	14'221	0.24%	77	16'292	0.47%	536	15'978	3.35%
Peugeot	101	13'461	0.75%	143	11'995	1.19%	157	14'735	1.07%	587	15'186	3.87%
Porsche	95	1'620	5.86%	116	1'224	9.48%	309	1'530	20.20%	379	2'178	17.40%
Renault	41	15'269	0.27%	64	15'228	0.42%	202	16'864	1.20%	681	18'323	3.72%
Seat	14	6'548	0.21%	74	6'345	1.17%	288	7'544	3.82%	737	8'314	8.86%
Skoda	31	11'027	0.28%	163	11'456	1.42%	404	14'241	2.84%	1'182	17'470	6.77%
Toyota/Lexus	393	14'846	2.65%	570	14'349	3.97%	622	14'035	4.43%	1'051	13'335	7.88%
Volkswagen	239	31'668	0.75%	369	29'412	1.25%	897	33'415	2.68%	3'417	40'594	8.42%
Volvo	94	7'593	1.24%	129	6'900	1.87%	178	7'092	2.51%	546	8'478	6.44%
Alle Marken	3'514	285'676	1.23%	5'839	258'641	2.26%	10'388	283'300	3.67%	23'264	318'985	7.29%

<sup>301</sup> Quelle: „Auto Schweiz“ vgl. Act. 159, 160 und 171. Die Statistik erfasst nicht nur Importe durch Endkunden, sondern insbesondere auch Parallelimporte (vgl. Fn 11 und Rz 219). Für 2011 sind anstelle der Gesamtverkäufe die Anzahl Immatrikulationen berücksichtigt worden. Gemäss Auto Schweiz bestehen seit 2011 keine aussagekräftigen interne Verkaufsstatistiken mehr (Act. 171).

ANHANG XVI (dritter Teil)  
Direktimporte Oktober 2010 bis September 2011<sup>302</sup>

Direktimporte von neuen Personenwagen CH+FL						
	oct.10	nov.10	déc.10	Okt 10-Dez 10	Jan 11-Sep 11	Okt 10-Sep 11
Alfa Romeo	6	4	7	17	136	153
Audi	138	106	100	344	1'320	1664
BMW	18	20	20	58	232	290
MINI	3	2	3	8	46	54
Fiat	94	61	46	201	668	869
Ford	55	46	62	163	772	935
Mercedes	34	28	24	86	335	421
Opel	5	27	16	48	326	374
Peugeot	11	28	26	65	390	455
Porsche	32	46	29	107	284	391
Renault	24	35	43	102	492	594
Seat	37	29	24	90	502	592
Skoda	44	51	46	141	742	883
Toyota/Lexus	63	66	75	204	839	1043
Volkswagen	94	133	143	370	2'249	2619
Volvo	16	20	16	52	352	404
Alle Marken	1'155	1'165	1'112	3432	15'703	19135

<sup>302</sup> Quelle: „Auto Schweiz“ vgl. Act. 159 und 160. Die Statistik erfasst nicht nur Importe durch Endkunden, sondern insbesondere auch Parallelimporte (vgl. Fn 11 und Rz 219).

*Verfügung der Wettbewerbskommission vom 10. Mai 2010 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Komponenten für Heiz-, Kühl und Sanitäranlagen wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG gegen Flamco AG in Küssnacht am Rigi vertreten durch [...], Pneumatex AG in Füllinsdorf vertreten durch [...] und Walter Meier (Klima Schweiz) AG in Schwerzenbach*

## A Sachverhalt

### A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Die Untersuchungsadressaten haben im Bereich Komponenten für Kühl-, Heizungs- und Sanitäranlagen im EU-Raum und teilweise in der Schweiz sensible Geschäftsinformationen bezüglich prozentualer Höhe und Zeitpunkt von Preiserhöhungen, Preislisten und Umsatzangaben bestimmter Produktgruppen ausgetauscht.

2. Untersuchungsgegenstand im vorliegenden Verfahren ist dieser Informationsaustausch. Insgesamt soll festgestellt werden, ob die geschilderten Verhaltensweisen unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG darstellen. In Bezug auf Sachverhalte, welche sich nicht in der Schweiz abgespielt haben, wird deren Auswirkung (Art. 2 Abs. 2 KG) auf die Schweiz geprüft.

### A.2 Verfahren

3. Am 16. Dezember 2008 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG gegen die Pneumatex AG (in der Folge Pneumatex) und die Flamco AG. Das Verfahren wurde aufgrund einer beim Sekretariat eingereichten Selbstanzeige eröffnet. Mit der Verfahrenseröffnung wurde gleichentags bei der Flamco in Küssnacht am Rigi eine Hausdurchsuchung durchgeführt.

4. Gleichentags eröffnete auch das „Directorate General for Competition“ der europäischen Kommission (nachfolgend: DG COMP) ein Verfahren, welches die angezeigten Sachverhalte auf europäischer Ebene untersuchte. Im EU-Raum wurden zeitgleich Hausdurchsuchungen bei einer Anzahl Unternehmen in verschiedenen Mitgliedstaaten durchgeführt.

5. Die Eröffnung der Untersuchung wurde gemäss Art. 28 KG im Schweizerischen Handelsamtsblatt vom 29. Dezember 2008 und im Bundesblatt vom 6. Januar 2009 amtlich publiziert. Die dreissigtägige Frist innert der sich Dritte melden können, falls sie sich an der Untersuchung beteiligen wollen (Art. 28 Abs. 2 KG), lief ungenutzt ab.

6. Die Flamco reichte am 24. Dezember 2009 per Faxschreiben eine Selbstanzeige ein. Diese Eingabe wurde mit einem Vortrag und der Abgabe der dazugehörigen Unterlagen am 3. Februar 2009 ergänzt. Auf Aufforderung des Sekretariats reichte die Flamco AG (in der Folge Flamco) mit Eingabe vom 6. März 2009 eine schriftli-

che Darlegung der betreffenden Sachverhalte unter Beilage entsprechender Beweismittel ein.

7. Im Nachgang wurde das Verfahren mit Verfügung vom 17. März 2009 auf die Walter Meier AG (in der Folge Walter Meier), mit Sitz in Schwerzenbach (ZH), ausgedehnt. Die Erstanzeigerin ergänzte ihre Selbstanzeige mit Eingaben vom 8. April 2009, 6. Mai 2009 und 9. September 2009. Im Rahmen des Verfahrens wurden Befragungen mit der Pneumatex, der Flamco und der Walter Meier durchgeführt und protokolliert. Im Anschluss wurden schriftliche Fragebogen an die Parteien versandt. Die Antworten dazu gingen beim Sekretariat am 15. Juni 2009, 18. Juni 2009 und 2. Juli 2009 ein.

8. Im Rahmen der mündlichen Befragungen der Parteien zeichnete sich die Bereitschaft der Flamco und Pneumatex ab, eine einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG abzuschliessen. Mit Schreiben vom 15. Juli 2009 unterbreitete das Sekretariat den jeweiligen Parteivertretern einen Vorschlag für eine einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG zur Beseitigung der voraussichtlich unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung. Die Stellungnahmen dazu gingen am 24. August 2009 sowie am 9. September 2009 bei der untersuchenden Behörde ein.

9. Nach den mündlichen Verhandlungen mit den Parteien vom 25. September 2009 bzw. dem 6. Oktober 2009 ergaben sich teilweise gegensätzliche Standpunkte bezüglich des Inhalts der einvernehmlichen Regelung. In der Folge konnten essentielle Differenzen mit Pneumatex beigelegt und eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen werden. Nach erfolglosen ersten Verhandlungen im Oktober 2009, konnte schliesslich nach Zusendung des Antragsentwurfs an Flamco am 8. März 2009 eine entsprechend lautende einvernehmliche Regelung erzielt werden. Gemäss Vorbemerkungen zur einvernehmlichen Regelung anerkennt Flamco mit der Unterzeichnung der einvernehmlichen Regelung den im Entscheid dargestellten Sachverhalt und dessen rechtliche Beurteilung nicht. Die einvernehmliche Regelung erfolgte unter der Bedingung, dass dadurch das Verfahren vereinfacht und beschleunigt würde (vgl. zum Wortlaut der einvernehmlichen Regelungen Ziff. 2 des Dispositivs).

10. Der vorliegende Antrag wurde den Parteien mit einem aktuellen Aktenverzeichnis am 27. November 2009 unter Einräumung einer Antwortfrist bis zum 13. Januar 2010 zur schriftlichen Stellungnahme zugesandt. Es wurde auf das Recht zur Akteneinsicht hingewiesen. Akteneinsicht nahmen die Pneumatex am 3. Dezember 2009 und die Flamco am 4. Dezember 2009, die Walter Meier machte von ihrem Recht kein Gebrauch.

11. Nach einmaliger Fristverlängerung bis zum 12. Februar 2010 reichten sowohl Flamco wie auch Pneumatex fristgerecht ihre Stellungnahmen zum Antragsentwurf ein. Die Walter Meier machte von ihrem Recht wiederum kein Gebrauch.

12. Die Stellungnahmen der Parteien wurden vom Sekretariat vollumfänglich geprüft. Die Stellungnahme der Flamco führte neue Beweismittel und Sachverhaltselemente auf, welche im Sinne einer Ergänzung der Selbstanzeige vom 24. Dezember 2008 als fortgeführte Kooperation eingereicht wurden. Gestützt auf die Eingaben der Parteien wurde der Antrag überarbeitet und den Parteien am 26. März 2010 zur erneuten Stellungnahme unter Fristansetzung bis zum 14. April 2010 zugesandt. Die Pneumatex und Flamco nahmen am 10. März 2010 bzw. am 25. März 2010 Einsicht in die eingereichten Stellungnahmen.

13. Mit Eingaben vom 14. April 2010 reichten Pneumatex und Flamco ihre zweite Stellungnahme zum überarbeiteten Antrag des Sekretariats ein.

14. Auf die relevanten materiellen Vorbringen wird im Rahmen der Erwägungen eingegangen. Infolge Abschluss einer einvernehmlichen Regelung wurden die verfahrensrechtlichen Anträge der Flamco gegenstandslos.

15. Soweit Flamco in ihrer ersten Stellungnahme grundsätzliche verfahrensrechtliche Vorbehalte gegenüber dem Sekretariat geltend machte, wird darauf anschliessend genauer eingegangen. Flamco brachte im wesentlichen folgende Punkte vor:

1. Vor dem Hintergrund von Art. 6 Abs. 3 EMRK und Art. 32 Abs. 2 BV sei es mit dem „*fair trial*“ Grundsatz nicht vereinbar, dass die Flamco erstmals im Rahmen dieser Stellungnahme Gelegenheit zu den Vorwürfen, welche Pneumatex in der Selbstanzeige erhebe, Stellung zu nehmen. Die belastete Partei sei möglichst rasch und umfassend über die Beschuldigung zu unterrichten, um die Möglichkeit wahrzunehmen, sich zu verteidigen.
2. Der belasteten Partei müsse zudem die Möglichkeit eingeräumt werden, Fragen an Belastungszeugen zu stellen (Art. 6 Abs. 3 Bst. d und e EMRK).
3. Schliesslich sei es nicht mit dem „*fair trial*“ Grundsatz vereinbar, dass sämtliche Identitäten der beteiligten Personen aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes gegenüber Flamco geheim gehalten würden. Flamco habe ihre Verteidigung nicht wirksam vorbereiten können.
4. Schliesslich bringt Flamco sinngemäss vor, das Sekretariat habe die Beweise nicht objektiv gewürdigt und das erforderliche Beweismass nicht beachtet.

#### *Zum ersten Vorbringen*

16. Mit ihrer ersten Rüge bringt Flamco inhaltlich zwei Punkte zum Ausdruck: a) der Anklagegrundsatz sei verletzt worden und b) ihr Recht auf Stellungnahme und damit ihr Anspruch auf rechtliches Gehör.

17. a) Zum Anklagegrundsatz besagt Art. 6 Abs. 3 Bst. a EMRK, dass jede angeklagte Person innerhalb möglichst kurzer Frist in einer ihr verständlichen Sprache in allen Einzelheiten über Art und Grund der gegen sie erhobenen Beschuldigung unterrichtet werden muss.

18. Art. 32 Abs. 2 BV hält dazu fest, dass jede angeklagte Person Anspruch darauf hat, möglichst rasch und umfassend über die gegen sie erhobenen Beschuldigungen unterrichtet zu werden. Sie muss die Möglichkeit haben, die ihr zustehenden Verteidigungsrechte geltend zu machen.

19. Vorab ist zu bemerken, dass die Untersuchungsadressatin über die gegen sie erhobenen Vorwürfe bereits in der Mitteilung über die Eröffnung der Untersuchung informiert wurde. Das Eröffnungsschreiben wies darauf hin, dass Anhaltspunkte für Abreden über Preise, beabsichtigte Preiserhöhungen und Rabatte zwischen den Konkurrenten bestünden. Mit der Untersuchung solle geprüft werden, ob eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 KG vorliege. Simultan wurde ein Verfahren in der EU gegen sie eröffnet, um ähnliche Verstösse abzuklären. Die Untersuchungsadressatin war also von Anfang an über den Gegenstand der Untersuchung informiert. Sie wusste auch, dass auf europäischer Ebene Sachverhalte zur Abklärung offenstanden, deren Auswirkung auf die Schweiz das Sekretariat der Wettbewerbskommission von Amtes wegen zu untersuchen hat (Art. 2 Abs. 2 KG i.V.m. Art. 12 VwVG).

20. Der Untersuchungsadressatin wurden sämtliche anlässlich der Hausdurchsuchung vom 16. Dezember 2008 vom Sekretariat beschlagnahmten Dokumente zur Durchsicht und Kopie überlassen. Des Weiteren wurde ihr eine Kopie der elektronisch gesicherten Daten mit Postsendung vom 23. Dezember 2008 zugesandt. Sie hatte zudem Gelegenheit bei der elektronischen Datensichtung durch das Sekretariat zugegen zu sein, und zu den von der Behörde als relevant erachteten ausgedruckten Daten schriftlich Stellung zu nehmen. Zudem brachte die Untersuchungsadressatin denn auch mit ihrer Selbstanzeige mit Bezug auf die schweizerischen Sachverhalte zum Ausdruck, dass sie sich über die ihr vorgeworfenen Sachverhalte soweit möglich bereits am 24. Dezember 2008 im Klaren war.

21. In Bezug auf die Sachverhalte, welche sich in der EU abgespielt haben und von deren Auswirkung auf die Schweiz das Sekretariat in seinem Antragsentwurf ausgeht, verkennt die Untersuchungsadressatin, dass die genaue Feststellung dieser Auswirkungen Gegenstand der Untersuchung ist und aufgrund seiner Komplexität entsprechend Zeit in Anspruch nimmt. Wüsste das Sekretariat bereits zu Beginn des Verfahrens detailliert darüber Bescheid, erübrigten sich diesbezügliche Untersuchungshandlungen. Teil dieser Untersuchungshandlung bestand im Übrigen in der mündlichen und schriftlichen Befragung von Flamco am 1. April 2009 bzw. 16. Mai 2009, anlässlich derer Flamco zu Auswirkungen auf die Schweiz befragt wurde.

22. Mit ihrem Vorbringen setzt die Untersuchungsadressatin den Antragsentwurf im Kartellverfahren, welcher alleine den Parteien zur Stellungnahme versandt wurde, der Anklageerhebung im Strafrecht gleich. Ob dieser Vergleich zutreffend ist, braucht vorliegend nicht geklärt zu werden. Fest steht, dass selbst wenn dieser Vergleich zutreffen sollte, nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts Art. 6 Ziff. 3 Bst. a EMRK nicht verletzt ist, wenn der Beschuldigte auf jeden Fall im Zeitpunkt der Anklageerhebung, „in allen Einzelheiten über die Art

und den Grund der gegen ihn erhobenen Beschuldigungen in Kenntnis gesetzt wird.“ Dadurch soll „der Angeklagte vor Überraschungen und Überrumpelung geschützt und ihm eine effektive Verteidigung ermöglicht werden.“<sup>1</sup> Zu Beginn des Verfahrens genügt es gemäss Bundesgericht im Lichte von Art. 6 Abs. 3 Bst. a EMRK, wenn dem Beschuldigten die Einleitung der Untersuchung und deren Gegenstand bekannt gegeben wird. Auch im weiteren Verlauf der Untersuchung ist eine kurze Orientierung über die vorgeworfene Tat hinreichend; eine umfassende Unterrichtung des Beschuldigten über die Art und den Grund der Beschuldigung, über die tatsächlichen und rechtlichen Gründe, muss indessen erst nach Abschluss der Untersuchung erfolgen. Die Anforderungen an den Umfang der Unterrichtung dürfen daher nicht überspannt werden.<sup>2</sup>

23. Wie bereits dargelegt, wurde Flamco über die Einleitung der Untersuchung und deren Gegenstand unterrichtet. Während des Verfahrens erhielt Flamco verschiedentlich Einblick in die Beweismittel und wurde zum Sachverhalt befragt. Sie konnte sich also ein relativ klares Bild davon machen, was ihr vorgeworfen wurde. Schliesslich wurden die gegen Flamco erhobenen Vwürfe, im Rahmen des Antragsentwurfes detailliert aufgelistet. In Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist daher der Einwand, der Anklagegrundsatz sei verletzt, unbegründet.

24. b) Soweit Flamco vorbringt ihr Anspruch auf Stellungnahme und damit ihr Anspruch auf rechtliches Gehör sei verletzt worden, verkennt sie, dass die Funktion der Zustellung des Antragsentwurfs gerade darin besteht, ihr das rechtliche Gehör zu gewähren. Die Möglichkeit im Rahmen von Art. 30 Abs. 2 KG Stellung nehmen zu können, erweitert den verwaltungsrechtlichen Gehörsanspruch gemäss Art. 29 f. VwVG.<sup>3</sup>

25. Der an die Behörde gerichtete Untersuchungsgrundsatz und das ihn ergänzende Parteirecht des Gehörsanspruchs sollen sicherstellen, dass der Sachverhalt korrekt und vollständig ist, dass die erheblichen Beweise erhoben und zutreffend gewürdigt werden und dass der Entscheid auf alle wesentlichen Elemente abstützt und in nachvollziehbarer Weise begründet ist.<sup>4</sup>

26. Flamco hatte nicht nur die Möglichkeit sich während der laufenden Untersuchungshandlungen sowohl mündlich als auch schriftlich zu äussern, sondern vor allem auch im Rahmen von Art. 30 Abs. 2 KG die Möglichkeit detailliert zu den Untersuchungsergebnissen des Sekretariats Stellung zu nehmen und ihre Sichtweise darzulegen. Flamco brachte denn auch neue Beweismittel vor. Die Vorbringen der Flamco wurden vom Sekretariat ernsthaft geprüft und soweit relevant für den Entscheid beachtet. Diese Vorgehensweise führte zu Änderungen im Sachverhalt und wirkte sich auf die vorgeschlagene Sanktionshöhe aus. Aus diesem Grund wurde der Antrag den Parteien zur erneuten Stellungnahme zugesandt.

27. Unter diesen Umständen kann nicht von einer Verletzung des rechtlichen Gehörs ausgegangen werden.

#### Zum zweiten Vorbringen

28. Im Rahmen der Verhandlungen zur einvernehmlichen Regelungen äusserte sich Flamco dahingehend,

dass sie auf ein allfälliges Fragerecht an Belastungszeugen verzichten will, weshalb dieser Punkt gegenstandslos wird.

#### Zum dritten Vorbringen

29. Gemäss Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG kann die Behörde die Einsicht in die Akten verweigern, wenn wesentliche private Interessen, insbesondere von Gegenparteien, die Geheimhaltung erfordern. Eine Einschränkung ist nicht nur zulässig, um eine Beeinträchtigung rechtlich geschützter Interessen zu verhindern, sondern auch dann, wenn es um tatsächliche Interessen geht. Solche sind etwa dann gegeben, wenn es darum geht, allfällige Verfahren zur Durchsetzung privater Interessen (z.B. Schadenersatzklagen) nicht zu beeinflussen.<sup>5</sup>

30. Vorliegend steht würden möglicherweise verschiedene im Verfahren involvierte Personen nicht nur zivilrechtlich belangt, sondern in ihren Heimatstaaten auch strafrechtliche verfolgt.<sup>6</sup> Aus diesem Grund hat das Sekretariat die Namen der betreffenden Personen abgedeckt. Es hat damit das Interesse der betreffenden Personen an Geheimhaltung höher gewertet, als die Interessen von Flamco, die Namen zu kennen.

31. Präzisierend ist hinzuzufügen, dass Flamco bezüglich der Beweismittel in der Schweiz über sämtliche Personennamen verfügte. Aufgrund der Beweismittel, in welche Flamco Einblick nahm und des gesamten Kontexts, konnte Flamco zudem auch ohne Weiteres darauf schliessen, welche Personen sich hinter den übrigen abgedeckten Namen verbargen.

32. Flamco stösst sich insbesondere an einer Textstelle, da sie einen dort genannten Namen nicht ermitteln konnte. Nach Anpassungen heisst es in dieser Textstelle neu: Unter anderem soll D von Flamco erwähnt haben, dass „his man X or something like that“ auf einer sehr offenen Basis mit M von Reflex spreche, „also auch über Preise“ (*thus about prices*).<sup>7</sup>

<sup>1</sup> BGE 120 IV 348, 357 E. 3g.

<sup>2</sup> BGE 119 Ib 12, 18 f. E. 5c.

<sup>3</sup> BGE 129 II 497 E. 2.2; Entscheid der REKO/WEF RPW 2006/4, 722 ff., *Swisscom Mobile AG/Wettbewerbskommission* und neuerdings auch Urteil vom 24. Februar 2010, B-2050/2007, E. 6.3.2., *Terminierungspreise im Mobilfunk*.

<sup>4</sup> Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/4, 678 E. 4., *Ticketcorner*.

<sup>5</sup> Zwischenentscheid vom 6. November 2002 des Präsidenten der REKO HM, VPB 67 (2003) Nr. 59 E.2.3.1; STEPHAN BRUNNER, in: Kommentar zum VwVG, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 27 N 28 ff.

<sup>6</sup> Vgl. dazu CARL BAUDENBACHER, *Institutionelles Setting/Vertikale Abreden/Sanktionierung von Einzelpersonen/Zivilrechtliche Verfahren*, 2009, 134 ff.

<sup>7</sup> Act. 21, Beilagen 4 und 5.

33. Der Name X bezieht sich auf einen Namen in einem Bericht, an den sich der Verfasser des Berichts nicht mehr erinnern kann, was er mit dem Zusatz „*or something like that*“ zum Ausdruck bringt. Dem Sekretariat ist der wirkliche Namen dieser Person folglich nicht bekannt, weshalb er schon daher nicht herausgegeben werden kann. Ferner schliesst das Sekretariat denn aus der zitierten Stelle auch lediglich darauf, dass bereits Kontakte zwischen Flamco und Reflex bestanden. Diese Feststellung hat keine konkrete Auswirkung auf die Qualifikation eines Sachverhaltes als Abrede und somit auf das Dispositiv des Antrages. Daher sind die Verteidigungsrechte von Flamco bei Nichtkenntnis des Namens ohnehin nicht beeinträchtigt.

#### *Zum vierten Vorbringen*

34. Im vorliegenden Antrag wurden nicht nur die elektronischen und physischen Beweismittel verwendet, die das Sekretariat anlässlich der Hausdurchsuchung vom 16. Dezember 2008 sichergestellt hat, sondern auch diejenigen, welche von Pneumatex und Flamco im Rahmen ihrer Selbstanzeigen eingereicht wurden. Ferner wurde auf die schriftlichen und mündlichen Antworten der Parteien anlässlich der Befragungen abgestellt. Schliesslich hatten sämtliche Verfahrensadressaten die Möglichkeit sich im Rahmen von Art. 30 Abs. 2 KG ausführlich zum Antragsentwurf des Sekretariats zu äussern und erneut einschlägige Beweismittel einzureichen. Wie aus dem vorliegenden Antrag folgt, hat sich das Sekretariat denn auch mit den Vorbringen und den vorgebrachten Beweismitteln beider Parteien ernsthaft auseinandergesetzt. Die Rüge, die Beweismittel seien nicht objektiv gewürdigt worden, ist daher unbegründet und wurde vorschnell vorgebracht.

35. Im Kartellverwaltungsverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i.V.m. Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP<sup>8</sup>). Der Beweis ist erbracht, wenn das Sekretariat gestützt auf die Beweismittel zur Überzeugung gelangt, dass sich der rechtserhebliche Sachumstand verwirklicht hat. Im Kartellverwaltungsverfahren dürften an das Beweismass angesichts der Komplexität der kartellrechtlichen Sachverhalte keine übertriebenen Ansprüche gestellt werden. Andernfalls wird der materiellrechtliche Gehalt des Kartellgesetzes in funktionswidriger Weise geschwächt. Insbesondere um „abgestimmte Verhaltensweisen“ nachzuweisen, wird der Indizienbeweis in der Lehre und Rechtsprechung anerkannt. Dies deshalb, weil gerade bei Verhaltensabstimmungen sich der Nachweis nur auf indirektem Wege mit Hilfe von Indizien erbringen lässt.<sup>9</sup>

36. Es besteht aufgrund der vorliegenden Beweismittel kein Zweifel daran, dass die Parteien preissensible Informationen ausgetauscht haben. Fraglich war vorliegend einzig, ob dieses Verhalten in der Weise gewertet werden konnte, als dass die Parteien nicht mehr autonom, sondern eben gestützt auf die Angaben der Konkurrenz ihre Preise festgesetzt haben sollten. Diese Kenntnis der Angaben konnte vorliegend nachgewiesen werden. Diesbezüglich liegt nicht nur ein Indizienbeweis vor, sondern gar der Vollbeweis. Aufgrund dieser Sachlage schliesst das Sekretariat darauf, dass sich die Konkurrenten gegenseitig beeinflussen und sich damit abstimmen wollten. Das Sekretariat schliesst gewisser-

massen von objektiven Umständen auf den subjektiven Willen der Parteien. Solche subjektive Elemente können denn in der Regel auch nicht anders bewiesen werden. Die Vorbringen von Flamco bezüglich ungenügender Beweisdichte sind daher unbegründet.

### **A.3 Marktbeschreibung**

#### **A.3.1 Die Verfahrensadressaten**

37. Die Pneumatex AG mit Sitz in Füllinsdorf (BL) ist in den Geschäftsbereichen Druckhaltung Heiztechnik, Qualitätssicherung von Wassersystemen und Druckstabilisierung Trinkwasser weltweit tätig. Sie ist eine Tochtergesellschaft der Pneumatex Holding AG, Füllinsdorf und verfügt selbst über eine Reihe von Tochtergesellschaften in verschiedenen europäischen Staaten,<sup>10</sup> gemäss eigenen Angaben liegt der Schwerpunkt ihrer Geschäftstätigkeit dementsprechend in den Ländern der EU.<sup>11</sup> Mehrheitsaktionärin der Pneumatex Holding AG ist die britische IMI PLC mit Sitz in Birmingham (UK).

38. Die Flamco AG mit Sitz in Küssnacht am Rigi (SZ) ist eine Tochtergesellschaft<sup>12</sup> der weltweit tätigen Flamco Holding BV mit Sitz in Gouda, Niederlande. Der Geschäftsschwerpunkt der Flamco Gruppe liegt in Europa. Die Flamco Gruppe verfügt über Standorte in den Niederlanden, Deutschland und China, wo sie Produkte herstellt, die in Zentralheizungs-, Sanitär- und Kühlanlagen zum Einsatz gelangen. Die Flamco in Küssnacht bezieht ihre Produkte von dort und vertreibt u.a. Druckhaltungssysteme und verschiedene Zubehörartikel, welche in Heizsystemen eingesetzt werden. Die Flamco Holding BV ist Teil des österreichischen Voestalpine-Konzerns mit Sitz in Linz.

39. In den nachfolgenden Ausführungen wird lediglich auf die Pneumatex und die Flamco Bezug genommen. Sie waren letztlich als einzige Teile der jeweiligen Konzerne direkt in den Informationsaustausch verwickelt. Überdies ist die Zugehörigkeit zu den Konzernen für die Bemessung der Sanktionshöhe vorliegend nicht von Belang (vgl. Rz 314), weshalb sich auch daher keine andere Darstellung des Sachverhalts aufdrängt.

40. Die Walter Meier (Schweiz) AG ist u.a. im Gebiet der Klimatechnik tätig. Der Bereich ist in fünf Unterbereiche aufgeteilt: Heizen, Lüften, Kühlen, Befeuchten und Entfeuchten. Walter Meier stellt für diese Bereiche Produkte her, bietet Beratungen an und erbringt Serviceleistungen. Walter Meier vertreibt in der Schweiz Expansionsgefässe der Reflex Winkelmann GmbH + CO. KG mit Sitz in Ahlen, Deutschland. Die Walter Meier AG vereinigt unter ihrem Konzerndach die vormalig selbständigen Unternehmen Vescal AG, Axair Kobra und Oertli Service. Seit 2007 treten diese Unternehmen einheitlich als Walter Meier AG auf.

<sup>8</sup> Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess, BZP, SR 273.

<sup>9</sup> Entscheidung der REKO/WEF, RPW 2005/1, 195 E. 8 u. 8.1., *Betonsan AG et al.* und die dort zitierten Lehrmeinungen.

<sup>10</sup> Namentlich in Deutschland, Grossbritannien, den Niederlanden, Belgien, Luxemburg, Polen und Frankreich.

<sup>11</sup> Act. 62, Punkt II.A.

<sup>12</sup> Namentlich verfügt die Flamco Holding BV, Gouda, Niederlande über Tochtergesellschaften in Belgien, den Niederlanden, der Schweiz, Frankreich, Deutschland, Dänemark, Schweden, Grossbritannien, Polen und China.



### A.3.2 Relevante nicht im Verfahren involvierte Unternehmen

41. Die Reflex Winkelmann GmbH + CO. KG (in der Folge Reflex) mit Sitz in Ahlen, Deutschland, ist im Bereich Druckhaltesysteme für Heizungs- und Trinkwassersystemen tätig. Das Unternehmen verfügt über keinerlei Niederlassungen in der Schweiz.<sup>13</sup> Die Druckhaltesysteme von Reflex werden in der Schweiz über die Walter Meier AG und die [...] vertrieben, deren Zubehör wird von der [...] angeboten.

42. Die Spirotech BV (in der Folge Spirotech) mit Sitz in Helmond, Niederlande, stellt Entlüfter, Luft- und Schlammabscheider und Entgaser zum Schutz von Heiz- und Kühlungsanlagen her. Die Spirotech ist weltweit tätig, verfügt in der Schweiz jedoch über keine Nie-

derlassungen.<sup>14</sup> Spirotech vertreibt ihre Produkte hierzu über die Tobler AG, Urdorf (ZH).

### A.3.3 Konkurrenzsituation und Produkte

43. Pneumatex, Flamco, Reflex und Spirotech stellen eine Vielzahl von Produkten her. Sie beliefern damit den Grosshandel und die verschiedenen Installateure. Die Produktsortimente der vier Unternehmen weichen teilweise erheblich voneinander ab, so dass sie sich nicht in allen Bereichen als Konkurrenten gegenüberstehen. Im Folgenden werden nur diejenigen Produktbereiche aufgezeigt, in denen sich die Unternehmen als Konkurrenten gegenüberstehen und für welche Hinweise für wettbewerbsbeschränkende Abreden bestehen. Die Unternehmen stehen in Europa inkl. der Schweiz im Bereich der Druckhaltesysteme und Zubehör miteinander in Konkurrenz (vgl. Abbildung 1).

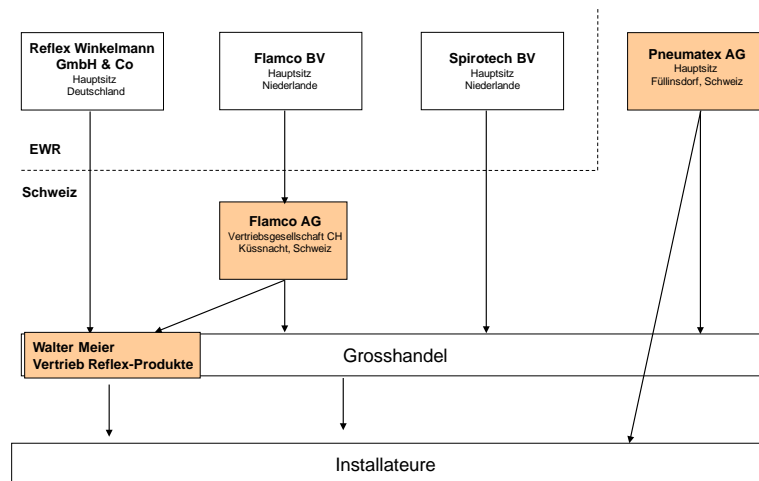


Abbildung 1

44. Druckhaltesysteme werden in Heiz-, Kühl- und Trinkwasseranlagen eingesetzt und sorgen dafür, dass der Wasserdruck in solchen Anlagen den zulässigen Betriebsdruck nicht überschreitet bzw. nicht unterschreitet. Druckhaltesysteme kompensieren ferner Volumenveränderungen des Wassers aufgrund von Temperaturschwankungen. Schliesslich sorgen sie dafür, dass systembedingte Wasserverluste durch Wasserzufluss ausgeglichen werden.

45. Der Sammelbegriff Zubehör umfasst vorwiegend Entlüfter, Abscheider und Sicherheitsventile. Entlüfter und Abscheider werden in Heiz-, Kühl- und Solarsystemen verwendet, um überschüssige Luft (Mikroblasen) und Verschmutzungen (Schlamm, Magnetit) zu entfernen. Dadurch soll die Funktionstüchtigkeit der Systeme verbessert und deren Betriebsdauer verlängert werden. Sicherheitsventile schützen druckbeaufschlagte Räume oder Druckbehälter (z.B. Dampfkessel) vor einem zu grossen Druckanstieg, der das angeschlossene Druckgerät schädigen kann.

46. Die folgende Tabelle gibt Übersicht darüber, welche Unternehmen eine Niederlassung in der Schweiz haben

und welche der genannten Produktkategorien von ihnen hergestellt bzw. vertrieben werden:

<sup>13</sup> Die Reflex verfügt über Niederlassungen und Verkaufsrepräsentanzen in Österreich, den Niederlanden, Griechenland, Polen, der Tschechischen Republik, Slowakische Republik und China.

<sup>14</sup> Die Spirotech verfügt über Niederlassungen in den USA, Grossbritannien, Deutschland und Belgien.

Unternehmen	Niederlassung in der Schweiz	Druckhaltesysteme	Zubehör
Pneumatex	X	X	X
Flamco	X	X	X
Reflex	--	X (Walter Meier)	--
Spirotech	--	--	X
Walter Meier	X	X (Reflex)	X

Tabelle 1: Übersicht über die Wettbewerbssituation in der Schweiz

47. Die Marktanteile der verschiedenen im Verfahren involvierten Unternehmen im Bereich der Druckhaltesysteme und des Zubehörs in der Schweiz lässt sich der unten stehenden Tabelle entnehmen. Es ist darauf hin-

zuweisen, dass Pneumatex in der Schweiz Marktführerin ist, hingegen in der EU lediglich auf Marktanteile zwischen [0-10 %] kommt.

Unternehmen	Durchschnittliche Marktanteile in der Schweiz im Bereich der Druckhaltesysteme 2004-2008 (Anteile EU)	Durchschnittliche Marktanteile in der Schweiz im Bereich des Zubehörs 2004-2008 (Anteile EU)
Pneumatex	60-70 % (0-10 %)	50-60 % (0-10 %)
Flamco	0-10 % (20-30 %)	10-20 % (10-20 %)
Reflex (Vertrieb durch Walter Meier)	10-20 % (10-20 %)	--
Spirotech (Vertrieb durch β)	Nicht im Sortiment	20-30 % (0-10 %)
Marktanteile der in der Schweiz domizilierten und im Verfahren involvierten Gesellschaften	70-80 %	70-80 %
Marktanteile der durch Informationsaustausch betroffene Produkte in der Schweiz (EU)	80-90 % (30-40 %)	90-100 % (40-50 %)

Tabelle 2: Marktanteile in der Schweiz

## A.4 Informationsaustausch

### A.4.1 Einleitung

48. Nach der dem Sekretariat vorliegenden Dokumentation haben Pneumatex, Flamco und Reflex Preislisten, Umsatzangaben und Informationen bezüglich der prozentualen Höhe und des Zeitpunkts von Preiserhöhungen von Druckhaltesystemen und Zubehör ausgetauscht.<sup>15</sup> Die Spirotech führt keine Druckhaltesysteme und war einzig an einem Austausch sensibler Geschäftsinformationen im Bereich des Zubehörs beteiligt.

49. Der nachfolgend beschriebene Informationsaustausch wurde dadurch erleichtert, dass sich die Manager von Pneumatex, Reflex, Flamco und Spirotech untereinander gut kennen. Tatsächlich haben einige von ihnen in der relevanten Zeit bei verschiedenen involvierten Unternehmen gearbeitet. Beispielsweise arbeitete C zuerst für Spirotech, dann für Pneumatex, bevor er schliesslich zu Reflex wechselte, wo er heute noch tätig ist.<sup>16</sup>

50. Dem Sekretariat wurde in der Selbstanzeige grösstenteils eine chronologisch geordnete Auflistung von Beweismitteln eingereicht, ohne dass diese einer Beweismittelwürdigung unterzogen worden wären. Das bedeutet, dass der unbestrittene Sachverhalt vorliegend zuerst hergeleitet werden muss. Der einfacheren Nachvollziehbarkeit willen, wurde die Beweismittelwürdigung in der Folge jeweils gleich im Anschluss an die Darlegung der Beweismittel vorgenommen. Diese Vorgehensweise ermöglicht es, zuerst den als erwiesen erachteten Sachverhalt festzuhalten, bevor auf die rechtliche Qualifikation der verschiedenen Sachverhaltselemente im Rahmen der Erwägungen eingegangen wird.

<sup>15</sup> Act. 1, Erster Teil, 6.

<sup>16</sup> Act. 1, Erster Teil, 6.



57. Das Sekretariat kam zum Schluss, dass die Äusserungen von B und G in ihren E-Mails, sie wollten sich nicht abstimmen, nicht automatisch bedeute, es lägen keine Verhaltensabstimmung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG vor, wie dies implizit aus der von Flamco vorgenommen Beweiswürdigung folge. Vor allem gehe aus dem E-Mail von G hervor „*folgende Schreiben [...] gehen an alle Kunden*“, dass diese Schreiben zum Zeitpunkt ihrer Kommunikation noch nicht versandt worden waren. Andernfalls hätte er etwa geschrieben, „*folgende Schreiben **haben** wir an alle Kunden **versandt***“, wie er dies bei anderer Gelegenheit getan habe (vgl. Rz 95). Flamco habe folglich die Schreiben zuerst an Pneumatex versandt, bevor sie ihre Kunden über die Preiserhöhung informierte.

58. Ferner könne Flamco nicht erklären, weshalb bevorstehende Preiserhöhungen mit Konkurrenten ausgetauscht worden seien, wenn keine Absicht bestehe, sich nach den Konkurrenzinformationen zu richten, bzw. die Konkurrenz in ihrem Verhalten zu beeinflussen. Der Hinweis, man hätte die Preiserhöhung ohnehin erfahren, vermöge diesen Umstand nicht zu beheben. Ein wettbewerbsrechtskonformes Motiv für den Austausch sei jedenfalls nicht erkennbar. Es sei folglich davon auszugehen, dass die Konkurrenten ihr Verhalten mittels Austausch der Preiserhöhungsinformationen einander hätten anpassen wollen.

59. In ihrer zweiten Stellungnahme reichte Flamco ein bis anhin nicht vorgebrachtes Beweismittel vor. Es handelt sich um eine E-Mail von Flamco vom 18. April 2006 an eine Kundin, aus der hervorgeht: „*Wir müssen [...] ab dem 1. Mai 2006 die ihnen vorliegenden Nettopreise für Sicherheitsventile um linear 8,5 % erhöhen*.“<sup>22</sup> Flamco schliesst aus dieser E-Mail, dass keine Verhaltenskoordination zwischen Flamco und Pneumatex erfolgt sei.<sup>23</sup>

60. Dazu ist erstens festzuhalten, dass in der E-Mail von G (Flamco) an B (Pneumatex) vom 19. April 2006 bevorstehende Preiserhöhungen von fünf Messingprodukten angekündigt wurden (s.o. Rz 52, sowie Fussnote 17). In der soeben erwähnten E-Mail vom 18. April 2006 ist lediglich eines dieser fünf Produkte erwähnt. Damit ist lediglich für eines dieser Produkte belegt, dass die Kommunikation der Preiserhöhung an einen Kunden zeitlich vor der Kommunikation an die Konkurrenz erfolgt ist (die zeitliche Differenz betrug 21 Stunden). Die Absicht der Konkurrenten, ihr Verhalten mittels Austausch der Preiserhöhungsinformationen einander anzupassen, wird folglich mit Bezug auf die restlichen vier Produkte nicht widerlegt.

61. Zweitens ist darauf hinzuweisen, dass die Vorgehensweise der Flamco etwas widersprüchlich erscheint. Zuerst legte die Untersuchungsadressatin den Behörden in der ersten Stellungnahme neue Beweismittel vor, welche es diesen erlaubten einen bisher unerkannten Verstoss gegen das Kartellgesetz zu orten. Dieses Vorgehen kann als erhöhte Kooperationsbereitschaft gewertet werden, was sich gegebenenfalls auf die Höhe der Sanktion auswirkt. Im Anschluss daran legte Flamco in der zweiten Stellungnahme Beweismittel vor, welche den von den Behörden neu in den Antrag aufgenommenen und von Flamco angezeigten Sachverhalt zu widerlegen versuchen. Zur Klarstellung sei festgehalten, dass

Flamco natürlich ein Recht zukommt, entlastende Beweismittel vorzulegen. Widersprüchlich scheint einzig der Umstand, dass belastende Sachverhalte selbst angezeigt werden, um diese im Nachhinein wieder zu bestreiten.

#### Golfspiel

62. Aus einem E-Mail-Austausch vom 25./26. April 2006 zwischen C (Pneumatex) und D (Flamco Niederlande und damals Flamco AG in Küssnacht) und einem Agenda-Eintrag geht hervor, dass sich die beiden am 15. Mai 2006 zusammen mit E (Flamco Group) und F (Pneumatex Niederlande) zum Golfspiel getroffen haben.<sup>24</sup> Tags darauf leitete C in einer E-Mail (16. Mai 2006) an seinen Vorgesetzten B folgende Informationen über Flamco weiter: „*Ab 1-7-06 Preiserhöhung von [...] % auf Messingware Flamcovent. D hat einmal ein Schreiben bei einem UK Grosshandel gesehen, wo Reflex anbietet, die Flamco Preise zu übernehmen minus [...] %. In Polen hat man personelle Probleme gehabt, die jetzt gelöst sind, Umsätze sind sehr enttäuschend, Reflex ist sehr stark mit gute[n] Leute[n]. [...] ist eigentlich durch die Flamco Mitarbeiter[-]Sturheit auf heutigen Stand gekommen. Wenn Eder noch Flamcovent bestellt, wird geliefert. In Europa sagt man nicht die Preispolitik von Reflex auf Kleingefässe[n] folgen zu wollen/können*.“<sup>25</sup> Pneumatex erhöhte per 1. Juni 2006 die Preise europaweit um [...] % für sein entsprechendes Messing-Produkt (Zubehör).<sup>26</sup>

63. Flamco bestreitet nicht, das sich die genannten Personen am 15. Mai 2006 zum Golfspiel getroffen hätten. Allerdings gibt Flamco zu bedenken, D und E bestritten, Geschäftsinformationen mit C ausgetauscht zu haben. D habe dies zudem unter Eid ausgesagt.<sup>27</sup>

64. Aus der von einer britischen Notarin zertifizierten „Affidavit of fact“ ist zum besagten Treffen zu entnehmen: „*During this meeting in Bunschoten general market trends were discussed and no commercially sensitive information could be considered anti-competitive. [...] we would never exchange confidential information concerning rebates or information that would influence commercial decisions or the market behavior of Flamco*.“<sup>28</sup>

65. Flamco bringt zudem vor, E habe ausgeführt, dass es sich bei der Preiserhöhung „*womöglich*“ um eine Preiserhöhung handle, welche sich auf den holländischen Markt beziehe und zu jenem Zeitpunkt den Kunden bereits kommuniziert worden sei. In den Niederlanden sei die Preiserhöhung in zwei Schritten erfolgt. Per 28. April 2006 seien den Flamco-Kunden eine Preiserhöhung von 5 % und am 19. Mai 2006 von 6 % auf Messingprodukten kommuniziert worden. Somit seien die Preise in den Niederlanden um 11 % und nicht um 12 % erhöht worden.<sup>29</sup>

<sup>22</sup> Act. 70, einzige Beilage.

<sup>23</sup> Act. 70, Rz 11.

<sup>24</sup> Act. 21, Punkt 4, Beilagen 7 u. 8. Aus den Akten lassen sich zahlreiche solcher Treffen zwischen C und D herleiten. Allerdings lässt sich nicht feststellen, welchen Gegenstand die anlässlich dieser Treffen geführten Gespräche hatten.

<sup>25</sup> Act. 21, Punkt 4, Beilage 9.

<sup>26</sup> Act. 37, Antwort zu Frage 2.

<sup>27</sup> Act. 63, Rz 40 und Beilage 1.

<sup>28</sup> Act. 63, Beilage 1.

<sup>29</sup> Act. 63, Fn 41.

66. Sowohl D als auch E hätten anlässlich ihrer Befragung durch die Untersuchungsadressatin ausgeführt, dass sich die Preiserhöhung von 12 % „*möglicherweise*“ gar nicht auf die Bruttopreise, sondern auf die generellen Preiserhöhungen für den Einkauf von Messing beziehe. Beim Produkt Flamcovent handle es sich um ein Produkt unter vielen. Es leuchte nicht ein, weshalb gerade dieses Produkt Gegenstand eines Informationsaustausches gewesen sein sollte. Es bestünden erhebliche Zweifel, ob D (Flamco NL) oder allenfalls E (Flamco Group) am 15. Mai 2006, C von Pneumatex mitgeteilt hätten, Flamco erhöhe ihre Preise auf Messingprodukte per 1. Juli 2006 um 12 %.

67. Zu all diesen Vorbringen ist als erstes festzuhalten, dass der Umstand, den sowohl D als auch E bestreiten, nämlich die relevanten Informationen anlässlich des Golfspiels weitergegeben zu haben, nicht weiter verwundert. Sowohl D als auch E droht die Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche, wenn die (im Falle von Ds ehemalige) Arbeitgeberin unter anderem wegen ihnen sanktioniert werden sollte. Im Falle von D droht sogar strafrechtliche Verfolgung.<sup>30</sup> Ihren Aussagen ist alleine daher mit Vorbehalt zu beugehen.

68. Zweitens steht fest, dass Pneumatex in ihrer schriftlichen Stellungnahme zum Antragsentwurf des Sekretariats, den Darstellungen des Sekretariats nicht widerspricht. Das Sekretariat hatte darin gefolgert, dass die Preiserhöhungsinformationen, welche C (Pneumatex) in seiner E-Mail an seinen Vorgesetzten weitergeleitet hatte, von D (Flamco Niederlande und damals Flamco AG in Küssnacht) stammten.

69. Ferner bestritt D mit seiner im *affidavit of fact* festgehaltenen Aussage nicht wörtlich, er habe Preiserhöhungsangaben weitergegeben, vielmehr steht seine Aussage aufgrund ihrer Vagheit auch einer gegenteiligen Auslegung offen. D erklärte wörtlich: „*during this meeting in Bunschoten general market trends were discussed and no commercially sensitive information was exchanged that could be considered anti-competitive [...] we would never exchange confidential information concerning rebates or information that would influence commercial decisions or the market behavior of Flamco.*“ Flamco misst dem *affidavit of fact* einen höheren Beweiswert zu als der E-Mail von C.

70. An dieser Stelle ist festzuhalten, dass im vorliegenden *affidavit of fact* nicht der Wahrheitsgehalt der Aussagen zertifiziert wird. Die zertifizierende Notarin hatte keine Kenntnisse über den Sachverhalt. Vielmehr zertifizierte die Notarin die Identität der aussagenden Person und den Umstand, dass diese Person die niedergeschriebenen Aussagen gemacht hat.<sup>31</sup> Dementsprechend qualifiziert auch das Bundesgericht ein *affidavit of fact* zwar als Urkunde im Sinne von Art. 110 Ziff. 5 StGB, der grundsätzlich erhöhte Beweiskraft zukommt. Allerdings beschränkt sich die erhöhte Beweiskraft laut Bundesgericht auf das von der Urkundsperson als richtig Bescheinigte. Entsprechend misst es einem *affidavit of fact* in Bezug auf den Inhalt keine erhöhte Beweiskraft zu.<sup>32</sup> Das Sekretariat geht in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung davon aus, dass dem Beweismittel kein höherer Beweiswert zukommt.

71. Schliesslich vermögen die Vorbringen von Flamco die streitbare E-Mail, welche am Folgetag des Golfspiels von C verfasst wurde, nicht zu beseitigen. Darin wird wörtlich auf D Bezug genommen und auf Informationen, welche dieser an den Schreibenden weitergegeben hat.

72. Die E-Mail stellt ein schriftliches Beweismittel dar, dessen Inhalt am Folgetag des Golfspiels verfasst wurde. Die Aussagen von D und E beruhen auf Erinnerungen. Die Aussagen von D erfolgten am 11. Dezember 2009 bzw. am 4. Januar 2010 und diejenige von E am 23. Dezember 2009. Das Golfspiel fand am 15. Mai 2006, also rund dreieinhalb Jahren vor diesen Aussagen statt. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass sich die Befragten zum Zeitpunkt ihrer Aussage erinnern konnten, was sie am betreffenden Tag gesagt hatten. Aufgrund dieser Beweislage und vor dem Hintergrund der in Rz 67 angestellten Überlegungen, geht das Sekretariat trotz der Vorbringen von Flamco davon aus, dass die 12 %ige Preiserhöhung von Flamco am Golfspiel kommuniziert wurde.

73. Die Angaben von E, es handle sich „*womöglich*“ um eine Preiserhöhung in den Niederlanden, welche in zwei Schritten im April und Mai 2006 vollzogen wurden und insgesamt 11% betragen hätten, wurden sichtlich unverbindlich gemacht. Zudem bezieht sich C in seiner Mail auf ein spezifisches Datum der Preiserhöhung, nämlich den 1. Juli 2006. Es ist nicht ersichtlich, warum er dies tun sollte, wenn sich die Informationen auf die holländischen Preiserhöhungen vom Mai und April beziehen würden. Der von Flamco gezogene Konklusion, die 12 %-Erhöhung sei falsch, kann daher nicht gefolgt werden.

74. Auch die Aussagen von D und E, die Preiserhöhung habe sich „*möglicherweise*“ gar nicht auf Bruttopreise, sondern auf generelle Messing-Preiserhöhungen bezogen, sind entsprechend vage. Wenn man sich den Wortlaut der E-Mail „*Ab 1-7-06 Preiserhöhung von 12 % auf Messingware Flamcovent*“ vor Augen führt, fällt diese Deutungsweise ausser Acht. Ansonsten hätte sich der Verfasser nicht auf ein bestimmtes Produkt bezogen. Die Bezugnahme auf dieses Produkts „*leuchtet*“ gemäss Flamco „*nicht ein.*“ Diesem Vorbringen ist entgegenzuhalten, dass aus diversen Preiserhöhungsschreiben ersichtlich ist, dass sich die angekündigten Preiserhöhungen häufig auf bestimmte Produkte beziehen. Es ist daher nicht einsehbar, weshalb dies nicht auch im Rahmen des genannten Golfspiels der Fall hätte sein sollen.

<sup>30</sup> Vgl. BAUDENBACHER (Fn 6), 134 ff.

<sup>31</sup> Act. 63, Beilage 1: Einleitung: „**Be it known that I** [Name und Adresse der Urkundsperson] **certify that** [Name und Adresse des Aussagenden] **a Citizen of Great Britain identified to me by the production of UK Passport number** [Zahl] **issued in England and other personal documents who appeared to me to have the necessary legal capacity and to understand the consequences of this Act, appeared before me on the [Datum] and made the following affidavit before me:**[...].“

<sup>32</sup> Urteil des BGer 6S.258/2006 vom 3.11.2006, E. 4.2.

75. Insgesamt steht also fest, dass die Preiserhöhungsangaben über welche Pneumatex verfügte, von Flamco stammten. Pneumatex erhöhte ihre Preise per 1. Juni unter anderem gestützt auf diese Angaben. Hätte Flamco nicht gewollt, dass sich Pneumatex nach ihren Angaben richtet, hätte sie die Informationen nicht weitergegeben. Es steht also fest, dass die Konkurrenten ihr Verhalten aneinander anpassen wollten.

## (ii) Kontakte im Oktober 2006

76. Eine Telefonnotiz vom 17. Oktober 2006 enthält Informationen zu einem Telefongespräch zwischen B (Pneumatex) und G (Flamco Deutschland und Flamco Group<sup>33</sup>). Die Notiz ist folgendermassen überschrieben: „*Folgendes ist ein Kurzprotokoll eines Telefonates mit G 17/10/06 08:30. Ziel: Marktinformationen austauschen. Prinzip: einander Informationen geben über dieselben Topics.*“ Gleich darunter werden folgende Angaben aufgelistet:

77. „*Flamco DE Umsatz – Anlagetechnik in der Druckhaltung: [...]€, Druckstufenentgasung (ENA): [...]€, Bereich Entlüftung/Entschlammung in Messing (ZU): [...]€ (Achtung inkl. Flexvent! Dn15), idem in Stahl: [...] (ZI + ZE) Gesamtumsatz Flamco DE: [...] Mio in Materialien vergleichbar zu Pneumatex inkl. Kleinkram wie SAV, Prescomano, Flexvent, [...] Mio insgesamt DE- [...] Mio (Wemefa) – [...] Mio (Flüssiggas).*“<sup>34</sup>

78. Aus einem Protokoll einer Geschäftsleitungssitzung der Pneumatex vom 18. Oktober 2006 steht unter der Überschrift „Preiserhöhungen 2007“: „*Flamco hat im August 4,9 % erhöht und wird nächstes Jahr nicht mehr erhöhen. B und A haben vor diesem Hintergrund eine Preiserhöhung von 4,5 % per 01.01.2007 auf das gesamte Sortiment beschlossen.* [...] In den einzelnen Ländern erhöhen wir ebenfalls auf 1.1.07 (ausser Schweiz: 1.4.07) [...]“<sup>35</sup>

79. Das Sekretariat hatte in seinem Antragsentwurf gefolgert, das Protokoll vom 18. Oktober 2006 müsse im Zusammenhang mit dem Telefonat vom 17. Oktober 2006 zwischen B (Pneumatex) und G (Flamco) gesehen werden. Es könne davon ausgegangen werden, dass die Informationen über die Preiserhöhungen von Flamco aus diesem Gespräch stammten. Aus dem Geschäftsleitungsprotokoll folge zudem, dass diese Informationen zu einer Preiserhöhung der Pneumatex per 1. Januar 2007 geführt hätten.

80. Flamco räumt ein, dass es in der Vergangenheit Kontakte zwischen B und G gab. G habe sich am 28. September 2006 mit B in Belgien getroffen, wo über generelle Marktinformationen über den deutschen Markt gesprochen worden sei.<sup>36</sup>

81. Weiter bringt Flamco vor, am 17. Oktober 2006 habe kein telefonischer Kontakt stattgefunden. Gemäss Aussagen von G, habe B versucht, ihn im Büro zu erreichen. Damals sei jedoch nur die Assistentin anwesend gewesen. G sei bereits am Vortag, also dem 16. Oktober 2006, für ein Geschäftsmeeting von Düsseldorf nach Berlin gereist. Am 17. Oktober 2006 sei er nach Manchester weitergereist, von wo er am 18. Oktober 2006 zurückgekehrt sei. Flamco belegt diese Reisen mit Rechnungen, Parktickets und einem Mietvertrag.<sup>37</sup>

82. Die von Flamco vorgelegten Beweismittel belegen, dass sich G am 17.-18. Oktober auf Geschäftsreise befand und somit nicht in seinem Büro anwesend war. Daraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass kein telefonischer Kontakt stattgefunden hätte. Das Telefongespräch konnte auch mittels Mobiltelefon, Hoteltelefon, Telefon in einem Sitzungszimmer etc. aus erfolgt sein. Die Telefonnotiz ist mit dem Datum 17. Oktober 2006 und der Uhrzeit 08:30 überschrieben. Keiner der aufgeführten Belege zeigt, was G an diesem Tag zu der genannten Uhrzeit gerade machte. Ferner lässt sich durch Gs Büroabwesenheit nicht erklären, warum B eine solche Telefonnotiz erstellen sollte, wenn er nicht tatsächlich ein Telefongespräch mit G geführt hätte.

83. Während die Telefonnotiz ein schriftliches Beweismittel ist, beruhen die Aussagen von G auf seinem Gedächtnis. Es kann nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass sich G zum Zeitpunkt seiner Aussage, namentlich am 23. Dezember 2009, noch erinnern konnte, was er vor mehr als drei Jahren am 17. Oktober 2006 um 08:30 Uhr gemacht bzw. gesagt hatte. Diese Schlussfolgerung bestätigt G indirekt selbst, in dem er angibt sich in Bezug auf einen anderen Sachverhalts vom 6. Mai 2008, der somit erheblich weniger weit zurückliegt, nicht mehr erinnern zu können, was Gegenstand eines von ihm geführten Gespräches war (vgl. Rz 91 f.).

84. Flamco bringt weiter vor, in der Telefonnotiz seien lediglich Umsatzangaben erwähnt, nicht jedoch Angaben bezüglich Preiserhöhungen. Es lasse sich anhand der damaligen Marktsituation erklären, weshalb die Geschäftsleitung der Pneumatex gewusst habe, weshalb Flamco im Jahr 2007 keine Preiserhöhung vornehmen wolle. Die Situation auf dem Rohstoffmarkt hätte dazu geführt, dass Flamco in Deutschland die Preise für alle Produkte im August 2006 unterjährig und ausserordentlich um 4,9 % habe erhöhen müssen. Bereits im Mai 2006 habe Flamco Deutschland insbesondere die Preise für Messingprodukte um 8,5 % erhöht. Es sei daher naheliegend gewesen, dass Flamco die Preise im Jahr 2007 nicht mehr erhöhen würde. Flamco Deutschland habe ihre Preise per 1. April 2007 zudem um 2,8 % erhöht.

<sup>33</sup> Act. 8, Beilage 55.

<sup>34</sup> Act. 1, Beilage 20.

<sup>35</sup> Act. 1, Beilage 21.

<sup>36</sup> Act. 63, Rz 46.

<sup>37</sup> Act. 63, Rz 47, Beilagen 4a.

85. Vorweg ist mit Flamco übereinzustimmen, dass die Telefonnotiz keinen wörtlichen Bezug auf die Preiserhöhung nimmt. Allerdings ist ebenso erstellt – und wird von Flamco auch nicht bestritten – dass G und B verschiedentlich Informationen über Preiserhöhungen ausgetauscht haben (vgl. unten Rz 52 ff.; 91 ff.; 104 ff.). Vergleicht man diese Tatsache und den Umstand, dass Preiserhöhungsangaben von Flamco, am Folgetag des Telefongesprächs zwischen den beiden in einem geschäftsinternen Protokoll von Pneumatex auftauchen, kann durchaus geschlossen werden, dass die Preiserhöhungsangaben von Flamco stammen. Im Gegensatz zu Flamco widerspricht Pneumatex den Darstellungen des Sekretariats denn auch nicht. Unter Anbetracht dieser Umstände ist der vorliegende Sachverhalt erstellt. Die Information, gemäss welcher Flamco ihre Preise im nächsten Jahr nicht mehr erhöhen werde, stammt von Flamco. Gestützt darauf hat Pneumatex ihre Preise im besagten Umfang erhöht. Es steht also wiederum fest, dass sich die Konkurrenten in ihrer Verhaltensweise aneinander angepasst haben.

### (iii) Kontakte im Juni 2007

86. Im Verlaufe des 6. Juni 2007 informierten zwei Mitarbeiter von Pneumatex ihren Vorgesetzten B per E-Mail detailliert über Preise und Rabatte von Flamco gegenüber zwei Kunden. B schrieb in einem Antwortmail gleichentags, er habe eine Vereinbarung (niederländisch: *Afspraak*) mit D (Flamco Niederlande), ihn über solche Angelegenheiten zu informieren, damit D intervenieren könne.<sup>38</sup> Auf diese Nachricht angesprochen gab B an, dass er anlässlich einer Fachmesse in München mit D gesprochen habe. Beide hätten sich über die aggressive Art und Weise, in der Reflex sie im Rahmen von Ausschreibungen unterbieten würde, beklagt. B erzählte D, dass Flamco das Gleiche tun würde in Bezug auf das Produkt „Zeparo“ von Pneumatex, welches in Konkurrenz zum Produkt „Flamcovent“ stehe. D sagte, dies müsse nicht sein und B solle ihm mitteilen, wenn er ein solch aggressives Preisverhalten erneut feststelle. B wies zwei seiner Pneumatex-Mitarbeiter an, ihm Beispiele für ein derartiges Preisverhalten zu liefern, damit er diese dann an D von Flamco weiterleiten könne, was diese in der Folge taten.<sup>39</sup>

87. Flamco bestreitet die Kontaktaufnahme zwischen D und B in München und den Inhalt des Gesprächs nicht, wobei D gesagt haben soll, er werde den Vorwurf aggressiven Preisverhaltens „überprüfen.“ B habe einmal ein Beispiel eines aggressiven Preisverhaltens von Flamco an D weitergeleitet. Letzterer habe festgestellt, dass Flamco nicht unter dem Selbstkostenpreisen offeriere und habe nicht auf die Mitteilung von B reagiert. Es habe keine Absprache zwischen den beiden Konkurrenten bestanden, sich gegenseitig zu informieren.<sup>40</sup>

88. Der Wortlaut der E-Mail beinhaltet das Wort „*afspraken*“ (Vereinbarung). Die Vereinbarung bestand darin, dass B D Beispiele über aggressives Verhalten liefern sollte, damit dieser intervenieren könne. Aufgrund der bereits gemachten Ausführungen steht fest, dass B seinen Teil der Vereinbarung („*afspraken*“) eingehalten hatte. D überprüfte gemäss den eigenen Angaben die Vorwürfe, reagierte allerdings nicht darauf.

89. Damit steht fest, dass die konkret in Frage stehende Vereinbarung bestand. Allerdings ist damit nicht nachgewiesen, dass diese Vereinbarung dauerhaft galt. Ebenfalls ist damit noch nicht erstellt, ob die Auswirkungen dieser Vereinbarung wettbewerbswidrig waren. Insofern ist mit Flamcos sinngemässen Vorbringen übereinzustimmen, dass gestützt auf diese Beweismittel auf keine dauerhafte und wiederholte Absprache geschlossen werden kann.

### (iv) Kontakte im April – Mai 2008

90. P von Pneumatex Deutschland informiert in einer E-Mail vom 24. April 2008 Vorgesetzten B in der Schweiz darüber, dass er von G (Flamco Deutschland und Flamco Group) an der IFH-Messe (16. April 2008) kontaktiert worden sei zwecks Preiserhöhungen per Juli 2008.<sup>41</sup> Weitere Informationen seitens Flamco seien jedoch bis anhin nicht erfolgt.<sup>42</sup> Aus einem Protokoll der Geschäftsleitung der Pneumatex vom 29. April 2008 geht hervor, dass Flamco über unterjährig Preiserhöhungen nachdenke.<sup>43</sup>

91. Eine Telefonrechnung der Swisscom weist darauf hin, dass ein Gespräch zwischen B und G stattgefunden hat.<sup>44</sup> Aus einer von Flamco eingereichten handgeschriebenen Notiz von G mit dem Betreff „*B [...] Gespräch vom 6.5.08*“ geht hervor, dass das Gespräch tatsächlich stattgefunden hat.<sup>45</sup>

92. Gemäss Aussagen von G, welcher sich nicht mehr genau an den Inhalt des Gesprächs erinnern könne, ging es damals nicht um Bruttopreiserhöhungen, sondern um die generelle Marktentwicklung sowie die Frage, inwiefern man sich gegenüber den „*exorbitanten Preisaufschlägen*“ der Rohstoffhändler absichern könne. Gemäss Angaben von Flamco hätten interne Abklärungen ergeben, dass die Sekretärin von G (Flamco Deutschland), in dessen Auftrag, der Sekretärin von P (Pneumatex Deutschland) am 7. Mai 2008 einen Teuerungszuschlag von 7,6 % per 2. Juni 2008 von Flamco mitgeteilt habe.<sup>46</sup>

93. In seiner E-Mail vom 13. Mai 2008 an J (IMI) erklärt B (Pneumatex): *[...] „As for the information of price raise for Reflex and Flamco: [G], [...] called me to inform me about them raising prices per July (officially-i.e. wholesalers always get some extra delay, so probably the price raise will be effective per september/October). Flamco increases 7.4 % and he also told me that Reflex does the same with 6.9 %.[...]“*<sup>47</sup>

<sup>38</sup> Act. 1, Beilage 30.

<sup>39</sup> Act. 26, Ziff. 18.

<sup>40</sup> Act. 63, Rz 59.

<sup>41</sup> Zudem wurde er von Reflex kontaktiert, vgl. dazu unten Rz 144.

<sup>42</sup> Act. 1, Beilage 35.

<sup>43</sup> Act. 1, Beilage 36.

<sup>44</sup> Act. 21, Beilage 16.

<sup>45</sup> Act. 63, Beilage 6a.

<sup>46</sup> Act. 63, Rz 71 und Beilagen 6a, 6b.

<sup>47</sup> Act. 1, Beilage 38.

94. Ein Protokoll der Geschäftsleitungssitzung von Pneumatex vom 13. Mai 2008, an der auch B teilnahmen, hält unter dem Titel „Preiserhöhungen 2009“ fest, dass Flamco in Deutschland ab 1. Juli die Preise um 7,4 % und Reflex um 6,9 % erhöhen werde. Pneumatex müsse ihre Preise spätestens bis 1. Januar 2009 erhöhen. Ferner ist vermerkt: „Die Durchsetzbarkeit auf dem Markt ist einfacher, wenn die Mitbewerber gleichzeitig auch hochgehen, wie es jetzt der Fall ist.“<sup>48</sup>

95. In einer E-Mail vom 15. Mai 2008 von B (Pneumatex) an G von Flamco verlangte B von Flamco eine Bestätigung über die geplante Preiserhöhung und eine Kopie des Kundenschreibens. G bestätigt die Preiserhöhung in seiner Antwortmail vom selben Tag und legt das Kundenschreiben bei: „wir haben diese Schreiben [an die Kunden] versendet [...]. In der Anlage eine Kopie des Schreibens.“ Aus dem Schreiben geht hervor, dass die Preiserhöhungen alle Produktbereiche von Flamco sowie Wemefa (Deutsche Produktionsstätte von Flamco) betrifft.<sup>49</sup>

96. Gemäss der Darlegung von Pneumatex habe sie sich Ende Juli 2008 entschlossen, die Preise aller Produkte um 8 % zu erhöhen. Diese Erhöhung sei nicht auf eine Absprache mit der Konkurrenz zurückzuführen. Tatsächlich hat Pneumatex ihre Preise in der Schweiz für den 1. Januar 2009 um 6 % erhöht.<sup>50</sup>

97. Flamco legte in ihrer Stellungnahme ein Schreiben vor, welches belegt, dass die Untersuchungsadressatin die oben erwähnten Preiserhöhungen am 5. Mai 2008 an einen ihrer Kunden mitgeteilt hat. Im betreffenden Schreiben vom 5. Mai 2008 heisst es wörtlich: „Wir werden daher ab dem 02.06.2008 die Ihnen vorliegenden Bruttopreise 2008, aber auch sämtliche Nettopreise linear mit einem TZ von 7,60 % abrechnen müssen.“<sup>51</sup>

98. Vor diesem Hintergrund verliert der genaue Inhalt des Gespräches zwischen B und G vom 6. Mai 2008 an Bedeutung, denn diese Beweislage erlaubt es auszuschliessen, dass Flamco ihre Preiserhöhungen der Konkurrenz zeitlich vor ihren eigenen Kunden mitgeteilt hatte. Hingegen steht fest, dass der Konkurrenz der genaue Umfang und der Zeitpunkt der Preiserhöhungen mitgeteilt wurde und zwar am Folgetag der Bekanntgabe an die eigenen Kunden.

99. Diese Vorgehensweise ist aus wettbewerbsrechtlicher Sicht nicht per se unproblematisch, selbst wenn die Preiserhöhung künftig auf dem ganzen Markt bekannt würden. Denn der Zeitpunkt, wann die Konkurrenz von der Preiserhöhung erfahren würde, ist ungewiss. Durch die Mitteilung verschaffte Flamco ihrer Konkurrentin also einerseits einen Zeitgewinn in Bezug auf die Kenntnis des Zeitpunkts und der genauen Höhe der Preiserhöhung und andererseits mit der Nachlieferung der Kundenschreiben am 7. und 15. Mai 2008 die Sicherheit, dass die kommunizierte Preiserhöhung auch tatsächlich durchgeführt wurden.

100. Den Darlegungen von Pneumatex, wonach man sich nicht sicher gewesen sei, ob die von der Konkurrenz angekündigten Preiserhöhungen auch tatsächlich stattfinden würden, ist vor dem Hintergrund des erwähnten E-Mails vom 7. Mai 2008 und den zugesandten Kundenschreiben am 15. Mai 2008 nicht zu folgen. Ferner

spricht auch die nachfolgende Passage im Protokoll vom 13. Mai 2008 gegen eine solche Annahme: „Die Durchsetzbarkeit auf dem Markt ist einfacher, wenn die Mitbewerber gleichzeitig auch hochgehen, wie es jetzt der Fall ist.“<sup>52</sup>

101. Anhand der vorliegenden Beweismittel ist eine Absicht der Parteien zu erkennen, sich in Bezug auf die Preisfestlegung zu beeinflussen. Eine solche ergibt sich bereits daraus, dass sich die Konkurrenten überhaupt preissensible Informationen zukommen liessen. Ein wettbewerbsrechtskonformer Antrieb für einen solchen Informationsaustausch ist nicht ersichtlich. Des Weiteren spricht der wiederholte Kontakt im Rahmen dessen „Marktinformationen“ ausgetauscht wurden dafür, dass das gegenseitige Konkurrenzverhalten eingeschränkt werden sollte. Der freundschaftliche Umgang<sup>53</sup> der beiden weist daraufhin, dass sich die Austauschpartner vertrauen konnten, was sich wiederum kollusionsfördernd auswirkte.<sup>54</sup> Vor dem Hintergrund, dass die Preiserhöhung von Flamco und Pneumatex zeitlich nahe beisammen waren, d.h. am 2. Juni und am 1. Juli 2008, verstärkt sich dieser Eindruck zusätzlich.

102. Insgesamt liegen jedoch im konkreten Sachverhaltsabschnitt nicht genügend Indizien vor, welche es erlauben würden, basierend auf der erkennbaren Absicht, Einfluss auf das Gegenüber auszuüben, eine abgestimmte Verhaltensweise herzuleiten. Folglich ist in Übereinstimmung mit Flamco und Pneumatex festzuhalten, dass gestützt auf die vorliegenden Beweismittel keine Verhaltensabstimmung angenommen werden kann.

(v) Tabellarische Auflistung der Sachverhalte

103. Die folgende Tabelle gibt eine Übersicht über die dargestellten Kontakte zwischen Pneumatex und Flamco (zur rechtlichen Qualifikation vgl. Rz 257 ff.).

<sup>48</sup> Act. 1, Beilage 40, Act. 21, Punkt 6, Beilage 17.

<sup>49</sup> Act. 1, Beilage 41.

<sup>50</sup> Act. 37, 2.

<sup>51</sup> Act. 63, Beilage 8.

<sup>52</sup> Act. 1, Beilage 40, Act. 21, Punkt 6, Beilage 17.

<sup>53</sup> Vgl. etwa Act. 63, Beilage 4b.

<sup>54</sup> Vgl. MARGARET C. LEVENSTEIN/VALÉRIE Y. SUSLOW, Cartel bargaining and monitoring: The role of information sharing, in: Swedish Competition Authority (ed.), The Pros and Cons of Information Sharing, 2006, 48.



Zeitpunkt der Ankündigung	Umfang der angekündigten Preiserhöhung (ankündigendes Unternehmen)	Umfang und Zeitpunkt Preiserhöhung Pneumatex	Umfang und Zeitpunkt Preiserhöhung Flamco
19. April 2006	8,5 % (Flamco) 10 % (Pneumatex)	10 %, 1. Juni 2006	8,5 %, 1. Mai 2006 (Deutschland)
15. Mai 2006	12 % (Flamco)	10 %, 1. Juni 2006	0-12 %, 1. August 2006 (Schweiz)
17. Oktober 2006	Keine Preiserhöhung (Flamco)	1. Januar 2007, 4,5 %	Keine Preiserhöhung
Juni 2007	Vermeidung aggressive Preispolitik		
6. Mai 2008	7,6 % (Flamco)	8 %, Juli 2008	7,6 %, 2. Juni 2008 (Deutschland) 0-3,5 %, 1. August 2008 (Schweiz)

Tabelle 3: Übersicht der Kontakte zwischen den Konkurrenten

#### A.4.2.2 Preislisten und Umsatzangaben

104. Am 3. November 2006 leitete B (Pneumatex) eine E-Mail von G (Flamco) an seine Mitarbeiter weiter, welche als Attachment eine Preisliste von Flamco über gewisse Produkte enthielt.<sup>55</sup>

105. Bei der Pneumatex wurden nach internen Untersuchungen detaillierte Preislisten über Produkte von Wettbewerbern (Flamco, Reflex, Spirotech) für das Jahr 2006 gefunden. Es wurden auch Vergleiche mit den Pneumatex-Preisen in der Schweiz erstellt.<sup>56</sup> Gemäss den Aussagen von P, Pneumatex Deutschland, wurden vor 2007 regelmässig Preislisten zwischen Pneumatex, Flamco und Reflex ausgetauscht.<sup>57</sup>

106. Am 15. Januar 2007 erteilte B seine Zustimmung, dass Preislisten von Pneumatex an Flamco zugestellt werden. Er instruiert einen Mitarbeiter 10 Preislisten an G von Flamco zu senden, sobald die Preislisten von Flamco eintröfen. P von Pneumatex Deutschland erkundigte sich beim selben Mitarbeiter über Spielregeln bezüglich des Austauschs von Preislisten. Früher habe man Preislisten auf Vertriebsleiterebene offen ausgetauscht. Er habe das Gefühl, man müsse sich die Preislisten nun auf dem Markt besorgen.<sup>58</sup>

107. Telefonnotiz vom 17. Oktober 2006 enthält Informationen zu einem Telefongespräch zwischen B (Pneumatex) und G (Flamco Deutschland und Flamco Group<sup>59</sup>). Gemäss Notiz bestand das Ziel des Gesprächs darin, Marktinformationen auszutauschen. Die Gesprächspartner kamen überein, einander Informationen weiterzuleiten. Konkret wurden, nebst den bereits erwähnten Angaben, Informationen über Umsätze verschiedener Produkte sowie über Gesamtumsätze ausgetauscht.<sup>60</sup>

108. In einer E-Mail vom 2. November 2006 beauftragte B seine Mitarbeiter P (Pneumatex Deutschland) und A (Pneumatex Schweiz), G von Flamco deutsche Umsatzzahlen über bestimmte Druckhaltesysteme und Zubehör<sup>61</sup> zur Verfügung zu stellen. Dies sei eine Gegenleistung für die Informationen von G vom 17. Oktober 2006.<sup>62</sup>

109. Aus den obenstehenden Angaben (Rz 104 ff., 108) kann es als bewiesen erachtet werden, dass Informatio-

nen bezüglich Umsätze und Preislisten zwischen Flamco und Pneumatex ausgetauscht wurden. Der Zeitraum betrifft im Falle der Preislisten zumindest das ganze Jahr 2006 bis am 15. Januar 2007. Wenn auch aufgrund der Abmachung zwischen B und G und den häufigen gegenseitigen Kontaktaufnahmen die Vermutung nahe liegt, dass sie häufiger Umsatzangaben ausgetauscht haben, kann der Austausch nur einmalig für den 17. Oktober 2006 bewiesen werden.

110. Die Parteien bestreiten diese Ausführungen nicht. Flamco bringt in ihrer Stellungnahme jedoch vor, dass keine Spielregeln über den Austausch existieren würden. Sie gibt zu bedenken, dass Preislisten auch bei Messen, per Internet und vom Grosshandel besorgt werden könnten. Zudem seien nur Bruttopreislisten ausgetauscht worden.

#### A.4.2.3 Auswirkungen des Austausches Pneumatex/Flamco auf die Schweiz

111. Da der erwähnte Informationsaustausch zwischen der in der Schweiz ansässigen Pneumatex und Flamco Niederlande bzw. Deutschland stattgefunden hat, ist dessen Auswirkung auf die Schweiz zu untersuchen.

<sup>55</sup> Act. 1, no. 23.

<sup>56</sup> Act. 1, no. 10.

<sup>57</sup> Act. 1, 2. Teil, 8, Ziff. 12.

<sup>58</sup> Act. 1, no. 25.

<sup>59</sup> Act. 8, no. 55.

<sup>60</sup> Act. 1, no. 20.

<sup>61</sup> Namentlich *Vento, Pleno, Compresso, Transfero*.

<sup>62</sup> Act. 1, no. 22.

112. Im Wesentlichen legte die Pneumatex ihre Preisgestaltung in Füllinsdorf zentral für sämtliche Absatzgebiete in Europa fest. Dies geschah durch eine interne Liste namens „EURREU“, die jährlich aktualisiert und an alle Pneumatex-Importgesellschaften im EWR verteilt wurden. Auf der Grundlage der EURREU legen die jeweiligen Importgesellschaften die nationalen Bruttopreise fest, die als Verhandlungsbasis mit den Kunden dienen. Die Importgesellschaften durften von der EURREU nur in einem engen Rahmen abweichen. Auf der Grundlage der von den Importgesellschaften festgelegten nationalen Bruttopreise, hatten die Abnehmer die Möglichkeit Rabatte und Vergünstigungen auszuhandeln.<sup>63</sup>

113. Der Informationsaustausch hatte auf die jährliche Festlegung der EURREU-Preise und somit auch indirekt auf das Zustandekommen der nationalen Bruttopreise in jedem EWR-Land, wo Pneumatex aktiv ist, Einfluss. Auch in der Schweiz berücksichtigte die Pneumatex die EURREU bei der Preisgestaltung (vgl. Rz 78). Sämtliche Informationen, welche man von Wettbewerbern erhielt, wurden nach Füllinsdorf weitergeleitet, wo sie bei der Erstellung der EURREU-Listen berücksichtigt wurden. Somit wirkte sich der Informationsaustausch unmittelbar auf die EURREU- und mittelbar auf die nationalen Bruttopreise aus, welche auf der Grundlage der EURREU festgelegt wurden. Darüber hinaus wirkte sich der Informationsaustausch auch auf die effektiven Kundenpreise aus, weil diese von den Bruttopreislisten ausgehend verhandelt wurden.<sup>64</sup>

114. Gemäss Erklärungen der Flamco und aus den Akten ergibt sich, dass die Preise für Flamco-Produkte ebenfalls konzernintern abgestimmt werden.<sup>65</sup> Die Einflussnahme der Muttergesellschaft auf die Preissetzung der Tochtergesellschaften geschah einerseits über die sogenannten Transferpreise, d.h. die Preise, welche eine Tochtergesellschaft für den Bezug von Produkten ihres Konzerns zu bezahlen hatte. Bei einer Preiserhöhung der Transferpreise war die Tochtergesellschaft de facto gezwungen, ihrerseits die Preise für ihre Produkte zu erhöhen, um die Preiserhöhung abzuwälzen.<sup>66</sup> Andererseits gab die Muttergesellschaft den Tochtergesellschaften auch direkte Anweisungen, wann und in welchem Umfang Preiserhöhungen durchzuführen seien.<sup>67</sup> Laut Parteiaussage hätten die Tochtergesellschaften der Flamco Group einen gewissen Gestaltungsspielraum beim „Nachvollzug“ der Preiserhöhungen, allerdings hätte die Flamco AG in Küsnacht die Vorgaben der Muttergesellschaft nicht einfach ignorieren können.<sup>68</sup>

115. Flamco widerspricht sowohl den Darstellungen des Sekretariats im Hinblick auf die konzerninterne Preisfestlegung von Pneumatex als auch im Hinblick auf diejenige von Flamco. Was Flamcos Vorbringen zu Pneumatex betrifft, genügt es, darauf hinzuweisen, dass es sich bei der Darstellungen des Sekretariats um Aussagen von Pneumatex selbst handelt, welchen von Pneumatex in ihrer Stellungnahme zum Antragsentwurf des Sekretariats nicht widersprochen wird.

116. Bezüglich der Preispolitik von Flamco, bringt die Untersuchungsadressatin im Wesentlichen vor, es treffe nicht zu, dass die Preise von Flamco-Produkten europaweit abgestimmt würden. Die Tochtergesellschaften seien bei einer Erhöhung der Transferpreise nicht ge-

zwungen, ihre Verkaufspreise zu erhöhen. Es gebe keine diesbezüglichen direkten Anweisungen der Muttergesellschaft. Der Entscheid, welche Massnahmen getroffen würden und der Umfang der Preiserhöhung stehe im Ermessen der Ländergesellschaften.

117. Die vom Sekretariat als Beweismittel aufgeführte E-Mail vom 30. Juni 2008 seitens des Managements der Flamco Group an K (Flamco Schweiz) ist mit dem Titel „*Steelprice increases and required salesprice increases in relation to Flamco's Trade sales*“ überschrieben. Alleine dieser Titel, welcher mit „*Stahlpreiserhöhungen und erforderliche/vorgeschriebene Verkaufspreiserhöhungen in Bezug auf die Flamco Handelspreise*“ übersetzt werden kann, zeigt an, dass Anweisungen vom Mutterhaus erfolgen. In der E-Mail heisst es sodann, „*[...] based on the sharply increased purchase prices (huge steel content) we are confronted with, the increase of the sales prices should be at least +/- [sic] 20% or more, also to be implemented separately as soon as possible. A separate overview will be sent to you as soon as possible which indicates the increased purchasing costs. It seems to be very[,] very important to offer market prices for this product group and not sell below purchase price, since also the availability in the market is a big problem at the moment. Furthermore, for Isofix also a minimal sales price increase of 6 % should be applied for.*“<sup>69</sup> Dabei handelt es sich um eine Anweisung.

118. In einer E-Mail von K (Flamco Schweiz) vom 5. Mai 2006 heisst es: „*Die Messingpreise am Rohstoffmarkt schnellen in die Höhe. Erst heute liegt mir eine Anweisung der Geschäftsleitung vor, dass wir unsere Messingprodukte am 1. Juli 6 % und am 1. Oktober 9 % erhöhen müssen. Diese 6 % haben wir weitgehend schon in Gange gesetzt, muss aber noch zum Teil mit Kunden kommuniziert werden.*“<sup>70</sup>

119. Das Management der Flamco Group hatte gleichentags eine Mail an die Geschäftsleiter der Ländergesellschaften gesandt, darunter auch an denjenigen der Schweiz. Darin heisst es: [...]

<sup>63</sup> Act. 1, Teil 1, C. vgl. exemplarisch: An der Geschäftsleitungssitzung von Pneumatex vom 10. März 2005 hielten A und B (beide Pneumatex) fest, dass für die Festlegung der neuen Preise nur noch wenige Kalkulationen sowie gewisse Angaben von Reflex und Flamco-Preisen fehlten, insbesondere über deren aktuelle Rabattpolitik. Ziel sei es, die Preise in der Woche nach der ISH (eine internationale Fachmesse in Frankfurt) festzulegen (Act. 1, Teil 2, 4, 2. Abschnitt).

<sup>64</sup> Act. 1, Teil 1, C.

<sup>65</sup> Act. 30, 7, Beilage 15; Act. 8, no. 54 unten. Vgl. Act. 8, no. 64: G von Flamco Deutschland erwähnt in einer Mail an K von Flamco Schweiz in Bezug auf Flexcon-P-Expansionsgefässe an: „*Das sind genau die Preise die wir abgestimmt haben.*“

<sup>66</sup> Act. 8, no. 63; Act. 8, no. 44.

<sup>67</sup> Act. 8, no. 58.

<sup>68</sup> Act. 22, letzte Seite.

<sup>69</sup> Act. 8, no. 54.

<sup>70</sup> Act. 8, no. 58.

*„In general we have agreed to increase our prices to the market, from the 1st of July, by 6 %. As you will see from the attachment if we stand by this agreement we are at risk of losing more than [...] Euro in this financial year. We must therefore do something in the short term to prevent such a loss. The calculation attached shows we need an increase of 9 % from the 1st Oct to break even.“*  
[...]

*“[...] and [...] will be visiting you shortly to discuss Transfer prices and in conjunction with this we would like to discuss your plans to cover the increase in brass prices. Please review your market and consider a plan of action for these increases. Remember that the 9 % increase shown is on top of the 6 % (on average) to be introduced from July.”<sup>71</sup>*

120. Präzisierend zur den oben gemachten Ausführungen sei an dieser Stelle ausgeführt, dass K (Flamco Schweiz) anlässlich einer Befragung durch das Sekretariat mit der folgenden Frage konfrontiert wurde: *„Geben Sie an, inwiefern sich Flamco AG unabhängig von den Vorgaben bezüglich Preisen oder anderen Konditionen der Muttergesellschaft verhalten kann.“* Die protokollierte und durch K unterzeichnete Antwort lautete: *„K weist darauf hin, dass die Tochtergesellschaft Flamco AG einen gewissen Gestaltungsspielraum habe. Allerdings könne K Vorgaben der Muttergesellschaft, die Bruttopreise um einen gewissen Prozentsatz zu erhöhen, weil die Rohstoffpreise gestiegen sind, nicht einfach ignorieren.“*<sup>72</sup>

121. Konkret lässt sich nachweisen, dass eine Preiserhöhung (12 % auf Messingartikel per 1. Juli 2006), die Flamco anlässlich des Golfspiels in Bunschoten (Rz 62 ff.) am 15. Mai 2006 Pneumatex mitgeteilt hatte, auch in der Schweiz nachvollzogen wurde. Aus einer E-Mail vom 1. Juni 2006 von K (Flamco Schweiz) folgt:<sup>73</sup>

122. *„Heute habe ich mit [...] die Preiserhöhung ab 1. August von 12 % für Messingartikel diskutiert. Wir haben dabei auch die neue[n] Transferpreise, die wahrscheinlich ab 1. September von Flamco BV an die Flamco AG berechnet werden in Anbetracht genommen.“*

123. Dem Einwand Flamcos, dass die Preise nicht konzernintern koordiniert würden, kann vor diesem Hintergrund nicht gefolgt werden. Anhand dieser Beweismittel ist erstellt, dass Anweisungen des Mutterhauses bezüglich Preiserhöhungen erfolgten und auch befolgt wurden. Für diesen Abschnitt des Sachverhalts ist es unerheblich, ob die Anweisungen des Mutterhauses nur teilweise oder vollständig befolgt werden. Es ist freilich nicht ausgeschlossen, dass die Vorgaben des Mutterhauses von den Geschäftsführern an die Gegebenheiten der jeweiligen Ländermärkte angepasst würden. Dennoch hatten die Vorgaben einen entscheidenden Einfluss auf die Entscheide der Ländergesellschaften.

124. Bezüglich der Logafix-Expansionsgefässe, welche Flamco exklusiv für den Grosshändler Buderus herstellt, ergibt sich eine Besonderheit. Gemäss Angaben von Flamco würden die Preise von Logafix-Gefässen traditionsgemäss mit Flamco Deutschland ausgehandelt. Die einzelnen Flamco-Ländergesellschaften seien an diese Preise gebunden. Die Marge, welche die einzelnen Ländergesellschaften erzielen könnten, sei gleich, weil allen

Ländergesellschaften (ausnahmsweise) derselbe Transferpreis (der deutsche Transferpreis) verrechnet werde. Für sämtliche andern Produkte, welche Flamco von der Muttergesellschaft beziehe, gelten länderspezifische Transferpreise, welche sich von jenen für Deutschland unterschieden.<sup>74</sup>

125. Wie eine Nachricht von K vom 17. Juli 2008 an seine Mitarbeiter zeigt, wurden die Preiserhöhungen, welche von Flamco am 24. April/6. Mai 2008 per 1. Juli 2008 für Deutschland angekündigt wurden, schliesslich auch per 1. September 2008 in der Schweiz umgesetzt.<sup>75</sup>

*„Wir haben zusammen folgendes vereinbart: Preiserhöhung per 1. September: [...] Gefässe: [...] % [...] Bitte kommuniziere die obengenannte Preiserhöhung mit den Kunden. Besten Dank.“*

126. Aus diesen Ausführungen folgt, dass sich der Informationsaustausch zwischen Flamco und Pneumatex im EWR über zwei Kanäle auf die Schweiz ausgewirkt hat. Einerseits arbeitete die Pneumatex die erlangten Informationen in die EURREU ein, welche mittelbar auch Einfluss auf die Preisfestsetzung in der Schweiz hatte. Andererseits „wanderten“ die Preise, welche Gegenstand des Informationsaustausches waren, via Muttergesellschaft von Flamco in die Schweiz.

#### **A.4.3 Informationsaustausch Pneumatex/Flamco in der Schweiz**

127. Der folgende Informationsaustausch bezieht sich auf das Produkt Flexcon P, welches von Flamco im Jahre 2008 neu auf dem Schweizer Markt eingeführt wurde. Bei Flexcon P handelt es sich um Druckausdehnungsgefäss. In den Protokollen des Aussendienstes vom 3. August 2007 bis 5. Juni 2008 wurde unter der Überschrift *„Flexcon P (Preise)“* vermerkt: *„L (Flamco), versucht bei folgenden Partnern/Konkurrenz das Gespräch zu suchen:[...] Vescal (heute Walter Meier), Pneumatex und unsere Philosophie Bruttopreise etc. bekannt zu geben! Wir müssen versuchen, dass kein „Preiskrieg“ entsteht.“*<sup>76</sup>

<sup>71</sup> Act. 63, Beilage 10.

<sup>72</sup> Act. 22, letzte Seite.

<sup>73</sup> Act. 8, no. 62.

<sup>74</sup> Act. 63, Rz 98.

<sup>75</sup> Act. 8, no. 41.

<sup>76</sup> Act. 8, no. 4 und 70: Protokoll Aussendienst vom 3. August 2007; Protokoll Aussendienst vom 14. August 2007; Protokoll Aussendienst vom 6. September 2007; Protokoll Aussendienst vom 25. September 2007; Protokoll Aussendienst vom 5. November 2007; Protokoll Aussendienst vom 21. Dezember 2007; Protokoll Aussendienst vom 7. Januar 2008; Protokoll Aussendienst vom 14. Februar/10. März 2008; Protokoll Aussendienst vom 27. März 2008; Protokoll Aussendienst vom 15. April 2008; Protokoll Aussendienst vom 5. Juni 2008.

128. L (Flamco) verfasste am 10. September 2007 einen Bericht mit dem Titel „*Bericht Pneumatex (Anlässlich des Treffens vom 04.09.07 mit O [...])*.“ Darin werden Angaben darüber gemacht, in welchen Ländern Pneumatex tätig ist, wie viele Mitarbeiter in der Schweiz beschäftigt sind und über das Sortiment, welches Pneumatex führt. Zudem gibt der Bericht Aufschluss über Umsätze in sämtlichen Geschäftsbereichen (inkl. Expansionsgefässe und Expansionsautomaten).<sup>77</sup> In einer E-Mail vom 10. September 2007 an seinen Vorgesetzten berichtet L über sein Treffen mit O vom 4. September 2007.<sup>78</sup>

129. Ein interner Bericht der Flamco AG bezüglich Expansionsautomaten vom 8. Januar 2008 nimmt zudem Bezug auf ein Treffen mit O von Pneumatex. Unter anderem heisst es dort: „*Laut O hat Pneumatex einen Marktanteil von [80-90 %]*.“ Ferner folgt eine tabellarische Darstellung des Preisgefüges der Expansionsautomaten, welche Pneumatex vertreibt. In einer Erklärung zu dieser Tabelle heisst es: „*Pneumatex Brutto: ist mit 5% erhöht, da eine Preissteigerung ca. April 08 in diesem Rahmen stattfinden wird. Pneumatex gewährt den Heizungsfirmen zwischen [...] % Rabatt, deshalb habe ich mit dem schlimmsten Fall gerechnet.*“<sup>79</sup>

130. Die Flamco gibt zu, dass beim Gespräch neben den Fragen der Produktentwicklung auch die Höhe möglicher Bruttopreiserhöhungen angesprochen worden seien. L habe in erster Linie die Strategie von Flamco hinsichtlich der Einführung von Flexcon P-Gefässen erläutern wollen. Der Mitarbeiter der Pneumatex habe sich sehr offen gezeigt und habe L Informationen über Pneumatex geliefert, welche dieser nicht verlangt habe. Weitere Gespräche mit Pneumatex hätten nicht stattgefunden.<sup>80</sup>

131. Angesichts der vorliegenden Beweismittel kann lediglich von einem einzigen Treffen, zwischen L und O ausgegangen werden, an dem sensible Geschäftsinformationen ausgetauscht wurden. Konkret wurden nebst Marktanteilen und Umsatzangaben, der Zeitpunkt und der Umfang von Preiserhöhungen auf Expansionsautomaten und zudem die den Händlern gewährten Rabatte besprochen.

132. Basierend auf diesen Angaben konnte Flamco den Zeitpunkt für die Einführung seines Produktes und die Preisgestaltung entsprechend anpassen. Die Ungewissheit über das diesbezügliche künftige Verhalten der Konkurrenten war aufgrund der sehr hohen Marktanteile der Pneumatex weitestgehend beseitigt.

133. Flamco bringt in ihrer Stellungnahme dazu im Wesentlichen vor, dass keine Rabattinformationen zwischen Pneumatex und Flamco ausgetauscht worden seien. L kenne die Rabattspannen aufgrund seiner vormaligen Tätigkeit als Installateur. Flamco habe bezüglich Flexcon-P kein Interesse an den Bruttopreisen von Pneumatex, welche ihre Preise nach Belieben festlegen könne und deren Preise keine relevante Vergleichsgrösse darstelle. Die Ungewissheit betreffend der Preisgestaltung sei nicht beseitigt, da die Berechnungsgrundlagen vage seien. Pneumatex habe in der relevanten Gefässkategorie faktisch ein Monopol besessen. Um auf dem Markt überhaupt eine Chance zu haben, müsse das neue Flexcon P-Gefäss sowohl für den Handel als auch für den Installateur preislich attraktiv sein. Die Produkt-

neulancierung sei mit sehr hohen unternehmerischen Risiken und Kosten verbunden. Die Durchbrechung eines Monopols sei nur mit ausserordentlichen Anstrengungen möglich.

134. Als erstes sei vorgemerkt, dass diese Vorbringen nicht zu rechtfertigen vermögen, dass mit der Konkurrenz sensible Geschäftsinformationen besprochen wurden. Falls diese Angaben tatsächlich von geringem Interesse für Flamco gewesen wären, ist zudem nicht nachvollziehbar, weshalb diese Angaben in einen internen Bericht einfließen, der dazu bestimmt war, eine Strategie zu entwickeln, um ein neues Produkt zu lancieren.

135. Was die Kenntnisse von L bezüglich der Rabattspannen betrifft, kann nicht ausgeschlossen werden, dass dieser tatsächlich über solches Wissen verfügte.

136. Flamcos Ausführungen bezüglich der Bruttopreise von Pneumatex sind insofern widersprüchlich, als dass Flamco einerseits festhält, die Preise der Konkurrenz stellten keine relevanten Vergleichsgrössen dar und andererseits vorbringt, dass das neue Flexcon P-Gefäss preislich attraktiv sein müsse, um auf dem Markt zu reüssieren. Um beurteilen zu können, ob es attraktiv ist, muss ein Benchmark herbeigezogen werden. In diesem Fall lieferte der klare Marktführer Pneumatex die Preisangaben, welche als Benchmark benutzt werden konnten.

137. Zum Vorbringen, die Ungewissheit über die Preisfestsetzung der Konkurrenz sei nicht beseitigt, ist anzumerken, dass das Sekretariat ausgeführt hat, die Unsicherheit sei „weitestgehend“ beseitigt worden. An dieser Schlussfolgerung ist vor dem Hintergrund, dass Pneumatex der mit Abstand grösste Akteur auf dem Markt für Expansionsgefässe ist, trotz den Vorbringen von Flamco festzuhalten. Die Kenntnis des Preisgefüges und des Zeitpunkts einer Preiserhöhung seitens des grössten Konkurrenten, sind die genauesten und wichtigsten auf dem Markt erhältlichen Angaben. Die ungefähre Kenntnis der Rabattstruktur, sei dies nun durch den Konkurrenten selbst oder durch spezielle Kenntnisse des betreffenden Flamco-Mitarbeiters, erlauben es gestützt auf die Bruttopreisangaben, die Höhe der Nettopreise der Konkurrenz zu einem genauen Grade einzuschätzen. Eigene Marktbeobachtungen, ohne Kontaktaufnahme mit dem Konkurrenten, hätten Flamco nicht zu solch exakten Annahmen verholfen. Gerade darin liegt die weitestgehende Beseitigung der Ungewissheit in Bezug auf das Vorgehen der Konkurrenz.

<sup>77</sup> Act. 16, Beilage 5.

<sup>78</sup> Act. 16, Beilage 6.

<sup>79</sup> Act. 8, no. 14.

<sup>80</sup> Act. 22; Act. 8, no. 33; Act. 16, 8.

#### A.4.4 Informationsaustausch Pneumatex/Reflex

##### A.4.4.1 Mitteilung von Preiserhöhungen

###### (i) Kontakt Oktober 2004

138. In einer E-Mail vom 15. Oktober 2004 leitet A (Pneumatex) seinem Vorgesetzten Information weiter, wonach M von Reflex aus Deutschland angerufen hätte, um eine Preiserhöhung von 4,5 % per 1. Dezember 2004 mitzuteilen. Die Preiserhöhungsankündigung sollte als Traktandum an der Geschäftsleitungssitzung des 20. Oktobers 2004 behandelt werden.<sup>81</sup> Aus dem Protokoll der betreffenden Geschäftsleitungssitzung geht allerdings hervor, dass Pneumatex Deutschland keine Erhöhung der Preise vornehmen würde.<sup>82</sup> Die angekündigte Preiserhöhung von 4,5 % wurde von Reflex an die Vertreter von Reflex-Expansionsgefässen in der Schweiz – Walter Meier – weitergegeben und zwar in vollem Umfang.<sup>83</sup>

139. Zwar ist ersichtlich, dass die Reflex die Pneumatex mit dem Anliegen kontaktiert hat, eine Preiserhöhung zu koordinieren, jedoch geht aus dem internen Protokoll hervor, dass die Pneumatex nicht im Sinne der Konkurrenz gehandelt hat. Ob Reflex ihre Preiserhöhung am Ende mit einer anderen Wettbewerberin koordiniert hat, kann nicht festgestellt werden. Es ist lediglich ersichtlich, dass die gegenüber Pneumatex für Deutschland angekündigte Preiserhöhung von Reflex in der Schweiz durchgesetzt wurde, indem die Preise gegenüber Walter Meier (vertriebt Reflex-Produkte in der Schweiz) um 4,9 % heraufgesetzt wurden.

###### (ii) Kontakt 21. Juni 2006

140. Aus einer E-Mail vom 21. Juni 2006 eines Pneumatex-Mitarbeiters an B folgt, dass M von Reflex angerufen hat, um anzukündigen, dass Reflex am 1. August 2006 die Preise über alle Produkte um 4 % erhöhen würde. Gemäss der Nachricht sollen Flamco und die „Italiener“<sup>84</sup> daran teilnehmen. M von Reflex habe angefragt, dass Pneumatex die Erhöhung begleite, da er sonst wieder höhere Rabatte geben müsse.<sup>85</sup> A von Pneumatex antwortete darauf gleichentags: *„Eine Preiserhöhung ist immer eine Chance, den Deckungsbeitrag zu erhöhen, was uns in Deutschland gut tun würde. Wenn tatsächlich alle mitmachen, fände ich es schade, wenn wir es nicht tun. Für mich wäre es wichtig zu wissen, ob die anderen tatsächlich mittun.“*

141. Wiederum steht fest, dass Reflex die Pneumatex mit dem Anliegen kontaktiert hat, eine koordinierte Preiserhöhung vorzunehmen. Pneumatex scheint an einer solchen Koordinierung auch durchaus interessiert gewesen zu sein, hingegen fehlen Hinweise, ob die Preiserhöhungen auch tatsächlich koordiniert wurden.

###### (iii) 18. Oktober 2006

142. Aus einem Protokoll einer Geschäftsleitungssitzung vom 18. Oktober 2006 folgt, dass Pneumatex über Informationen zu Preiserhöhungen der Konkurrenz für das Jahr 2007 verfügte. Bezüglich Reflex wird unter dem Titel Preiserhöhungen 2007 festgehalten: *„Reflex tut in Deutschland nichts, da sie bereits im Sommer 4,6 % hochgegangen sind. Aber im Export werden sie 4-6 % hochgehen, da dort im Sommer nichts gemacht wurde. Zudem wird es eine Vereinheitlichung zwischen den*

*Ländern geben.“* Laut Protokoll wurde *„vor diesem Hintergrund eine Preiserhöhung von 4,5 % per 01.01.2007 auf das gesamte Sortiment beschlossen.“*<sup>86</sup>

143. Es steht fest, dass die Pneumatex ihre Preise per 1. Januar 2007 in Kenntnis und unter Berücksichtigung der Preiserhöhungen von Reflex (und Flamco, vgl. Rz 78) festgelegt hat. Allerdings gibt es keinen Hinweis darauf, woher die Information stammt. Es besteht die Möglichkeit, dass die Information direkt von Reflex selber kommuniziert wurde, es könnte jedoch auch sein, dass die Information aus anderer Quelle stammt. Hingegen ist bewiesen, dass die Preisfestsetzung der Reflex einen Einfluss auf die Preispolitik der Pneumatex hatte.

###### (iv) April-Mai 2008

144. Gemäss einer E-Mail vom 24. April 2008 an B (Pneumatex), habe M von Reflex versucht P (Pneumatex Deutschland) von einer ausserperiodischen Preiserhöhung zu überzeugen. Aufgrund des Kostendruckes denke M angeblich über eine Preiserhöhung auf den 1. Juli 2008 nach und wolle P in Kalenderwoche 17 informieren. Dies sei bis heute nicht passiert.<sup>87</sup> Ein internes Geschäftsleitungs-Protokoll vom 29. April 2008 hält fest, dass Reflex über eine unterjährige Preiserhöhung nachdenke, wobei Pneumatex kaum mitziehen würde.<sup>88</sup>

145. In seiner E-Mail vom 13. Mai 2008 an J (Indoor Climate IMI) erklärt B, dass ihn G angerufen und ihm mitgeteilt habe, dass Flamco die Preise um 7,4 % und Reflex um 6,9 % erhöhen werde. Diese Preise würden ab Juli 2008 bzw. für den Grosshandel ab September oder Oktober 2008 in Kraft treten.<sup>89</sup>

146. Ein Protokoll der Geschäftsleitungssitzung von Pneumatex vom 13. Mai 2008 hält unter dem Titel *„Preiserhöhungen 2009“* fest, dass Flamco in Deutschland ab 1. Juli die Preise um 7,4 % und Reflex um 6,9 % erhöhen würden. Pneumatex müsse ihre Preise spätestens bis 1. Januar 2009 erhöhen. Ferner ist vermerkt: *„Die Durchsetzbarkeit auf dem Markt ist einfacher, wenn die Mitbewerber gleichzeitig auch hochgehen, wie es jetzt der Fall ist.“*<sup>90</sup> Gemäss der Darlegung von Pneumatex, habe sie sich Ende Juli 2008 entschlossen, die Preise aller Produkte um 8 % zu erhöhen. Diese Erhöhung sei nicht auf eine Absprache mit der Konkurrenz zurückzuführen.<sup>91</sup> Die Reflex setzte in der Schweiz eine Preiserhöhung per 1. Juli 2008 im Umfang von 4,9 % gegenüber dem Vertreter von Reflex-Expansionsgefässen in der Schweiz – Walter Meier – durch. Diese erhöhte ihre Preise daraufhin per 1. August auf 5,4 %.<sup>92</sup> Die Pneumatex hat ihre Preise auch in der Schweiz für den 1. Januar 2009 um 6 % erhöht.<sup>93</sup>

<sup>81</sup> Act. 1, Beilage 6.

<sup>82</sup> Act. 26, Beilage 2.

<sup>83</sup> Act. 36, Beilage 1.

<sup>84</sup> Es kann nicht hergeleitet werden, welche(s) Unternehmen damit gemeint sind (ist).

<sup>85</sup> Act. 21, 4, sowie Beilage 12.

<sup>86</sup> Act. 1, no. 21.

<sup>87</sup> Act. 1, no. 35.

<sup>88</sup> Act. 1, no. 36.

<sup>89</sup> Act. 1, no. 38.

<sup>90</sup> Act. 1, no. 40.

<sup>91</sup> Act. 26, 13, Punkt 20.

<sup>92</sup> Act. 36, Beilage 1.

<sup>93</sup> Act. 37, 2.

147. Demzufolge ist erstellt, dass die Pneumatex von Reflex bereits im April 2008 kontaktiert wurde, um eine Preiserhöhungsrunde für Juli 2008 zu koordinieren. Allerdings ist nicht erstellt, von woher die im Geschäftsleitungs-Protokoll vom 29. April 2008 enthaltenen Informationen stammen. Im Unterschied zum ähnlich gelagerten Sachverhalt, bei dem es um einen Informationsaustausch zwischen Pneumatex und Flamco ging (vgl. Rz 90 ff.), gibt es nämlich keine Hinweise auf einen E-Mail-Verkehr oder Telefongespräche, welche diesbezüglich zwischen Pneumatex und Reflex geführt wurden und einen direkten Informationsaustausch zu belegen vermöchten.

148. Die Preiserhöhungsinformationen im Protokoll vom 13. Mai 2008 müssen vor dem Hintergrund des Kontaktes zwischen Flamco und Pneumatex zur gleichen Zeit gesehen werden (vgl. Rz 90 ff.). Es kann entsprechend davon ausgegangen werden, dass die im Sitzungsprotokoll erwähnten Preiserhöhungsinformationen bezüglich Reflex, nicht direkt von Reflex, sondern von Flamco stammen. Als erwiesen erachtet werden kann, dass die Pneumatex ihre Preise wiederum in Kenntnis des Zeitpunkts und der Höhe der Preiserhöhungen der Konkurrenzunternehmen festgelegt hat.

149. Die diesbezügliche Darstellung der Pneumatex, wonach ihr Entschluss vom Juli 2008 ihre Preise zu erhöhen, losgelöst von den durch die Konkurrenz gelieferten Informationen erfolgte, ist – wie bereits dargelegt – nicht zu folgen. Die Informationen der Konkurrenz bezüglich Preiserhöhungen stammen denn auch bereits vom 24. April 2008 bzw. 13. Mai 2008.

150. Aufgrund der vorliegenden Beweismittel scheint eine Abstimmung zwischen Pneumatex und Reflex sehr wahrscheinlich, kann aber letztlich nicht bewiesen werden, da die preisrelevanten Informationen bezüglich Reflex von Flamco und nicht von Reflex selbst stammen.

#### **(v) Informelle Kontakte**

151. Aus Bs (Pneumatex) Agenda lassen sich laut Selbstanzeige verschiedene Treffen mit T von Reflex herleiten. Die beiden trafen sich am 14. April 2004, 30. Dezember 2004, 24. Mai 2005, 19. April 2006, 25. September 2007 und 2. Oktober 2007. Der Inhalt der Gespräche ist unbekannt.<sup>94</sup>

152. Am 15. Januar 2007 erkundigte sich B von Pneumatex bei Y von Reflex nach einem informellen Informationsaustausch. Y sagte zu und schlug ein Datum für einen Telefonanruf vor.<sup>95</sup>

153. Die verschiedenen Treffen mit der Konkurrenz sowie die Mail bezüglich des informellen Informationsaustauschs zeigen auf, dass die Kontakte zwischen Pneumatex und Reflex regelmässig stattgefunden haben. Vor dem Hintergrund der Selbstanzeige und den Beweismitteln, liegt der Schluss nahe, dass anlässlich dieser Treffen wettbewerbsrechtlich relevante Daten ausgetauscht wurden. Allerdings lässt sich der Inhalt der anlässlich der Treffen geführten Gespräche nicht rekonstruieren.

#### **A.4.4.2 Fazit der Beweiswürdigung**

154. Es liegen somit Indizien vor, wonach auch Pneumatex und Reflex zumindest bezüglich des EWR wettbewerbsrechtlich relevante Informationen ausgetauscht

haben. Ein strikter Beweis für das Vorliegen von Absprachen zwischen Pneumatex und Reflex kann aufgrund der Aktenlage nicht erbracht werden. Es bestehen ferner keine Hinweise für eine Implikation eines Schweizer Vertreibers von Reflex-Produkten (v.a. Walter Meier) am Informationsaustausch im EWR. Bewiesen ist hingegen, dass der Informationsaustausch einen Einfluss auf die Preisfestlegung der Pneumatex hatte und sich somit auf die Schweiz ausgewirkt hat.

#### **A.4.4.3 Konsequenzen für das Verfahren**

155. Dieses Ergebnis führte zur Frage, ob gegen die in Deutschland ansässige Reflex ein Verfahren eröffnet werden sollte. Auf eine Verfahrenseröffnung gegen die Reflex konnte aufgrund der Besonderheit des vorliegenden Falles verzichtet werden. Zu diesem Resultat führte insbesondere das kumulative Vorliegen der nachfolgenden Gründe:

156. i) Die Reflex verfügte über keine Niederlassungen in der Schweiz und es bestehen weder mit Deutschland noch mit der EU Kooperationsabkommen. Dies verunmöglichte es nicht nur Untersuchungshandlungen ausserhalb der Schweiz zu veranlassen, sondern auch getroffene Entscheide durchzusetzen. Es hätte daher lediglich die Möglichkeit bestanden, mittels konsularisch zugestellter Fragebogen an Informationen zu gelangen. Es erscheint unwahrscheinlich, dass Reflex die Fragen in nützlicher Frist beantwortet hätte.

157. ii) Die Reflex verfügte in der Schweiz im Verhältnis zu den übrigen Verfahrensadressaten, welche kumulativ über 90-100 % der Marktanteile verfügten, über geringe Marktanteile, weshalb die Auswirkung der Abreden verhältnismässig unbedeutend war.

158. iii) Die Verfahrensdauer des vorliegenden Verfahrens, welches nach 17 Monaten abgeschlossen werden konnte, hätte sich über Gebühr verlängert, ohne dass sich dadurch das Resultat der Untersuchung erkennbar verändert hätte.<sup>96</sup> Die kurze Verfahrensdauer trägt zudem dazu bei, die Attraktivität von Verfahren mit Bonusmeldungen zu steigern. Die Attraktivität des Bonusprogrammes ist zentral für die wirksame Durchsetzung des Kartellgesetzes.

159. iii) Schliesslich war eine Verfahrenseröffnung auch vor dem Hintergrund nicht angezeigt, dass die EU-Kommission in Bezug auf denselben Sachverhalt parallel ein Verfahren (u.a. gegen die Reflex) eröffnet und Hausdurchsuchungen durchgeführt hat. Reflex entzieht sich somit ihrer Verantwortung nicht und wird im Rahmen des Verfahrens vor der europäischen Kommission zur Rechenschaft gezogen.

#### **A.4.5 Informationsaustausch Flamco/Walter Meier (Reflex)**

160. Einige der nachfolgenden Ausführungen basieren auf den sogenannten Aussendienstprotokollen der Flamco. Diese Protokolle halten fest, was in den Sitzungen des Aussendienstes, welche etwa monatlich stattfanden, diskutiert wurde.

<sup>94</sup> Act. 21, 2.

<sup>95</sup> Act. 1, no. 26.

161. Die Flamco bringt vor, dass die Protokolle des Aussendienstes nie vollständig neu erarbeitet und aktualisiert worden seien. Die Protokolle seien vielmehr im Sinne einer Pendenzenliste regelmässig (etwa monatlich) fortgeführt worden. Pendente Aufgaben liess man in den Protokollen stehen. Teilweise bleiben jedoch auch bereits erledigte bzw. nicht mehr aktuelle Punkte in den Protokollen stehen. Aufgrund der Protokollstellen könne nicht auf die Anzahl der Kontakte mit der Konkurrenz geschlossen werden.<sup>97</sup>

162. Diesen Vorbringen der Flamco ist zu folgen. Der identische Wortlaut in den betreffenden Protokollstellen ist in der Tat nicht zu übersehen. Aus den Darstellungen der Flamco folgt aber auch, dass diejenigen Vorhaben, welche sich nicht mehr in den nachfolgenden aktualisierten Protokoll-Versionen finden, tatsächlich umgesetzt worden sind, da die Protokolle im Sinne einer Pendenzenliste geführt wurden.

163. Nach Darstellungen von Walter Meier wurden die Informationen bezüglich bevorstehender Preiserhöhungen jeweils an Flamco kommuniziert, nachdem die Geschäftsleitung der Walter Meier die Preiserhöhungen beschlossen hätten. Es sei nur ein einziges Mal zu einem Gespräch mit Flamco über Preiserhöhungen gekommen.<sup>98</sup>

164. Die Aussage bezüglich Preiserhöhungen lässt sich weder eindeutig nachweisen noch widerlegen. Im Sinne einer Klarstellung ist dazu anzumerken, dass die Qualifikation eines Sachverhalts als abgestimmtes Verhalten nicht davon abhängt, ob die Geschäftsleitung bereits über eine Preiserhöhung entschieden hatte, bevor diese an die Konkurrenz weitergegeben wurde. Erstens kann ein solcher Beschluss jederzeit rückgängig gemacht oder abgeändert werden. Zweitens ermöglicht es der Informierende dem Konkurrenten mit der Weitergabe der Preiserhöhungsinformation, sich an den erhaltenen Informationen auszurichten und sich anzupassen. Der Informierende seinerseits hat unter Umständen ein Interesse daran, dass sich die Konkurrenten ihm anpassen, da dies das Risiko verringert, Marktanteile einzubüssen.

165. Im Gegensatz dazu lässt sich beweisen, dass Walter Meier die kommunizierten Preiserhöhungen nicht wesentlich selbst beeinflusst hat, sondern die von Reflex vorgegebenen Preiserhöhungen nachvollzog. In Bezug auf die Aussage, ein Gespräch über Preiserhöhungen habe nur ein einziges Mal stattgefunden, handelt es sich offensichtlich um eine Schutzbehauptung, wie die nachfolgenden Ausführungen aufzeigen werden.

#### A.4.5.1 Mitteilung von Preiserhöhungen

##### (i) Kontakt Februar – Juli 2007

166. In den Protokollen der Flamco-Aussendienstsitzen zwischen Februar und Juli 2007 ist folgender Eintrag vermerkt: „Mit Q eine allfällige Preiserhöhung (3 % auf Expansionsgefässen) besprechen.“<sup>99</sup> Im Protokoll vom Juli 2007, in dem dieser Eintrag zum letzten Mal vorkommt, ist der Vermerk „abgeschlossen“ daneben angebracht.<sup>100</sup>

167. L (Flamco) schreibt in einer E-Mail vom 5. Februar 2007: „Hatte mit Q (Vescal) [=heutige Walter Meier] noch Kontakt [...]. Vescal ) erhöht die Preise der Expansions-

Gefässe (Reflex) auf den 01.04.07 um 4 %, denke wir könnten in diesem Fall unsere Gefässe um 2-3 % erhöhen. Was denkt ihr?“<sup>101</sup> Die Walter Meier setzte den Preis für die Reflex-Ausdehnungsgefässe per 1. April 2007 um 4 % hinauf.<sup>102</sup> Die Reflex hatte ihrerseits ihre Preise gegenüber der Walter Meier per 1. April 2007 um 3,9 % erhöht.<sup>103</sup> Auch die Flamco setzte die Preise gewisser Typen ihrer Druckausdehnungsgefässe<sup>104</sup> per 1. April 2007 um 2 % bzw. 3 % hinauf.<sup>105</sup>

168. Aus den Dokumenten ist nicht zweifelsfrei festzustellen, ob es im Zeitraum zwischen Februar bis Juli 2007 zu einem oder mehreren Kontakten zwischen Flamco und Walter Meier gekommen ist. Aufgrund der E-Mail von L ist jedoch ersichtlich, dass zwischen Januar und Februar 2007 mindestens ein Gespräch über Preiserhöhungen stattgefunden hat. Sein Vorschlag die Preise für Expansionsgefässe um 2-3 % zu erhöhen, wurde in der Folge per 1. April 2007 auch tatsächlich umgesetzt.<sup>106</sup>

169. Aus den Beweismitteln folgt auch, dass Walter Meier die ihnen von Reflex angekündigten Preiserhöhungen an ihre Kunden überwälzt hat. Sie folgten den Vorgaben von Reflex sowohl hinsichtlich des Umfangs als auch des Zeitpunkts der Preiserhöhungen. Die Walter Meier setzte den Preis für die Reflex-Ausdehnungsgefässe per 1. April 2007 um 4 % hinauf. Die Reflex hatte ihrerseits ihre Preise gegenüber der Walter Meier per 1. April 2007 um 3,9 % erhöht.

170. Flamco bringt im Wesentlichen dazu vor, dass die ähnliche hohe Preiserhöhung von Flamco und Walter Meier nicht auf eine abgestimmte Verhaltensweise zurückzuführen sei. Rohstoffpreiserhöhungen wirkten sich in etwa gleich auf den Selbstkostenpreis aller Hersteller aus. Bei Expansionsgefässen handle es sich technisch gesehen um relativ einfache Produkte, welche bei allen Herstellern mehr oder weniger die gleichen Anteile an Stahl, Gummi, Farbe, etc. aufwiesen. Erhöhe sich der Preis für eine einzige Rohstoffkomponente, wirke sich dies in gleicher Weise auf die Selbstkostenpreise der Hersteller aus.<sup>107</sup>

171. Die Darlegungen vermögen nicht zu erklären, weshalb zwei Konkurrenten Informationen bezüglich Umfang und Zeitpunkt von Preiserhöhungen austauschen, wenn sie nicht beabsichtigen, ihr Verhalten einander anzupassen bzw. das Gegenüber in seinem Verhalten zu beeinflussen. Flamco gibt denn auch zu, dass die Information von Walter Meier als Anhaltspunkt diene, um die eigene Bruttopreiserhöhung per 1. April 2007 vorzunehmen.<sup>108</sup>

<sup>96</sup> Vgl. bezüglich Verfahrensdauer Urteil des BVGer B-2977/2007 vom 27.04.2010, E. 7.5, *Publigroupe et al.*

<sup>97</sup> Act. 30, 3.

<sup>98</sup> Act. 32, 5.

<sup>99</sup> Act. 8, no. 70, Protokoll Aussendienst vom 2./21. Februar 2007; Protokoll Aussendienst vom 24. Mai 2007/Besprechung Aussendienst/Verkauf 8. Juni 2007; Protokoll Aussendienst vom 4. Juli 2007.

<sup>100</sup> Act. 8, no. 70, Protokoll Aussendienst vom 4. Juli 2007.

<sup>101</sup> Act. 16, Beilage 7.

<sup>102</sup> Act. 36, Anhang Preisanpassungen, Info April 2007.

<sup>103</sup> Act. 36, Anhang 1.

<sup>104</sup> Flexcon 2-80 und Flexcon 110-1000.

<sup>105</sup> Act. 35, Beilage 1.

<sup>106</sup> Act. 35, Beilage 1.

<sup>107</sup> Act. 63, Rz 117.

<sup>108</sup> Act. 63, Rz 117.

**(ii) Kontakt 17. Oktober 2007**

172. L schreibt in einem Bericht vom 17. Oktober 2007 bezüglich Preiserhöhungen für das Jahr 2008: „*Ich habe nun auch noch mit Q von VescaI [=heutige Walter Meier] gesprochen. Reflex hat bei den bestehenden Gefäßen keine Preiserhöhungen angekündigt.*“<sup>109</sup>

173. Aufgrund des Wortlauts des Berichts vom 17. Oktober 2007, der ausdrücklich von einem Gespräch mit Q von Walter Meier berichtet, besteht kein Zweifel, dass dieses auch tatsächlich stattgefunden hat. Da keine Preiserhöhung seitens der Reflex angekündigt war, bestand anscheinend auch kein Handlungsbedarf für die Flamco.

174. Flamco bestätigt die Richtigkeit dieser Feststellungen, gibt aber an, dass der Kontakt von untergeordneter Bedeutung sei und keinen relevanten Einfluss auf den Wettbewerb habe.

**(iii) Kontakt Ende 2007**

175. In verschiedenen Flamco-Aussendienstprotokollen von September bis November 2007 ist der Eintrag vermerkt: „*Expansionsgefäße mit 3 % erhöhen (Kontakt mit Q). 1. April Expansionsgefäße um 2 %/3 % erhöhen.*“<sup>110</sup> Im Protokoll vom 21. Dezember 2007 ist letzterer Vermerk handschriftlich mit einem Häkchen gekennzeichnet<sup>111</sup> und erscheint im darauffolgenden Aussendienst-Protokoll im Januar 2008 nicht mehr.<sup>112</sup> Am 1. März 2008 erhöhte Flamco die Preise auf ihre Produkte um 2,5 %, mit Ausnahme eines Typus eines Druckhaltesystems.<sup>113</sup> Die Reflex kündigte gegenüber Walter Meier per 1. April 2008 eine Preiserhöhung in der Höhe von 3 % an. Die Walter Meier erhöhte in der Folge ihre Preise um 3 % per 1. April 2008.<sup>114</sup>

176. Der Wortlaut „*Expansionsgefäße mit 3 % erhöhen (Kontakt mit Q [Walter Meier]). 1. April Expansionsgefäße um 2 %/3 % erhöhen*“ und der Umstand, dass dieser Punkt im Protokoll im Dezember 2007 mit einem Häkchen gekennzeichnet wurde sowie die Tatsache, dass Flamco in der Folge per 1. März 2008 ihre Preise auf ihre Produkte um 2,5 % hinaufsetzte (mit Ausnahme eines Typus eines Expansionsgerätes - Flexcon P), während die Walter Meier eine Preiserhöhung von 3 % auf den 1. April 2008 vollzog, reichen für den Beweis aus, dass das Gespräch bezüglich Preiserhöhungen zwischen den beiden Verantwortlichen Personen tatsächlich stattgefunden hat. Die Reflex kündigte gegenüber Walter Meier per 1. April 2008 eine Preiserhöhung in der Höhe von 3 % an, weshalb die nachfolgende 3 %-Preiserhöhung der Walter Meier als unselbständiger Nachvollzug gesehen werden muss.

177. Sowohl der Umstand, dass die Kontaktaufnahme mit VescaI (Walter Meier) zwischen September bis Dezember 2007 aufgeführt ist, als auch der Wortlaut des Berichts vom Oktober 2007, wonach die Reflex (Walter Meier-Lieferantin) keine Preiserhöhung angekündigt habe, zeigen, dass im Herbst 2007 erneut ein Gespräch zwischen Flamco und Walter Meier stattgefunden hat. Ob es später zu einem nochmaligen Kontakt gekommen ist, kann nicht bewiesen werden. Flamco erhöhte in der Folge am 1. März 2008 die Preise auf ihre Produkte um 2,5 % (mit Ausnahme von Flexcon P). Die Walter Meier erhöhte per 1. April 2008 um 3 %.

**(iv) Kontakt 7. Juli und 21. Juli 2008****7. Juli 2008**

178 In den Protokollen des Aussendienstes vom 3. August 2007 bis 5. Juni 2008 wurde vermerkt: „*L [Flamco] versucht bei folgenden Partnern/Konkurrenz das Gespräch zu suchen:[...] VescaI [=heutige Walter Meier], Pneumatex und unsere Philosophie Bruttopreise etc. bekannt zu geben! Wir müssen versuchen, dass kein „Preiskrieg“ entsteht.*“<sup>115</sup>

179. Vom 25. September 2007 bis 10. März 2008 findet sich in verschiedenen Protokollen zudem ein weiterer Vermerk. „*VescaI (Q) [=heutige Walter Meier] und Pneumatex (O) anrufen und die Preiserhöhung auf Gefäße diskutieren (2 % wären anzustreben!).*“<sup>116</sup>

180. Eine E-Mail von L (Flamco) vom 7. Juli 2008 an seinen Vorgesetzten berichtet vom Kontakt mit der Walter Meier: „*Ich hatte heute noch Kontakt mit Q von Walter Meier. [...] Walter Meier erhöht die Bruttopreise auf Reflex-Gefäße auf den 1. August um 4,9 %, wir könnten evtl. auf den 1. Sept./Okt. so um 3-4 % erhöhen?*“<sup>117</sup> Flamco erhöhte die Preise auf sämtliche Ausdehnungsgefäße (mit Ausnahme von Flexcon P) per 1. September 2008 um 3,5 %.<sup>118</sup> Reflex hatte ihrer Schweizer Vertreterin Walter Meier per 1. Juli 2008 eine Preiserhöhung in der Höhe von 4,9 % angekündigt, welche die Walter Meier zu einer Preiserhöhung auf den 1. August 2008 im Umfang von 5,4 % veranlasste.<sup>119</sup>

181. R (Flamco) sandte L (Flamco) am 15. Juli 2008 eine detaillierte Preisliste der Walter Meier AG, worauf sämtliche Druckexpansionsgefäße aufgeführt waren, welche die Walter Meier von Reflex bezieht.<sup>120</sup>

182. Aus den geschilderten Sachverhaltselementen lässt sich nicht klar feststellen, ob ein oder mehrere Kontakte im betreffenden Zeitraum stattgefunden haben, währenddessen bevorstehende Preiserhöhungen diskutiert wurden. Die E-Mail vom 7. Juli 2008 beweist zumindest, dass ein solches Gespräch stattgefunden hat. Der Vorschlag von L die Flamco-Preise per September oder

<sup>109</sup> Act. 16, Beilage 10.

<sup>110</sup> Act. 8, no. 4, Protokoll Aussendienst vom 6. September 2007; Protokoll Aussendienst vom 25. September 2007; Protokoll Aussendienst vom 5. November 2007.

<sup>111</sup> Act. 8, no. 4, Protokoll Aussendienst vom 21. Dezember 2007.

<sup>112</sup> Act. 8, no. 4, Protokoll Aussendienst vom 7. Januar 2008.

<sup>113</sup> Flexcon P; Act. 35, Beilage 1.

<sup>114</sup> Act. 36, Beilage (Teuerung Expansionsgefäße bis 2003-2009).

<sup>115</sup> Act. 8, no. 4 u. 70, Protokoll Aussendienst vom 3. August 2007; Protokoll Aussendienst vom 14. August 2007; Protokoll Aussendienst vom 6. September 2007; Protokoll Aussendienst vom 25. September 2007; Protokoll Aussendienst vom 5. November 2007; Protokoll Aussendienst vom 21. Dezember 2007; Protokoll Aussendienst vom 7. Januar 2008; Protokoll Aussendienst vom 14. Februar/10. März 2008; Protokoll Aussendienst vom 27. März 2008; Protokoll Aussendienst vom 15. April 2008; Protokoll Aussendienst vom 5. Juni 2008.

<sup>116</sup> Act. 8, no. 4, Protokoll Aussendienst vom 25. September 2007; Protokoll Aussendienst vom 5. November 2007; Protokoll Aussendienst vom 21. Dezember 2008; Protokoll Aussendienst vom 7. Januar 2008; Protokoll Aussendienst vom 14. Februar/10. März 2008.

<sup>117</sup> Act. 16, Beilage 11.

<sup>118</sup> Act. 35, Beilage 1.

<sup>119</sup> Act. 36, 1.

<sup>120</sup> Act. 8, no. 48.



Oktober 2008 um 3-4 % zu erhöhen, wurde in der Folge umgesetzt, indem die Preise per 1. September 2008 um 3,5 % erhöht wurden.<sup>121</sup> Die Walter Meier folgte der Preiserhöhung der Reflex, welche ihr im Umfang von 4,9 % per 1. Juli 2008 berechnet wurde und erhöhte ihre Preise per 1. August 2008 im Umfang von 5,4 %. Somit ist eine Verhaltensabstimmung zwischen den beiden Konkurrenten erstellt.

#### Kontakt 21. Juli 2008

183. Eine E-Mail von R (Flamco) an Q (Walter Meier) vom 22. Juli 2008 beginnt mit folgenden Worten „gemäss dem Telefongespräch zwischen Q und L vom 21.7.2008“[...]. Anschliessend führt [...] aus: „Aufgrund der stark gestiegenen Preise für Rohstoffe müssen wir die Preise für die stahlbasierten Produkte um 3,5 % erhöhen. Dies gilt für [es folgt die Nennung verschiedener Produkte, für die Walter Meier Kundin von Flamco ist] sowie auch für unsere Expansionsgefässe“ [Konkurrenzprodukt]. In der Anlage zur Mail wurde eine Preisliste mit Gültigkeit ab 1. September 2008 verschickt.<sup>122</sup>

184. Aus der Nachricht folgt, dass am 21. Juli 2008 erneut ein Gespräch zwischen Mitarbeitern von Flamco und Walter Meier stattgefunden hat. Dabei ging es einerseits um die Erhöhung von Preisen für Produkte, die Walter Meier als Kunde von Flamco bezieht. Andererseits wurde Walter Meier entweder basierend auf dem Gespräch vom 7. Juli 2008 oder dem Gespräch vom 21. Juli 2008 der Umfang und der Zeitpunkt der Preiserhöhung auf Expansionsgefässen der Flamco kommuniziert. Bei den Expansionsgefässen handelt es sich um Konkurrenzprodukte. Basierend auf diesen Gesprächen erhielt Flamco eine Preisliste der Reflex-Produkte, mit welchen Walter Meier handelt.

#### A.4.5.2 Fazit Beweiswürdigung

185. Insgesamt besteht kein Zweifel daran, dass die Walter Meier und die Flamco regelmässig geschäftliche Kontakte miteinander pflegten. Dabei darf der Umstand nicht ausser Acht gelassen werden, dass die Walter Meier ausserhalb des Bereichs der Druckhaltesysteme auch eine Kundin der Flamco ist. Aufgrund der obenstehenden Beweise lassen sich hingegen fünf Gespräche innerhalb einer Periode von anderthalb Jahren (Januar 2007 – Juli 2008) nachweisen,<sup>123</sup> deren Gegenstand nicht nur der genaue Zeitpunkt von Preiserhöhungen auf Konkurrenzprodukten, sondern auch deren genauer Umfang war. Dieser Umstand wird von Flamco grundsätzlich auch nicht bestritten.<sup>124</sup> In einem Fall lässt sich sogar darlegen, dass die Flamco den Nachvollzug einer solchen Preiserhöhung direkt der Konkurrenz kommuniziert hat (vgl. Rz 183 f.).

186. Bereits aufgrund des Umstands, dass im Anschluss an die Kontaktaufnahmen mit Walter Meier die Preise der Flamco jeweils erhöht wurden und die übermittelten Angaben von Walter Meier jeweils den tatsächlich erfolgten Preiserhöhungen entsprachen, besteht kein Zweifel daran, dass die Preiserhöhungen gestützt auf die Angaben der Konkurrenz vorgenommen wurden. Dies folgt im Übrigen aber auch aus den Preiserhöhungsvorschlägen, welche der Aussendienstmitarbeiter der Flamco im Anschluss an die Kontakte mit der Konkurrenz per E-Mail kommunizierte und welche mit den nachfolgenden tatsächlichen Preiserhöhungen der Flamco weitestgehend übereinstimmen.

187. Die Kontakte lassen sich in einer Übersicht folgendermassen darstellen:

Zeitpunkt der Kommunikation	Zeitpunkt und Umfang Preiserhöhung Reflex	Zeitpunkt und Umfang Preiserhöhung Walter Meier	Zeitpunkt und Umfang Preiserhöhung Flamco
Januar - Februar 2007	1. April 2007, 3.9 %	1. April 2007, 4 %	1. April 2007, 2 % bzw. 3 % Flexcon
Ca. Oktober 2007	0%	--	--
November- Dezember 2007	1. Januar 2008, 3 %	1. April 2008, 3 %	1. März 2008 2.5 %
7. Juli 2008	4.9 % Reflex	1. August 2008, 5.4 %	1. September 2008 3.5 %
21. Juli 2008 Flamco bestätigt Walter Meier gegenüber den Vollzug der von Flamco kommunizierten Preiserhöhung vom 1. September 2008	--	--	--

Tabelle 4: Kontakte Flamco und Walter Meier

188. Bezüglich der Vorgehensweise der Walter Meier ist der Umstand herauszustreichen, dass die Walter Meier als Grosshändlerin von Druckhaltesystemen im Unterschied zur Flamco nicht als Herstellerin von Druckhaltesystemen am Markt auftritt. Walter Meier wird von Reflex beliefert.

189. Die Preiserhöhungen der Walter Meier im Bereich der Expansionsgefässe basieren daher letztlich nicht auf einer vollkommen eigenständigen Preispolitik. Vielmehr hingen die Entscheidungen der Walter Meier, Preiserhöhungen vorzunehmen, vor allem von den Preiserhöhungsvorgaben der Reflex ab. Die Richtigkeit dieser

Folgerung ist aus dem Umstand ersichtlich, dass eine Verteuerung der Reflex-Einkaufspreise in der hier dargestellten Zeitspanne ausnahmslos zu einer Verteuerung der Wiederverkaufspreise von Walter Meier führte (vgl. Tabelle 4, zweite und dritte Kolonne).<sup>125</sup>

<sup>121</sup> Act. 35, Beilage 1.

<sup>122</sup> Act. 8, no. 50.

<sup>123</sup> Gemäss Parteiangaben fand der Informationsaustausch zwischen den Konkurrenten innerhalb der Schweiz grundsätzlich seit 2004 statt, vgl. Act. 16, 8.

<sup>124</sup> Act. 16, 9.

<sup>125</sup> Act. 36, Anhänge.

190. Zwischen den „Preiserhöhungsvorgaben“ der Reflex und der von der Walter Meier vorgenommenen Preiserhöhungen ergeben sich zudem nur geringfügige Abweichungen (vgl. Tabelle 4, zweite und dritte Kolonne). Soweit die Walter Meier die Preise stärker erhöht hat als ihre Lieferantin, begründet sie dies mit steigenden Transportkosten und der ungünstigen Euro-Entwicklung. Die Zeitspanne zwischen Januar 2007 bis Juli 2008 war in der Tat durch einen aus Schweizer Sicht ungünstigen Eurokurs gekennzeichnet,<sup>126</sup> weshalb diese Aussagen glaubhaft erscheinen.

191. Schliesslich gibt es keinerlei Hinweise, wonach die Walter Meier am Informationsaustausch auf europäischer Ebene teilgenommen, geschweige denn Einfluss auf die Preiserhöhungsentscheide der Reflex gehabt hätte. Auch deutet nichts auf ein Mitwissen der Walter Meier vom Informationsaustausch zwischen Reflex und ihrer Konkurrenz hin. Als Walter Meier die Preiserhöhungen der Reflex an die Flamco kommunizierte, kam ihr somit in Bezug auf die Preiserhöhungen der Druckhaltesysteme lediglich die Rolle eines Informationsübermittlers zu.

192. Ein interner Bericht von Flamco, welcher über ein Gespräch zwischen L von Flamco und Q von Walter Meier berichtet, illustriert diese Übermittlerrolle zusätzlich. Darin heisst es, „**Reflex [habe] bei den bestehenden Gefässen keine Preiserhöhungen angekündigt**“.<sup>127</sup>

193. Aus diesem Bericht folgt nebst der Übermittlerrolle, dass Flamco primär daran interessiert war, welche Preiserhöhungen die Reflex vornehmen würde. Dieser Zusammenhang zeigt auch auf, dass der primäre Konkurrent der Flamco in der Schweiz im Bereich der Druckhaltesysteme, neben der Pneumatex, vor allem die Reflex und nicht etwa die Walter Meier war, die wie gesagt, auch in einem Kundenverhältnis zu Flamco stand. Die Richtigkeit dieses Schlusses wird durch den Umstand bestätigt, dass Flamco und Reflex sich auf dem gesamten europäischen Markt und nicht nur in der Schweiz als Konkurrenten gegenüberstehen. Insgesamt war es der Flamco folglich daran gelegen, sich mit Hilfe des Informationsaustauschs dem künftigen Verhalten von Reflex anzupassen.

194. Als Zwischenfazit steht somit fest, dass die Walter Meier die Preiserhöhungen der Reflex jeweils nachvollzog, ohne die Preiserhöhung selbst nennenswert beeinflusst zu haben. Mit Bezug auf den Informationsaustausch kam ihr eine blosser Übermittlerrolle zu. Walter Meier agierte gewissermassen als verlängerter Arm der Reflex.

195. Wie dargelegt, bestand im EWR ein Informationsaustausch, an dem auch die Reflex beteiligt war. Mit Bezug auf Flamco und Reflex ist ein abgestimmtes Verhalten erwiesen. Es kann aufgrund der genannten Indizien mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass dieser Informationsaustausch nicht nur einen Einfluss auf die Preispolitik von Reflex in Deutschland hatte, sondern sich auch in der Festsetzung der Verkaufspreise von Reflex an die Walter Meier niedergeschlagen hat. Nebst den dargelegten Auswirkungen auf die Festlegung der Preispolitik der Pneumatex (vgl. Rz 154) wirkte sich der Informations-

austausch mit Reflex somit auch in dieser Weise auf die Schweiz aus.

196. Aufgrund der zahlreichen Kontakte, welche die Reflex mit der Pneumatex pflegte (vgl. Rz 138 ff.), kann davon ausgegangen werden, dass sie über den Informationsaustausch zwischen Pneumatex und Flamco informiert war. Die Reflex konnte daher davon ausgehen, dass die Flamco ihre Preispolitik in der Schweiz diesem Austausch entsprechend gestalten würde. Vor diesem Hintergrund und aufgrund der Tatsache, dass die Preiserhöhungen von Walter Meier in getreuer Umsetzung der Vorgaben von Reflex erfolgt sind, ist zu schliessen, dass das Ergebnis des Informationsaustauschs bezüglich der Preiserhöhungen, welches in der Verhaltenskoordination mit der Konkurrenz besteht, primär Reflex zugutekam und nicht Walter Meier. Aus diesem Grund kann auch nicht angenommen werden, dass die Verhaltensabstimmung zwischen Walter Meier und Flamco stattfand, vielmehr erfolgte sie zwischen Reflex und Flamco.

197. Wie bereits aufgeführt, werden die Preise der Flamco-Produkte konzernintern abgestimmt.<sup>128</sup> Somit hatte die Tochtergesellschaft in der Schweiz die vom Mutterhaus vorgegebenen Preiserhöhungen hierzulande zu verwirklichen. Die von Reflex gelieferten Informationen versetzte sie in die Lage, diese Vorgaben wirkungsvoll umzusetzen. Aus Sicht der Flamco war daher die Information über bevorstehende Preiserhöhungen der Konkurrenz von zentraler Bedeutung.

198. Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass die von der Reflex ausgehenden Preiserhöhungen, welche ihrerseits auf einem Informationsaustausch im EWR beruhen, über den Mittler Walter Meier in die Schweiz gelangt sind. Der Informationsaustausch fand zwischen Walter Meier und Flamco statt, die Verhaltenskoordination erfolgte hingegen zwischen Reflex und Flamco.

#### A.4.6 Informationsaustausch Pneumatex/Spirotech

##### A.4.6.1 Beweismittel

199. In einem Brief vom 17. Juni 2004 teilte B von Pneumatex T von Spirotech die Gründe mit, weshalb er zwei ehemalige Spirotech-Mitarbeiter eingestellt hatte. B erklärte, er ginge davon aus, dass beide Unternehmen im Markt existieren könnten und er darauf vertraue, dass Spirotech nicht irgendwo Abwärts-Preisspiralen auslösen würde, von welchen nur Dritte profitierten. B schlug ein Treffen vor, um die Angelegenheit zu besprechen.<sup>129</sup>

<sup>126</sup> Vgl. zu den Eurokursen in der Zeitspanne zwischen Januar 2007 und Juli 2008 etwa: [http://www.nzz.ch/finanzen/devisen/\\_detail?ID\\_NOTATION=8362186&SECURITY\\_TYPE=CUR](http://www.nzz.ch/finanzen/devisen/_detail?ID_NOTATION=8362186&SECURITY_TYPE=CUR).

<sup>127</sup> Act. 8, no. 30; Hervorhebung durch den Verfasser.

<sup>128</sup> Act. 30, 7, Beilage 15; Act. 22, letzte Seite.

<sup>129</sup> Act. 1, Beilage 5.

200. C (damals Pneumatex) informierte seinen Vorgesetzten B am 19. Mai 2006, dass Spirotech ihre Preise für Messingware und Stahl, per 1. September 2006 um 5 % erhöhen würde. Dies mit Sicherheit in Holland. B leitete diese Information an die Pneumatex Deutschland weiter und ging in seiner Mail davon aus, dass die internationalen Preise an die Importeure automatisch auch angehoben würden. Aus einer Antwortmail von V (damals Pneumatex Deutschland) an B folgt, dass Pneumatex Deutschland an der AGFW-Messe in München von einem gewissen W von Spirotech kontaktiert worden sei. Er habe sich nach Preiserhöhungen erkundigt und habe erklärt, dass Spirotech für Deutschland keine Preiserhöhungen plane.<sup>130</sup>

#### A.4.6.2 Beweismittelwürdigung

201. *Ad Rz 199*: Aufgrund der Formulierung der Nachricht steht nicht fest, ob es beim vorgeschlagenen Treffen um die Abwerbung der beiden Mitarbeiter oder allenfalls um den Austausch wettbewerbsrelevanter Informationen geht. Der Inhalt des Gesprächs konnte nicht rekonstruiert werden.

202. *Ad Rz 200*: Es ist nicht erstellt, ob die Information bezüglich der 5%igen Preiserhöhung per 1. September 2006 von der Spirotech selbst stammen und den deutschen Produktmanagern weitergegeben wurde, wenn dies auch wahrscheinlich scheint. Aufgrund dieser unklaren Beweislage kann nicht mit Sicherheit davon ausgegangen werden, dass dies einen Einfluss auf die Bestimmung der Schweizer Preise gehabt hätte.

203. Es liegen noch weitere Dokumente vor, welche Kontakte zwischen der Spirotech und der Pneumatex belegen.<sup>131</sup> Aus diesen können jedoch keine Erkenntnisse gewonnen werden, welche für den vorliegenden Fall von Bedeutung wären. Die erwähnten Vorkommnisse sowie der Umstand, dass es zu verschiedentlichen Kontaktaufnahmen mit Spirotech gekommen ist, legen die Annahme nahe, dass weitere Informationen von wettbewerbsrechtlicher Bedeutung zwischen den beiden Unternehmen ausgetauscht worden sind. Konkrete Beweise für einen Gesetzesverstoss liegen hingegen keine vor.

#### A.4.6.3 Konsequenzen für das Verfahren

204. Den Wettbewerbsbehörden lagen mit Bezug auf die Spirotech BV mit Sitz in Helmond, Niederlande, nicht ausreichend Beweismittel vor, weshalb auf die Verfahrenseröffnung gegen dieses Unternehmen verzichtet wurde. Denn solange keine konkrete Verhaltenskoordinierung nachgewiesen werden kann, ist es auch nicht möglich deren Auswirkung auf die Schweiz zu untersuchen. Eine Auswirkung auf die Schweiz ist aber Vorbedingung, damit das Kartellgesetz überhaupt zur Anwendung gelangen kann (Art. 2 Abs. 2 KG). Wie auch im Falle der Reflex hat die europäische Kommission zudem in Bezug auf den identischen Sachverhalt und gestützt auf die Selbstanzeige desselben Unternehmens ein Verfahren gegen die Spirotech eröffnet und Hausdurchsuchungen durchgeführt. Eine Verfahrenseröffnung ist auch daher nicht angezeigt (vgl. ferner Rz 155 – 159).

### A.4.7 Informationsaustausch Flamco/Reflex/Spirotech

#### A.4.7.1 Informationsaustausch 2005

205. Ein interner E-Mail-Austausch zwischen dem 14. und 16. Oktober 2005 gibt Aufschluss über ein Besuch von C (Pneumatex) bei D von Flamco. Unter anderem soll D von Flamco erwähnt haben, dass „sein Mann X“ (*his man X or something like that*) auf einer sehr offenen Basis mit M von Reflex spreche, „also auch über Preise“ (*thus about prices*).<sup>132</sup>

206. Diese Aussagen werden durch die untenstehenden von Flamco eingereichten Beweismittel bestätigt. Es ist also sehr wahrscheinlich, dass zwischen Flamco und Reflex bereits seit 2005 Preisinformationen ausgetauscht wurden.

#### A.4.7.2 Informationsaustausch 2008

207. Flamco reichte Beweismittel ein, wonach M von Reflex am 29. April 2008 Z von Flamco Deutschland über eine Preiserhöhung von Reflex telefonisch informierte: „M hat soeben angerufen 6,9 zum 1.6. Info geht [i]n [W]oche raus.“ Eine Handnotiz zur E-Mail hält fest: „7,5 % ab 2.6.2008 für alle Lieferungen [...]“.<sup>133</sup>

208. Aus einem von einer ihrer Kundinnen an Flamco geleiteten Faxschreiben vom 2. Mai 2008 ist zudem ersichtlich, dass Reflex mit Schreiben vom 30. April 2008 ihre Kunden über einen Teuerungszuschlag von 6,9 % für alle Reflex-Produkte informierte. Ferner liegt eine Telefonnotiz von G vom 16. Mai 2008 sowie ein Schreiben von Reflex vom 20. Mai 2008 vor, worin die Preiserhöhungen um 6,9 % per 1. Juli 2008 bestätigt werden.<sup>134</sup>

209. Flamco erachtet es damit als erstellt, dass Reflex gegenüber Flamco Deutschland eine Bruttopreiserhöhung kommunizierte und nachträglich bestätigte. Sie hält fest, dass die Information über verschiedene Kanäle erfolgt sei, wie das Faxschreiben des Kunden Buderus beweise. Ferner bringt die Untersuchungsadressatin vor, die Handnotizen beträfen Flamco-interne Überlegungen bezüglich der eigenen Preiskalkulation.<sup>135</sup>

210. Des Weiteren gibt Flamco an, dass sich die Telefonnotiz von G auf ein Telefongespräch mit Y von Reflex beziehe. G habe sich bei Reflex bezüglich der Preiserhöhung erkundigt, worauf Y die Preiserhöhung gegenüber G schriftlich bestätigt habe.<sup>136</sup>

211. Es gibt keinen Grund an der grundsätzlichen Richtigkeit dieser Angaben zu zweifeln. Präzisierend ist zu diesen Angaben von Flamco hinzuzufügen, dass die Ankündigung der Preiserhöhung am 29. April 2008 und damit vor dem Versand der Kundenschriften erfolgte,

<sup>130</sup> Act. 1, Beilage 13, 14.

<sup>131</sup> Act. 1, Beilage 4; Act. 21, 3 f., Beilage 10.

<sup>132</sup> Act. 21, Beilagen 4 und 5.

<sup>133</sup> Act. 63, Beilagen 7a.

<sup>134</sup> Act. 63, Beilagen 7b-d.

<sup>135</sup> Act. 63, Rz 73.

<sup>136</sup> Act. 63, Rz 72.

welche mit 30. April 2008 datiert waren und somit frühestens am 1. Mai 2008 bei den Abnehmern eintrafen. Die Handnotizen zeigen zudem, dass Flamco sich gestützt darauf Gedanken zu der eigenen Preiskalkulation gemacht hat.

212. Aus dem Umstand, dass G sich bei Reflex über die Einhaltung der Preiserhöhung informierte, zeigte er, dass er sich am Verhalten der Konkurrenz orientieren wollte. Indem Reflex Flamco über ihre bevorstehende Preiserhöhungen informierte und ihrer Konkurrentin eine schriftliche Bestätigung der Preiserhöhung zusandte, zeigte das Unternehmen, dass es an einer Anpassung Flamcos an seine Preiserhöhung interessiert war. Ansonsten ist kein Grund ersichtlich, weshalb eine solche Information seitens Reflex erfolgen sollte. Flamco Deutschland hat in der Folge auch tatsächlich ihre Preise, wie handschriftlich festgehalten, per 2. Juni 2008 um 7,6 % erhöht.

213. Aus diesen Umständen kann ein abgestimmtes Verhalten zwischen Flamco Deutschland und Reflex als bewiesen erachtet werden. Wie aufgezeigt, wurden die Preiserhöhungen von Reflex jeweils an die Walter Meier AG weitergegeben, die ihrerseits die Preiserhöhungen an ihre Kunden überwälzte. Daher ist der beschriebene Sachverhalt für das vorliegende Verfahren relevant.

214. In seiner E-Mail vom 13. Mai 2008 an J (IMI) erklärt B, dass ihn G von Flamco Deutschland angerufen und ihm mitgeteilt habe, dass Flamco die Preise um 7,4 % und Reflex um 6,9 % erhöhen werde. Diese Preise würden ab Juli 2008 bzw. für den Grosshandel ab September oder Oktober 2008 in Kraft treten.<sup>137</sup>

215. Im Zusammenhang mit dieser E-Mail steht fest, dass die Informationen bezüglich Reflex, über welche B verfügte, ebenfalls von G stammten. Es zeigt, dass sich die Konkurrenten gegenseitig über Preiserhöhungen informierten, um so die Preise aneinander anpassen zu können.

216. In einer E-Mail vom 18. Juni 2008 an seinen Mitarbeiter schreibt K (Flamco): „*Ich habe gehört, dass Reflex die Preise in der Schweiz mit 4,5 % bis 4,9 % ab 1. Juli anhebt.*“<sup>138</sup>

217. Der Umstand, dass G von Flamco Deutschland über die Preiserhöhungen von Reflex bereits im Mai 2008 Bescheid wusste, lässt den Schluss zu, dass diese Preiserhöhungsinformationen auch K von Flamco Schweiz kommuniziert wurden.

218. Insgesamt lässt sich daher eine direkte Preisabsprache zwischen Flamco Deutschland und Reflex herleiten. Hinweise bezüglich Spirotech fehlen gänzlich.

#### A.4.7.3 Konsequenzen für das Verfahren

219. Aus dieser Sicht rechtfertigt sich eine Verfahrenseröffnung gegen Spirotech nicht. In Bezug auf Reflex ist zwar eine abgestimmte Verhaltensweise nachgewiesen. Eine Verfahrenseröffnung drängt sich dennoch nicht auf, da die EU-Kommission ein Verfahren für dieselben Sachverhalte eröffnet hat und ein allfälliger Sanktionsbetrag von Reflex nicht durchgesetzt werden kann (vgl. Rz 155 ff.).

#### A.4.8 Informationsaustausch Pneumatex/Walter Meier (Reflex)

220. Aufgrund der dem Sekretariat vorliegenden Akten bestehen keine Hinweise auf wettbewerbsrechtlich relevante Sachverhalte, welche auf einen Informationsaustausch zwischen der Pneumatex und der Walter Meier hindeuten.

### B Erwägungen

#### B.1 Geltungsbereich

221. 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).

222. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Die Pneumatex AG, die Walter Meier AG sowie die Flamco AG fallen ohne Weiteres unter den Unternehmensbegriff des Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG.

223. Bezüglich der Pneumatex Holding AG, welche ihrerseits durch die IMI kontrolliert wird und der Flamco Holding BV, die Teil des Voestalpine-Konzerns ist, gilt es folgendes festzuhalten. Kann eine Muttergesellschaft ihre Konzernunternehmen effektiv kontrollieren und tut sie dies auch, dann ist der Konzern als Ganzes als wirtschaftlich selbständige Wirtschaftseinheit anzusehen und somit als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KG. Anders ausgedrückt, sind die Tochterunternehmen des Konzerns für sich isoliert betrachtet aufgrund ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit keine Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KG.<sup>139</sup>

224. Die Pneumatex Holding AG ist Teil des sogenannten „*Indoor Climate*“ Bereiches, welcher einer von fünf Geschäftsbereichen der IMI darstellt. Jeder Geschäftsbereich wird vollkommen von IMI kontrolliert, weshalb Pneumatex nicht als ein von IMI unabhängiges Unternehmen angesehen werden kann. Gleich verhält es sich mit der Flamco Holding BV, die einer der fünf Divisionen der Voestalpine AG angeschlossen ist. Dennoch erfolgt die nachfolgende rechtliche Würdigung lediglich mit Bezug auf die Pneumatex AG und die Flamco BV, da letztlich nur diese beiden Unternehmen innerhalb der jeweiligen Konzerne an den ihn vorgehaltenen Verhaltensweisen beteiligt waren und deren Zugehörigkeit zu den erwähnten Konzernen in casu keinen Einfluss auf die Sanktionsbemessung hat (vgl. Rz 314 ff.).

<sup>137</sup> Act. 1, no. 38.

<sup>138</sup> Act. 8, no. 35.

<sup>139</sup> ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2005, Rz 256; Rolf Weber, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Von Büren/David (Hrsg.), Bd. V/2, 2000, 38.

225. Zur Klarstellung der Zurechenbarkeit der Handlungen der verschiedenen Unternehmensteile der Flamco Holding BV sei folgendes angeführt. Die Flamco AG in Küssnacht, Schwyz, wird zu einem grossen Ausmass von der Flamco Holding BV in Holland kontrolliert. So hält die Muttergesellschaft nicht nur sämtliche Anteile an der Flamco AG, sondern nimmt auch direkt Einfluss auf die Geschäftsleitung der Flamco AG, welche u.a. durch den Sales Manager der Flamco Group – S – bestellt wird.<sup>140</sup> Gleich verhält es sich mit den übrigen Tochtergesellschaften, insbesondere auch mit der Flamco Wemefa GmbH, in Velbert, Deutschland. Die Geschäftsführung wird dort von G besorgt, welcher seit 2008 zugleich eine leitende Funktion im Rahmen der Flamco Group innehat. Abschliessend ist festzuhalten, dass sämtliche Handlungen der Flamco-Gesellschaften derselben juristischen Einheit zugerechnet werden können.

226. Gemäss Art. 2 Abs. 2 KG<sup>141</sup> findet das Gesetz auf Sachverhalte Anwendung, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden. Gemäss dem Wortlaut der Bestimmung wird die Zuständigkeit der schweizerischen Wettbewerbsbehörden begründet, wenn sich die Wettbewerbsbeschränkung unmittelbar auf den schweizerischen Märkten auswirkt.<sup>142</sup> Angesichts der Tatsache, dass lediglich erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig sind, kann davon ausgegangen werden, dass die Auswirkungen auf den Schweizer Markt ebenfalls erheblich in diesem Sinne sein müssen.<sup>143</sup> Mit anderen Worten verlangt das Gesetz eine gewisse Spürbarkeit der Auswirkung der im Ausland vorgenommenen Wettbewerbsbeschränkung.<sup>144</sup> Die Spürbarkeit wird im Rahmen der Qualifikation der Abrede unter Punkt B.3.1 untersucht.

## B.2 Vorbehaltene Vorschriften

227. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

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

## B.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede

229. Um die Unzulässigkeit einer Abrede im Sinne des Kartellgesetzes beurteilen zu können, muss zuerst abgeklärt werden, ob überhaupt eine Abrede im Sinne des Kartellgesetzes (Art. 4 Abs. 1 KG) vorliegt. Erst wenn ein wettbewerbsrechtlicher Sachverhalte als Abrede zu qualifizieren ist (B.3.1.), kommt das Recht zu den Abreden, welches u.a. in Art. 5 KG geregelt ist, zur Anwendung (B.3.2).<sup>145</sup>

230. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). Die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs wird bei Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG gesetzlich vermutet.

### B.3.1 Vorliegen einer Wettbewerbsabrede

231. Als Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG gelten **a)** rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von **b)** Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die **c)** eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.

232. Im Folgenden gilt es, das Vorliegen dieser drei Tatbestandsmerkmale (a-c) in Bezug auf drei verschiedene Teile des Sachverhalts zu überprüfen: der Informationsaustausch bezüglich Preiserhöhungen von Zubehörprodukten und Druckhaltesystemen (B.3.1.1.), das Preisverhalten bezüglich Zubehör-Produkten (B.3.1.2) und schliesslich der Austausch weiterer sensibler Marktdaten (B.3.1.3).

#### B.3.1.1 Kontakte bezüglich Preiserhöhungen

233. **a)** Die Grenzen der Begriffe der Vereinbarung und der aufeinander abgestimmten Verhaltensweise sind bisweilen fließend. Auf eine Darstellung der Abgrenzungskriterien dieser beiden Abredetypen wird gegenwärtig verzichtet und stattdessen alleine das im vorliegenden Fall relevante Tatbestandsmerkmal der abgestimmten Verhaltensweise untersucht.

234. In Anlehnung an die ständige Rechtsprechung des EuGH<sup>146</sup> definiert das Bundesgericht aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen als bewusstes und gewolltes Zusammenwirken. Im Unterschied zum erlaubten spontanen Parallelverhalten liegt ein Mindestmass an Verhaltenskoordination vor. Die Wettbewerber lassen bewusst die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten.<sup>147</sup> Entscheidend ist, dass das Gleichverhalten nicht durch exogene Marktfaktoren erzwungen, sondern planmässig aufgrund ausgetauschter Marktinformationen erfolgt.<sup>148</sup>

<sup>140</sup> Vgl. Auszug des eidgenössischen Amtes für das Handelsregister.

<sup>141</sup> Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 6. Oktober 1995, SR 251.

<sup>142</sup> ZÄCH, (Fn 139) Rz 268.

<sup>143</sup> WEBER (Fn 139), 42.

<sup>144</sup> ZÄCH (Fn 139) Rz 268; BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 2 N 40.

<sup>145</sup> Vgl. dazu etwa WALTER STOFFEL, Wettbewerbsabreden, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, von Büren/David (Hrsg.), 2000, 58.

<sup>146</sup> Vgl. EuGH, Rs. 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd./Kommission*, Slg. 1972 619 Rz 64/67; EuGH, Rs. 52/69, *Geigy/Kommission*, Slg. 1972 787 Rz 26. In BGE 129 II 18, 27 E. 6.3 zitiert das Bundesgericht ZÄCH, welcher in seinem Lehrbuch dafür plädiert die EuGH-Definition der abgestimmten Verhaltensweisen für das schweizerische Kartellrecht zu übernehmen; vgl. Zäch, (Fn 139) Rz 366.

<sup>147</sup> BGE 124 III 495, 499, E. 2a; BGE 129 II 18, 27, E. 6.3.

<sup>148</sup> BGE 129 II 18, 27 E. 6.3.

235. Bei einer abgestimmten Verhaltensweise entfällt die Selbständigkeit der Handlungsweise der Konkurrenten. Gemäss konstanter Rechtsprechung des EuGH beraubt das Postulat der Selbständigkeit die Unternehmen zwar nicht des Rechts, sich dem festgestellten oder erwarteten Verhalten ihrer Mitbewerber mit wachem Sinn anzupassen. Hingegen steht es streng jeder unmittelbaren oder mittelbaren Fühlungnahme zwischen Unternehmen entgegen, die bezweckt oder bewirkt, entweder das Marktverhalten eines gegenwärtigen oder potenziellen Mitbewerbers zu beeinflussen oder diesen Mitbewerber über das Marktverhalten ins Bild zu setzen, das zu zeigen man entschlossen ist oder in Erwägung zieht.<sup>149</sup>

236. Vorliegend tauschten Flamco und Pneumatex (vgl. Rz 52 ff.), Flamco und Walter Meier (Reflex) (vgl. Rz 160 ff.) sowie Flamco und Reflex (vgl. Rz 207 ff.) Informationen über den Zeitpunkt und den prozentualen Umfang von Preiserhöhungen auf Zubehörprodukten und Druckhaltesystemen aus. Diese Vorgehensweise bringt zum Ausdruck, dass die Konkurrenten das Risiko des Marktanteilsverlustes, welches eine einseitige, unkoordinierte Preiserhöhung mit sich bringt, bewusst und gewollt umgehen wollten. Mit dem Informationsaustausch schalteten die beteiligten Unternehmen einen wesentlichen Unsicherheitsfaktor in Bezug auf das Wettbewerbsverhalten der Konkurrenz aus. Die Konkurrenten wurden durch den Informationsaustausch in die Lage versetzt, das Verhalten der Gegenseite vorherzusehen und ihre eigenen Preiserhöhungen basierend auf den gelieferten Angaben zu bestimmen. Diese Vorgehensweise schliesst eine wettbewerbskonforme Preisfestsetzung aufgrund exogener Faktoren<sup>150</sup> aus.

237. Die direkte Kontaktaufnahme zwischen Flamco und Pneumatex bzw. Flamco und Walter Meier (Reflex) diente vorliegend dazu, den Wettbewerber über das eigene Marktverhalten zu informieren. Ziel des Informationsaustausches war, das gegenseitige Marktverhalten einander anzupassen. Eine solche Vorgehensweise steht einer selbständigen Handlungsweise, welche bei einem erlaubten Parallelverhalten gegeben ist, entgegen. Daraus wird auch ersichtlich, dass es nicht grundsätzlich darauf ankommt, ob Informationen bezüglich bevorstehender Preiserhöhungen erst nach einem internen Geschäftsleistungensschluss kommuniziert werden, wie dies sinngemäss von einer Partei vorgebracht wird (vgl. Rz 163). Vielmehr ist unter anderem entscheidend, dass die Information nicht aktuelle Preiserhöhungen betrifft. Allenfalls zulässig wäre die Mitteilung von bereits seit längerer Zeit verwirklichten Erhöhungen.<sup>151</sup>

238. Als Zwischenfazit kann aufgrund der vorliegenden Erwägungen ohne Weiteres von einer abgestimmten Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG ausgegangen werden. In der Folge ist aber genauer abzuklären, zwischen welchen Unternehmen die abgestimmte Verhaltensweise stattgefunden hat.

239. Bezüglich der abgestimmten Verhaltensweisen zwischen Flamco und Pneumatex steht ausser Zweifel, dass Mutter- und Tochterunternehmen eine juristische Einheit darstellen. Die abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Konzernteilen der Flamco und der Pneumatex sind daher der Flamco bzw. Pneumatex als Gesamtunternehmen zuzurechnen. Die abgestimmten Verhaltens-

weisen haben also zwischen diesen beiden Unternehmen stattgefunden.

240. Anders präsentiert sich die Lage bezüglich des Informationsaustausches zwischen Flamco und Walter Meier (Reflex). Wie die Beweiswürdigung ergeben hat, war die Walter Meier nur Informationsübermittlerin der Preiserhöhungen der Reflex (vgl. Rz 189 ff.). Zudem ist nicht die Walter Meier eigentliche Konkurrentin mit Bezug auf die Reflex-Druckhaltesysteme, sondern die Reflex selbst (vgl. Rz 192 f.). Der Informationsaustausch unter der Beteiligung der Reflex im EWR wirkte sich auf die Preisfestsetzung der Walter Meier aus (vgl. Rz 195). Das Ergebnis des Informationsaustauschs, welcher in einer Verhaltenskoordination bezüglich Zeitpunkt und Umfang der Preiserhöhungen bestand, kam primär der Reflex zugute (vgl. Rz 196).

241. Aus diesen Gründen kann nicht angenommen werden, dass die Verhaltensabstimmung zwischen der Walter Meier und Flamco stattfand, vielmehr erfolgte sie zwischen Reflex und Flamco.

242. **b)** Der Austausch fand einerseits zwischen der Pneumatex und der Flamco statt. Beide Unternehmen stellen sowohl Druckhaltesysteme als auch Zubehör Produkte her und liefern diese an den Grosshandel (Pneumatex beliefert zudem direkt Sanitärinstallateure). Sie stehen sich daher horizontal als direkte Konkurrenten gegenüber.

243. Im Verhältnis zwischen Flamco und Reflex gilt dasselbe. Beide Unternehmen stellen Druckhaltesysteme und Zubehör her und vertreiben diese. Allerdings beschränkte sich der Informationsaustausch zwischen Flamco und Reflex via Walter Meier auf Druckhaltesysteme.

244. Sowohl die abgestimmten Verhaltensweisen zwischen Pneumatex und Flamco als auch diejenigen zwischen Flamco und Reflex via Walter Meier stellen daher abgestimmte Verhaltensweisen zwischen konkurrierenden Unternehmen derselben Marktstufe im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar.

245. **c)** Der Preis der in Frage stehenden Produkte stellt unbestrittenermassen einen zentralen Wettbewerbsparameter<sup>152</sup> dar. Indem die Konkurrenten Kontakt zueinander aufnahmen, um die Höhe und den Zeitpunkt bevorstehender Preiserhöhungen zu diskutieren, zielten sie darauf ab, ihr eigenes Handeln am künftigen Verhalten der Konkurrenz auszurichten. Mit anderen Worten sollte die in funktionierendem Wettbewerb zugrunde liegende Ungewissheit über das bevorstehende Handeln der Konkurrenz beseitigt werden.

<sup>149</sup> Urteil des EuGH vom 16. Dezember 1975 verb. Rs. 40-48/73 *Suiker Unie*, Slg. 1975I-1663 Rz 173 f.; KOMM, ABl. 2006 L 353/50, Rz 181, *Kautschukchemikalien*, mit Verweis auf die vorgenannte Rechtsprechung.

<sup>150</sup> BGE 129 II 18, 27 E. 6.3.

<sup>151</sup> Vgl. bezüglich des Inhalts und der Aktualität ausgetauschter Marktinformationen die Bekanntmachung der *Praxis der Wettbewerbskommission im Versicherungsbereich*, RPW 2007/1, 144, Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Versicherungsbereich; Urteil des EuG vom 27.10.1994 T-35/92 *John Deere*, Slg. 1994 II-957 Rz 81.

<sup>152</sup> Act. 35, 6 f.; Act. 37, Antworten auf Frage 15-18.

246. Der Zweck des Informationsaustausches bestand folglich darin, den in preislicher Hinsicht vorhandenen Wettbewerbsdruck zu verringern bzw. auszuschalten. Damit ist auch das dritte Element der Abrede-Definition von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt, welches voraussetzt, dass eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wird.

247. Insgesamt kann festgehalten werden, dass der Informationsaustausch bezüglich der Preiserhöhungen zwischen den involvierten Unternehmen aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen der gleichen Marktstufe sind, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckten und bewirkten und somit als Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren sind.

### B.3.1.2 Preisfestsetzung Zubehör-Produkte

248. **a)** Wie bereits unter Rz 86 ff. dargelegt, bestand eine Abmachung zwischen Flamco und Pneumatex, dass letztere die Flamco über ihr aggressives Preisverhalten in Bezug auf gewisse Zubehör-Produkte unterrichtete, damit Flamco dieses Verhalten einstellen könne. Diese Abmachung kann ohne Weiteres als eine rechtlich unverbindliche Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG qualifiziert werden. Die Parteien brachten nicht nur klar zum Ausdruck, dass sie sich an diese Vereinbarung halten wollten, sondern sie agierten in der Folge auch entsprechend, indem die Mitarbeiter der Pneumatex Informationen sammelten, welche die aggressive Preispolitik von Flamco dokumentierten. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob die Vereinbarung vollständig umgesetzt worden ist. Dieser Aspekt ist entgegen den Vorbringen der Pneumatex in ihrer zweiten Stellungnahme für die Qualifikation der Vereinbarung als Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG nicht von Belang.<sup>153</sup> Diesem Aspekt ist im Rahmen der Beurteilung der Zulässigkeit der Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 KG Rechnung zu tragen (vgl. unten Rz 263 f.).

249. **b)** Die beiden Unternehmen stehen sich als Konkurrenten auf der gleichen Marktstufe gegenüber (vgl. dazu die Ausführungen in Rz 242).

250. **c)** Indem Pneumatex eine zu „aggressive Preispolitik“ seitens der Flamco verhindern wollte und die Flamco zu verstehen gab, dass dies nicht sein müsse, brachten die Unternehmen zum Ausdruck, dass sie den Preiswettbewerb verringern wollten. Die Vereinbarung bezweckte mit anderen Worten eine Wettbewerbsbeschränkung.

251. Abschliessend steht somit fest, dass auch die Vereinbarung, sich preislich nicht zu unterbieten, die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt und somit eine Abrede im Sinne des Kartellgesetzes darstellt.

### B.3.1.3 Austausch weiterer sensibler Marktdaten

252. Im Rahmen der Kontaktaufnahmen über Preiserhöhungen auf Zubehör und Druckhaltesystemen wurden einmal zwischen Pneumatex und Flamco auch diesbezügliche Preislisten (Rz 104) und Umsatzangaben (Rz 107) ausgetauscht. Ferner wurden zwischen Pneumatex und Reflex (Rz 105) und schliesslich zwischen Flamco und Reflex vor 2007 Preislisten auf re-

gelmässiger Basis ausgetauscht (Rz 105; inkl. Walter Meier, Rz 181).

253. Im vorliegenden Fall kann der Austausch von Preislisten und Umsätzen nicht getrennt von der Kommunikation der Preiserhöhungsvorhaben betrachtet werden. Er war vielmehr ein Teil der beschriebenen abgestimmten Verhaltensweise. Die Informationen traten im vorliegenden Fall unterstützend zu den Preiserhöhungsvorgaben und erleichterten die Abstimmung des Marktverhaltens zusätzlich. Der Austausch von Umsatzinformationen und Preislisten zwischen den Wettbewerbern ermöglichte es den Herstellern diese Informationen bei ihrem eigenen Verhalten auf dem Markt zu berücksichtigen. Diese Zusatzinformationen trugen dazu bei, die Unsicherheit hinsichtlich des Marktverhaltens der Wettbewerber weiter zu verringern bzw. die diesbezügliche Vorhersehbarkeit zu verbessern.<sup>154</sup>

### B.3.1.4 Fazit

254. Abschliessend kann festgehalten werden, dass der Austausch über die Höhe und den Zeitpunkt von Preiserhöhungen auf Zubehör und Druckhaltesystemen den Tatbestand der Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt. Der Austausch der Preislisten muss im vorliegenden Fall als Teil dieser Absprache betrachtet werden. Die Vereinbarung der Wettbewerber sich preislich nicht in Bedrängnis zu bringen, erfüllt ihrerseits den Tatbestand der Abrede im Sinne des Art. 4 Abs. 1 KG.

### B.3.2 Abrede nach Art. 5 Abs. 3 KG/Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

255. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen:

- a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen;
- b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen;
- c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

256. Die vorliegenden Abreden hatten vor allem den Zeitpunkt und den Umfang von Preiserhöhungen zum Gegenstand und das Verhalten bezüglich der Preissetzung für Zubehör, weshalb nachfolgend ausschliesslich der Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG geprüft wird.

<sup>153</sup> THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar Kartellgesetz, Amstutz/ Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 KG N 70; SCHMIDHAUSER (Fn 144), Art. 4 KG N 28.

<sup>154</sup> Vgl. in diesem Sinne auch KOMM, ABl. 2006 L 353/50, Rz 190, *Kautschukchemikalien*.

### B.3.2.1 Vorliegen einer horizontalen Preisabrede

#### (i) Abrede bezüglich Preiserhöhungen

257. Der Vermutungstatbestand gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder -komponenten und erfasst ferner direkte oder indirekte Preisfixierungen. Damit ist für die Unterstellung unter diesen Vermutungstatbestand die Wirkung der Preisfestsetzung und nicht das Mittel entscheidend, mit dem diese erreicht wird. Der Vermutungstatbestand gilt beispielsweise nicht nur für Abreden über Rabatte, sondern auch für Vereinbarungen über Kriterien zur Anwendung von Rabatten, soweit diese zu einer Preisfestsetzung führen. Die gleichen Grundsätze gelten auch für Abreden über Kalkulationsvorschriften, soweit damit letztlich die Wirkung der Preisfestsetzung bezüglich einzelner Preiselemente erreicht wird.<sup>155</sup>

258. Vorliegend bestand die Abrede der Wettbewerber vorwiegend darin, den Zeitpunkt und die prozentuale Höhe von Brutto-Preiserhöhungen aneinander anzupassen. Damit bezweckten die beteiligten Unternehmen die mit einem einseitigen Versuch einer Preiserhöhung verbundenen Risiken, vor allem das Risiko Marktanteile zu verlieren, auszuschalten.<sup>156</sup> Der Preis ist eines der zentralen Elemente im Wettbewerb auf den vorliegenden Märkten und die diesbezüglichen Abreden zwischen den beteiligten Unternehmen zielten letztlich darauf ab, eine Erhöhung der Preise zu ihren Gunsten festzusetzen. Es kann davon ausgegangen werden, dass sich eine Erhöhung im vorliegenden Umfang bei einem ungehinderten Funktionieren des Wettbewerbs nicht ergeben hätte. Aus diesem Grund ist davon auszugehen, dass *in casu* eine Preisabsprache im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG vorliegt.<sup>157</sup>

259. Pneumatex hält fest, dass die Preiserhöhungen nicht ausschliesslich das Ergebnis des Informationsaustausches waren. Der Informationsaustausch sei lediglich ursächlich für die ungefähre Höhe und teilweise für den Zeitpunkt der Preiserhöhungen gewesen. Die eigentlichen Ursachen der Preiserhöhungen, nämlich Kosten- und Rohstoffpreissteigerungen, seien exogener Natur gewesen.

260. Der Schluss, dass sich die Preiserhöhungen im vorliegenden Umfang bei funktionierendem Wettbewerb nicht ergeben hätten, kann aufrecht erhalten werden. In der Koordination des Umfangs und des Zeitpunktes lag gerade der Sinn der Absprachen. Selbst wenn man jedoch davon ausgeht, dass exogene Ursachen mit ursächlich für Preiserhöhungen sind, stellt die Koordination deren Höhe und der genaue Zeitpunkt der Umsetzung unter Wettbewerbern eine Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG dar. Die genaue Ursache der Preiserhöhung ist unerheblich, entscheidend ist, dass die Höhe von Preiserhöhungen und deren Zeitpunkt nicht abgesprochen werden dürfen.

261. In casu kann offen bleiben, ob es sich bei den dargelegten Absprachen um direkte oder indirekte Preisabsprachen handelt, zumal die damit verbundene gesetzliche Rechtsfolge gemäss Art. 49a Abs. 1 KG für alle Absprachen nach Art. 5 Abs. 3 KG dieselbe ist. Zudem sind weder aus dem Gesetzestext und den Gesetzesmaterialien<sup>158</sup> noch aus der Rechtsprechung oder der Lehre

Forderungen ersichtlich, nach welchen sich die rechtliche Qualifikation als direkte oder indirekte Preisabsprache im Rahmen der Sanktionszumessung niederschlagen sollte.

262. Es steht fest, dass einerseits eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG gegeben ist, welche andererseits umgesetzt wurde. Daraus folgt, dass die gesetzliche Vermutung, wonach der Wettbewerbs beseitigt wird, greift. Die Wettbewerbswirkung der Abrede braucht daher nicht mehr nachgewiesen zu werden, soweit die gesetzliche Vermutung nicht umgestossen werden kann.<sup>159</sup>

#### (ii) Abrede bezüglich Preisfestsetzung von Zubehör

263. Aufgrund der vorliegenden Beweismittel kann die Vereinbarung im Juni 2007 (Rz 86 ff.), wonach die Flamco die Pneumatex nicht mit ihrer aggressiven Preisfestsetzung in Bedrängnis bringen soll, als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 KG qualifiziert werden. Jedoch beinhaltet die Abrede keinerlei Hinweise auf den Zeitpunkt oder den Umfang etwaiger Preisänderungen. Ferner liegen keine Angaben zu Komponenten oder der Bandbreite eines Preises vor. Derartige Elemente müssten aber Gegenstand der Abrede bilden, um als Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG qualifiziert zu werden.

264. Schliesslich fehlen jegliche Beweise bezüglich der Auswirkungen dieser Abrede. Diese wären jedoch notwendig, um prüfen zu können, ob die Abrede den Wettbewerb auf dem relevanten Markt erheblich beeinträchtigt hat. Es liegt daher bezüglich der Vereinbarung im Juni 2007 keine Preisabrede vor. Aufgrund dieser Ausgangslage konzentrieren sich die folgenden rechtlichen Ausführungen auf die vorliegenden Preisabreden.

<sup>155</sup> Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 468, 567; FRANZ HOFFET, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 5 KG N 115 ff.

<sup>156</sup> MASSIMO MOTTA, Competition Policy, 2004, 154; vgl. ferner zum Informationsaustausch allgemein KAI-UWE KÜHN, Fighting Collusion by regulating communication between firms, Economic Policy 16 (32), 2001, 169 ff.; PETER MOLLGAARD/PEER OVERGAARD, Transparency and competition policy, in: Pros and Cons of Information Sharing, Swedish Competition Authority (Hrsg.), 2006, 101 ff.; PAOLO BUCCIROSSI, Facilitating Practices, in: Handbook of Antitrust Economics, Paolo Buccirossi (Hrsg.), 311 ff.; STEFAN BÜHLER/DANIEL HALBHEER, Ökonomische Grundlagen und Grundbegriffe, in: Basler Kommentar Kartellgesetz, Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), 2010, Vor Art. 1 KG N 105 f.

<sup>157</sup> Vgl. zur Qualifikation von Preiserhöhungen als Preisabsprachen KOMM, ABl. 2006 L 353/50, Rz 226 ff., *Kautschukchemikalien*; KOMM, ABl. 1999 L 24/1, Rz 135 ff., *Fernwärmetechnik*; Urteil des EuGH vom 14. Juli 1972, C 48/69 *Imperial Chemical Industries*, Slg. 1972 I-619; SHAUN GOODMAN, Application of Article 81 EC, in: EU Competition Law, Vol. III, Siragusa/Rizza (Hrsg.), 2007, Rz 1.74, Rz 1.76.

<sup>158</sup> Vgl. etwa Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2002 2022, 2036 f., wo bei der Diskussion der Sanktionierung der Tatbestände nach Art. 5 Abs. 3 KG nicht nach Tatbestandsmerkmalen unterschieden wird.

<sup>159</sup> FRANZ HOFFET (Fn 155), Ziff. 110 ff.



### B.3.2.2 Kein Umstossen der gesetzlichen Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG

265. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann umgestossen werden, falls trotz der Wettbewerbsabrede wirksamer - aktueller und potenzieller - Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) besteht.

#### B.3.2.2.1 Aussenwettbewerb

266. Um die Intensität des Aussenwettbewerbs zu prüfen, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. Daran anschliessend ist festzustellen, inwieweit die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuellen oder potenziellen Wettbewerb diszipliniert werden, das heisst, ob sie überhaupt über die Möglichkeit verfügen, die Preise zu erhöhen oder die Mengen zu reduzieren oder die Qualitäten zu senken oder die Innovation zu verzögern; kurz: ob sie volkswirtschaftliche oder soziale Schäden verursachen können.

267. Ein funktionierender Aussenwettbewerb liegt vor, wenn es Unternehmen gibt, die nicht an der Abrede

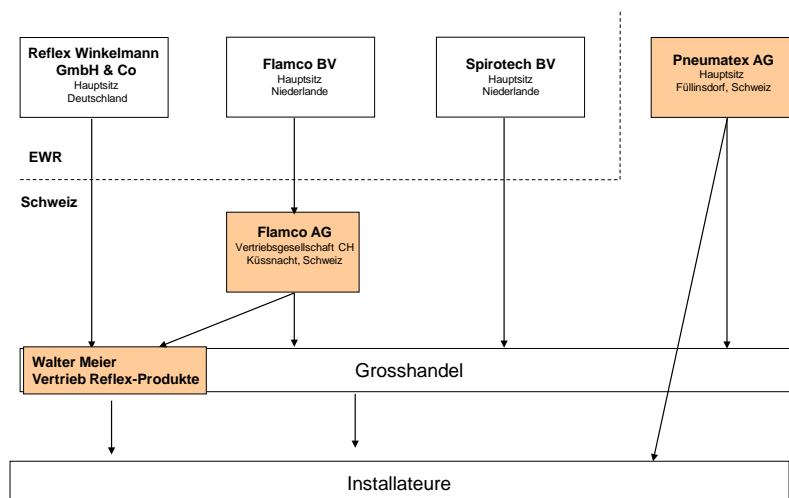
beteiligt sind und damit so viel Konkurrenz schaffen, dass ein wirksamer Wettbewerbs nicht als beseitigt erscheint.<sup>160</sup>

#### (i) Relevanter Markt

##### a. Sachlich relevanter Markt

268. 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], der hier analog anzuwenden ist).

269. Die Marktgegenseite der an der Abrede involvierten Unternehmen ist zum einen der Sanitär-grosshandel, zum anderen die Sanitärinstallateure. Die Nachfrage des Grosshandels hängt von der Nachfrage der Sanitärinstallateure ab, welche den Kunden direkt beraten oder sich nach den Vorgaben von Architekten etc. richten (abgeleitete Endnachfrage). Folglich ist in erster Linie das Marktverhalten der Sanitärinstallateure ausschlaggebend für die Abgrenzung des relevanten Marktes.<sup>161</sup>



270. Wie oben bereits ausgeführt, werden Druckhaltesysteme in Heiz-, Kühl- und Trinkwasseranlagen eingesetzt und sorgen dafür, dass der Wasserdruck in solchen Anlagen den zulässigen Betriebsdruck nicht überschreitet bzw. nicht unterschreitet. Druckhaltesysteme kompensieren ferner Volumenveränderungen des Wassers aufgrund von Temperaturschwankungen. Schliesslich sorgen sie dafür, dass systembedingte Wasserverluste durch Wasserzufluss ausgeglichen werden.

271. Die verschiedenen Druckhaltesysteme unterscheiden sich primär in Expansionsgefässe und Expansionsautomaten. Sowohl Expansionsgefässe als auch Expansionsautomaten haben den gleichen Verwendungszweck. Allerdings unterscheiden sie sich hinsichtlich

ihrer Eigenschaften insofern, als dass Expansionsgefässe für kleinere Anlagen konzipiert sind, während die Expansionsautomaten in grossen Büro- oder Wohngebäuden zur Anwendung gelangen. Sowohl Expansionsgefässe als auch Expansionsautomaten sind in verschiedenen Grössen erhältlich. Es ist nicht auszuschliessen, dass der sachlich relevante Markt der Druckhaltesysteme weiter in einen Markt für Expansionsgefässe und einen für Expansionsautomaten zu unterteilen wäre. Dies hat jedoch auf das Ergebnis keinen Einfluss.

<sup>160</sup> BGE 129 II 18, 35 E. 8.1.

<sup>161</sup> Vgl. Act. 22, 2.

272. Von den Druckhaltesystemen zu unterscheiden ist das Zubehör. Der Sammelbegriff Zubehör umfasst vorwiegend Entlüfter, Abscheider und Sicherheitsventile. Entlüfter und Abscheider werden in Heiz-, Kühl- und Solarsystemen verwendet, um überschüssige Luft (Mikroblasen) und Verschmutzungen (Schlamm, Magnetit) in Kühlungs- und Heizungskreisläufen zu entfernen. Dadurch soll die Funktionstüchtigkeit der Systeme verbessert und deren Betriebsdauer verlängert werden. Sicherheitsventile schützen druckbeaufschlagte Räume oder Druckbehälter (z.B. Dampfkessel) vor einem zu grossen Druckanstieg, der das angeschlossene Druckgerät schädigen kann.

273. Gemäss Aussagen der Parteien können Druckhaltesysteme und Zubehör unabhängig voneinander geliefert und in Anlagen eingebaut werden. Ferner braucht nicht jede Anlage, welche mit einem Druckhaltesystem ausgestattet ist, mit den hier in Frage stehenden Zubehör versehen zu werden.<sup>162</sup> Die beiden Produktkategorien können sich also ergänzen, was aber nicht zwingend immer der Fall sein muss. Druckhaltesysteme und Zubehör sind somit in technischer Hinsicht gegebenenfalls komplementär.

274. Es ist nicht auszuschliessen, dass der sachlich relevante Markt der Zubehörprodukte weiter in Teilmärkte zu unterteilen wäre. Dies hat jedoch auf das Ergebnis der vorliegenden Untersuchung keinen Einfluss.

275. Daher wird nachfolgend im Sinne einer Hypothese für das vorliegende Verfahren von einem Gesamtmarkt für Druckhaltesysteme und einem solchen für Zubehör ausgegangen. Es kann offengelassen werden, ob diese Gesamtmärkte weiter zu unterteilen sind.

#### b. Räumlich relevanter Markt

276. 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).

277. Wie ausgeführt, sind die in der Schweiz ansässigen Sanitärinstallateure die Marktgegenseite. Demnach kommt es bei der Definition des räumlichen Marktes primär darauf an, wo sie die von Ihnen benötigten Produkte nachfragen.

278. Es kann davon ausgegangen werden, dass der grösste Teil der in der Schweiz tätigen Sanitärinstallateure Druckhaltesysteme und Zubehör bei in der Schweiz ansässigen Grosshändlern, resp. Herstellern beziehen (vgl. auch Darstellung in Rz 269). Dafür spricht einerseits, dass es sich beim allergrössten Teil der Sanitärinstallateure um Kleinbetriebe handeln dürfte und andererseits, dass insbes. Druckhaltesysteme relativ grosse, schwere Güter sind, für welche sich ein Transport kleiner Stückzahlen über weite Strecken betriebswirtschaftlich wohl in den wenigsten Fällen lohnen dürfte. Das tatsächliche Kaufverhalten der Sanitärinstallateure dürfte sich deshalb grossmehrheitlich auf die Schweiz beschränken.<sup>163</sup> Dementsprechend ist von einem geographisch relevanten Markt Schweiz auszugehen.

279. Ferner funktioniert gemäss den Parteien der Wettbewerb zwischen den Herstellern in der Schweiz im Bereich des Zubehörs und der Druckhaltesysteme unter anderem über die Lieferbereitschaft und Kundenbeziehungen.<sup>164</sup> Die Erbringung dieser Dienstleistungen bedingt eine gewisse räumliche Nähe des Herstellers an seinen Kunden. Die intensive Aussendiensttätigkeit der Untersuchungsadressaten bestätigt denn auch, dass die Kundenbetreuung und Akquisition neuer Kunden weitgehend über den persönlichen Kontakt der Aussendienst-Mitarbeiter erfolgt. Auch dies spricht für eine engere Marktabgrenzung.

280. Insgesamt folgt aus den vorhergehenden Ausführungen, dass in der Schweiz wohl zum überwiegenden Teil Produkte von hierzulande ansässigen Unternehmen nachgefragt werden. Zudem entspricht eine bestimmte räumliche Nähe des Lieferanten zum Kunden einem Bedürfnis. In Anbetracht dessen rechtfertigt es sich im vorliegenden Fall sowohl für den Markt der Druckhaltesysteme als auch des Zubehörs von einem räumlich national begrenzten Markt auszugehen. Allfällige ausländische Konkurrenten werden dennoch im Rahmen der Prüfung des potenziellen Wettbewerbs beachtet.

#### (ii) Aktueller Wettbewerb

281. Druckhaltesysteme werden in der Schweiz weitestgehend von den drei im Verfahren involvierten Unternehmen Pneumatex, Flamco und Walter Meier (Reflex) vertrieben. Wie aus Tabelle 5 ersichtlich ist, verfügen die drei zusammen über 80-90 % Marktanteile. Die Grössenverhältnisse der Marktanteile der drei Unternehmen blieben im Vergleich zueinander zwischen den Jahren 2004-2008 weitestgehend unverändert. Hingegen konnten die drei während dieser Zeitspanne ihre individuellen Marktanteile nach oben verbessern. Dies führte dazu, dass ihre Marktanteile von insgesamt 70-80 % im Jahr 2004 auf die besagten 80-90 % im Jahre 2008 anwuchsen.

282. Die nachfolgende Tabelle gibt einen kurzen Überblick über die Marktanteile der Unternehmen, welche in der Schweiz ansässig sind bzw. ihre Produkte über in der Schweiz domizilierte Unternehmen vertreiben lassen:

<sup>162</sup> Act. 23, 2.

<sup>163</sup> Vgl. auch Parteiaussage, Act. 27, 3.

Unternehmen	Durchschnittliche Marktanteile in der Schweiz im Bereich der Druckhaltesysteme 2006-2008	Durchschnittliche Marktanteile in der Schweiz im Bereich des Zubehörs 2006-2008
<b>Pneumatex</b>	60-70 %	50-60 %
<b>Flamco</b>	0-10 %	10-20 %
<b>Reflex (Vertrieb durch Walter Meier)</b>	10-20 %	--
<b>Reflex (Vertrieb durch <math>\alpha</math>)</b>	--	--
<b>Spirotech (Vertrieb durch <math>\beta</math>)</b>	Nicht im Sortiment	20-30 %
<b>Andere mit Sitz in der Schweiz</b>	0-10 %	--
<b>Insgesamt</b>	90-100 %	90-100 %

Tabelle 5: Marktanteile in der Schweiz<sup>165</sup>

283. Aus den soeben erwähnten Marktanteilsentwicklungen lässt sich zwar einerseits schliessen, dass der betreffende Markt einer gewissen Dynamik unterliegt. Hingegen zeigt sich daraus auch, dass es nicht an der Absprache beteiligten Unternehmen nicht gelungen ist, genügend disziplinierenden Wettbewerbsdruck auf Pneumatex, Flamco und Walter Meier (Reflex) auszuüben. Im Gegenteil, diese konnten ihre Marktanteile sogar noch steigern.

284. Im Markt für Zubehör sind Pneumatex, Flamco, Spirotech und Reflex tätig. Letztere beiden vertreiben ihre Waren über in der Schweiz niedergelassene Unternehmen.<sup>166</sup> Gemeinsam vereinigen sie 90-100 % der Marktanteile auf sich. Die Marktanteilsverteilung der einzelnen Unternehmen blieb zwischen 2004-2008 weitestgehend unverändert. Diese Marktanteilsentwicklungen deuten auf stabile Marktstrukturen hin, weshalb von wenig aktueller Konkurrenz für diesen Bereich auszugehen ist.

### (iii) Potenzieller Wettbewerb

285. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs würde allenfalls widerlegt, wenn gezeigt werden könnte, dass die Abredepartner einer potenziellen Konkurrenz gegenüberstehen, welche sie trotz Abrede zu effizientem Verhalten zwingt. Bei der Beurteilung der potenziellen Konkurrenz ist zu prüfen, ob ein oder mehrere Marktzutritte hinreichend wahrscheinlich sind. Dabei gilt es ergänzend den Zeitpunkt und den Umfang der Zutritte zu beachten.<sup>167</sup> Diese Prüfung ist nachfolgend mit Blick auf den Bereich des Zubehörs und der Druckhaltesysteme durchzuführen.

286. Weder im Bereich des Zubehörs noch der Druckhaltesysteme bestehen gemäss den Angaben der Parteien spezifische administrative Markt-Zutrittsbarrieren. Hingegen geben die Parteien an, dass ein Neueintretender in den Schweizer Markt einen erheblichen finanziellen Aufwand zu betreiben hätte, um die Reputation einer Marke auf dem Schweizer Markt zu etablieren.<sup>168</sup> Ferner

gestalte sich der Aufbau eines Vertriebsnetzes in der Schweiz schwierig.<sup>169</sup> Daraus wird ersichtlich, dass zumindest diesbezüglich gewisse Eintrittsbarrieren für einen Neueintretenden in den Markt bestehen.

287. In den letzten fünf Jahren kam es zu keinen nennenswerten Markteintritten im Bereich Zubehör. Auch rechnen die Untersuchungsadressaten in den nächsten beiden Jahren mit keinen neuen Markteintritten, resp. haben sie keine Kenntnis davon. Eine weitergehende Prüfung des potenziellen Wettbewerbs kann daher für den Bereich des Zubehörs ausbleiben.

288. Auch bezüglich der Druckhaltesysteme kam es in den letzten fünf Jahren zu keinen echten Markteintritten. Pneumatex macht geltend, dass das italienische Unternehmen Zilmet innert der kommenden beiden Jahren in den Schweizer Markt eintreten werde.<sup>170</sup> Gemäss Flamco importiert die Zilmet bereits zum heutigen Zeitpunkt Druckhaltesysteme direkt in die Schweiz, wenn auch in eingeschränkter Masse. So sollen sämtliche Direktimporte aus Italien, wozu auch die Zilmet-Produkte gehören, im Bereich der Druckhaltesysteme 5 %-10 % ausmachen.<sup>171</sup>

<sup>164</sup> Act. 37, Antwort auf die Fragen 17 f.

<sup>165</sup> Quelle: Pneumatex, Flamco, Reflex [Walter Meier] und gemäss Antworten auf die Fragebogen N.N. [0-10%].

<sup>166</sup> Die Spirotech über  $\beta$ , die Reflex über  $\alpha$

<sup>167</sup> RPW 2000/4, 627, *Markt für Strassenbeläge*.

<sup>168</sup> Act. 35, 8.

<sup>169</sup> Act. 37, Antwort auf Fragen 27 und 28.

<sup>170</sup> Act. 37, 6.

<sup>171</sup> Act. 35, 4.

289. Selbst wenn man davon ausgeht, dass der Markteintritt von Zilmet nicht erfolgt ist und erst innert den nächsten beiden Jahren bevorsteht, ist nicht zu erwarten, dass sich eine wesentliche disziplinierende Wirkung auf die in der Schweiz bereits tätigen Unternehmen ergeben würde. Wie gezeigt, sind die Marktanteile der bereits in der Schweiz tätigen Unternehmen in den letzten fünf Jahren im Bereich der Druckhaltesysteme angestiegen (vgl. oben Rz 281). Es deutet nichts darauf hin, dass der Eintritt diesen Trend umkehren und somit einen disziplinierenden Effekt auf Flamco und Pneumatex haben würde.

290. Zwar besteht die Möglichkeit für die Sanitärinstallateure, Produkte direkt aus dem Ausland zu beziehen, doch ist ein solches Vorgehen aus verschiedenen Gründen wenig attraktiv.<sup>172</sup> So sind die Preisunterschiede zum umliegenden Ausland eher gering. Zusätzlich erhöhen die anfallenden Transport- und Verpackungskosten den Preis von aus dem Ausland bezogenen Waren. Wie oben dargelegt, deutet zudem einiges darauf hin, dass zwischen einem nicht unbedeutenden Teil der europäischen Anbieter (Pneumatex, Flamco, Reflex, Spirotech) auf europäischer Ebene Preisabreden stattgefunden haben. Es ist daher wahrscheinlich, dass die Preise dieses Anteils der im Ausland angebotenen Produkte selbst durch Wettbewerbsabreden beeinflusst worden sind. Das Angebot aus dem Ausland vermag daher die Anbieter in der Schweiz nicht zu disziplinieren.

291. Wie bereits dargelegt, bezieht die überwiegende Anzahl Schweizer Sanitärinstallateure Druckhaltesysteme und Zubehör mehrheitlich vom in der Schweiz ansässigen Grosshandel. Angesichts dieses Umstandes, der hohen Marktanteile der an der Abrede beteiligten Unternehmen in der Schweiz und der mangelnden Konkurrenz aus dem Ausland kann ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass die nicht an der Abrede beteiligten Unternehmen nicht in der Lage sind, genügend Wettbewerbsdruck zu erzeugen, um damit für ausreichend Konkurrenz zu sorgen.<sup>173</sup>

292. Zusammenfassend steht fest, dass die gesetzliche Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs nicht durch funktionierenden Aussenwettbewerb widerlegt werden kann.

### B.3.2.2.2 Innenwettbewerb

293. Es bleibt schliesslich zu prüfen, ob die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs und damit die Unzulässigkeit der Abrede mittels verbleibendem Innenwettbewerb widerlegt werden kann. Ein funktionierender Innenwettbewerb besteht, wenn die Abrede in Wirklichkeit gar nicht befolgt wird oder wenn trotz der die Vermutung begründenden Absprache bezüglich einzelner Wettbewerbsparameter aufgrund anderer Faktoren ein wirksamer Wettbewerb fortbesteht.<sup>174</sup>

294. Die Preisabreden der beteiligten Unternehmen wurden befolgt und tatsächlich durchgeführt (vgl. Rz 103, Tabelle 3 und Rz 187, Tabelle 4). Der Preiswettbewerb wurde also mit Bezug auf die von den Abreden betroffenen Produkte weitestgehend ausgeschaltet. Es bestehen zwar Anhaltspunkte für das Vorliegen von anderen Wettbewerbsparametern, wie Lieferbereitschaft und Kundenbeziehungen. Allerdings vermögen die Be-

reitschaft ein Produkt zu liefern sowie persönliche Kundenbeziehungen, welches Dienstleistungen sind und von allen Abredeteiligen angeboten werden, die Ausschaltung des Preiswettbewerbs im Sinne der bundesrichterlichen Rechtsprechung nicht aufzuwiegen. Vielmehr ergibt sich aus den Akten, dass sich der Wettbewerb in vorliegenden Märkten vorwiegend über den Preis definiert. Gemäss Bundesgericht führt die Beseitigung des Preiswettbewerbs denn auch in vielen Fällen zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs schlechthin.<sup>175</sup> Dies trifft auch auf den vorliegenden Sachverhalt zu.

295. Flamco bringt dagegen vor, dass der Preiswettbewerb vorliegend nicht ausgeschaltet wurde. Der Informationsaustausch habe lediglich die Bruttopreise betroffen und nicht jedoch die massgebenden Nettopreise, resp. Rabatte.

296. Dem ist entgegenzuhalten, dass sich der Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG auf *jede* Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preiskomponenten bezieht.<sup>176</sup> Zudem bilden Bruttopreise die Berechnungsgrundlage der Nettopreise, resp. der Rabatte. Steigen also die Bruttopreise, hat dies in aller Regel auch einen Einfluss auf die Nettopreise. Der Marktführer Pneumatex gibt denn auch an, dass Bruttopreiserhöhungen grundsätzlich zu einer Erhöhung der Nettopreise geführt haben.<sup>177</sup> Dabei ist es unerheblich, ob für einzelne Grosskunden nicht die gesamte Bruttopreiserhöhung vollumfänglich überwältigt wird, entscheidend ist vielmehr, dass eine Bruttopreiserhöhung in der Regel auch zu einer Erhöhung der Nettopreise führt. Flamco gibt zudem selbst an, dass z.B. L aufgrund seiner vorgängigen Tätigkeit als Installateur über Kenntnisse der Rabattbedingungen der Konkurrenz verfügt (Rz 133). Es ist davon auszugehen, dass auch die Konkurrenten über solches Wissen verfügen. Dementsprechend war es für sämtliche Konkurrenten auf dem Markt möglich, sich basierend auf den Bruttopreisangaben ein relativ präzises Bild über die Nettopreise der Konkurrenz zu machen.

297. Pneumatex macht geltend, dass der Wettbewerb in vorliegendem Fall nicht beseitigt wurde, da lediglich Informationen ausgetauscht worden seien, welche bezüglich der Höhe und des Zeitpunkts von Preiserhöhungen für eine gewisse Transparenz gesorgt hätten.

<sup>172</sup> Vgl. auch in diesem Sinne Act. 30, 7.

<sup>173</sup> Vgl. BGE 129 II 18, 35, E. 8.2; RPW 1999/3, 458 ff., SAMMELREVERS 1993.

<sup>174</sup> BGE 129 II 18, 35, E. 8.1.

<sup>175</sup> BGE 129 II 18, 37, E. 8.3.3.

<sup>176</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl 1995 468, 567.

<sup>177</sup> Act. 23, 8.

298. Hierzu ist zu entgegnen, dass sich die Anbieter über den zentralen Wettbewerbsparameter Preis abgesprochen haben. Wie oben dargelegt, kann in solchen Fällen von einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs ausgegangen werden. Weiter ist anzumerken, dass die in Frage stehenden Märkte oligopolistisch strukturiert sind (Rz 281) und daher eine erhöhte Kollisionsgefahr herrscht(e).<sup>178</sup> Durch den Informationsaustausch bezüglich Preise wurde die Markttransparenz, welche ohne diesen Austausch mit gewissen Unsicherheiten behaftet war, zumindest so weit erhöht, dass beinahe jegliche Ungewissheit über die Handlungen der Konkurrenz beseitigt wurde.

299. Abschliessend steht also fest, dass auch kein ausreichender Innenwettbewerb besteht, welcher die gesetzliche Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs zu widerlegen vermag.

300. Flamco bringt weiter vor, dass sie intensiv von Pneumatex konkurrenziert werde. Flamco habe ihren Umsatz stärker gesteigert als Pneumatex und dementsprechend Marktanteile hinzugewonnen. Von einem Fehlen wirksamen Wettbewerbs könne keine Rede sein. Der Umstand, dass Flamco ihre Umsätze steigern konnte bzw. Marktanteile hinzugewinnen konnte, weist jedoch nicht auf wirksamen Wettbewerb hin. Die Umsatzgewinne von Flamco fallen nicht derart ins Gewicht, als dass daraus auf wirksamen Wettbewerb geschlossen werden könnte. Abgesehen davon wird dadurch der Umstand, dass die verschiedenen Anbieter von Druckhaltesystemen und Zubehör Informationen über zukünftige Preiserhöhungen ausgetauscht haben und damit den Preiswettbewerb weitestgehend verunmöglicht haben, nicht aufgewogen.

### B.3.2.3 Ergebnis

301. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG kann entgegen der Vorbringen der Parteien weder mit einem wirksamen Aussenwettbewerb noch mit einem wirksamen Innenwettbewerb widerlegt werden.

302. Selbst wenn man davon ausginge, dass der Wettbewerb durch die dargelegten Absprachen nicht beseitigt wird, läge zumindest eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG vor. Gemäss Rechtsprechung gilt es bei der Beurteilung der Erheblichkeit einer Wettbewerbsbeeinträchtigung sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien zu beachten.<sup>179</sup> Dabei wiegt das Vorliegen einer Preisabsprache im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG in qualitativer Hinsicht besonders schwer. Was das quantitative Element betrifft, genügt es im vorliegenden Fall auf die Marktanteile der am Kartell beteiligten Unternehmen hinzuweisen. Deren kumulativen Marktanteile betragen im Bereich der Druckhaltesysteme 80-90 % und im Bereiche der Zubehör gar 90-100 %. Daraus folgt ohne Weiteres eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs.<sup>180</sup> Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG wurden von den Parteien im vorliegenden Fall weder vorgebracht noch sind solche ersichtlich, weshalb auf deren Prüfung ohnehin verzichtet werden kann.

### B.3.3 Schlussfazit

303. Die Wettbewerbsabreden über den Zeitpunkt und den prozentualen Umfang von Preiserhöhungen, welche in den Jahren 2006-2008 zwischen den involvierten Unternehmen stattgefunden haben, sind unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG und dürfen nicht mehr praktiziert werden.

## B.4 Sanktionierung

### B.4.1 Allgemeines

304. Aufgrund ihrer *ratio legis* sollen die in Art. 49a ff. KG vorgesehenen Verwaltungssanktionen – und dabei insbesondere die mit der Revision 2003 eingeführten direkten Sanktionen bei den besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstössen – die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern.<sup>181</sup> Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden.<sup>182</sup>

### B.4.2 Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG

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

#### B.4.2.1 Unternehmen

306. Die Wettbewerbsbeschränkungen, auf welche Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem Unternehmen begangen werden. Für den Unternehmensbegriff wird auf Art. 2 Abs. 1 und 1<sup>bis</sup> KG abgestellt.<sup>183</sup> Die Parteien der vorliegenden Untersuchung sind offensichtlich als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren (vgl. Rz 222).

#### B.4.2.2 Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG

307. Die Regelung sieht in erster Linie Massnahmen gegen harte Kartelle im Sinne horizontaler oder vertikaler Absprachen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG vor. Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, welches an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet.<sup>184</sup>

<sup>178</sup> Vgl. MOTTA (Fn 156), 142 ff.; aus der Rechtsprechung etwa Urteil des EuGH vom 28. Mai 1998 C-7/95 *John Deere*, Slg. 1998 I-3111.

<sup>179</sup> BGE 129 II 18, 37 f.; RPW 2000/2, 177 Rz 50, *AFEC*; RPW 2003/2, 287, *Fahrschule Graubünden*; RPW 2005/2, 263 Rz 72 ff., *Swico/Sens*; zuletzt bestätigt in RPW 2009/2, 143 Rz 64, *Sécateurs et cisailles*, allerdings mit Bezug auf eine Vertikalabsprache.

<sup>180</sup> Vgl. BGE 129 II 18, 25, E.5.2.2.

<sup>181</sup> Botschaft 2001 (Fn 158), BBl 2002, 2022 ff., insb. 2023, 2033 ff., 2041; PATRICK DUCREY, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Vorbem. zu Art. 50–57 N 1; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, 92.

<sup>182</sup> Botschaft Kartellgesetz (Fn 158), 2034.

<sup>183</sup> Statt vieler: JÜRIG BORER, Kartellgesetz, 2005, Art. 49a KG N 6, und DUCREY (Fn 181), Art. 50 KG N 8.

<sup>184</sup> Vgl. auch PHILIPP ZURKINDEN/HANS RUDOLF TRÜEB, Das neue Kartellgesetz – Handkommentar, Art. 49a KG N 1.

308. Eine Sanktionierung im Sinne der ersten in Art. 49a Abs. 1 KG erwähnten Tatbestandsvariante ist an folgenden zwei Voraussetzungen geknüpft: Die Beteiligung an einer Abrede über Preise, Mengen oder die Aufteilung von Märkten nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG sowie die Unzulässigkeit dieser Abrede.<sup>185</sup>

309. Wie oben dargelegt, haben die Parteien während 28 Monaten wiederholt ihr Verhalten in Bezug auf die Höhe und den Zeitpunkt von Preiserhöhungen abgestimmt. Der Wettbewerb auf den betreffenden Märkten wurde dadurch beseitigt. Dieses Verhalten ist unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG, weshalb der Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt ist.

310. Flamco bringt vor, dass die WEKO in casu keine Sanktion aussprechen könne, da die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden könne. Dem ist entgegenzuhalten, dass in vorliegendem Fall der wirksame Wettbewerb beseitigt wurde (vgl. Rz 265 ff.). Nach der Praxis der WEKO können Sanktionen zudem auch in Fällen ausgesprochen werden, in welchen die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung umgestossen werden kann.<sup>186</sup>

#### B.4.3 Vorwerfbarkeit

311. Für die Verhängung einer Verwaltungssanktion ist typischerweise kein Verschulden und damit der Nachweis eines im strafrechtlichen Sinne vorsätzlichen oder fahrlässigen Handelns der verantwortlichen natürlichen Personen vorausgesetzt.<sup>187</sup> Getreu dem Wortlaut wird für eine Sanktionierung gemäss Art. 49a Abs. 1 KG auch keine Vorwerfbarkeit verlangt. Dennoch prüfte die WEKO bis anhin in verschiedenen Fällen ein entsprechendes Erfordernis,<sup>188</sup> weshalb auch nachfolgend kurz darauf eingegangen wird.

312. Vorwerfbarkeit liegt bereits dann vor, wenn dem zu sanktionierenden Unternehmen eine Sorgfaltspflichtverletzung angelastet werden kann. Dies ist unter anderem dann der Fall, wenn dem Unternehmen ein Organisationsverschulden zukommt. Ein Verstoss gegen Art. 49a Abs. 1 KG – hier i.V.m. Art. 5 Abs. 3 KG – erfüllt diese Verschuldensvoraussetzungen regelmässig.<sup>189</sup> Der vorwerfbare objektive Sorgfaltsmangel kann bei der juristischen Person die nicht nachweisbaren subjektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen ersetzen und zu einer Sanktionierung des Unternehmens selbst führen.<sup>190</sup> Da das Kartellgesetz für Unternehmen (als dessen Adressaten) allgemein als „bekannt“ vorausgesetzt werden kann,<sup>191</sup> müssen diese grundsätzlich alles Mögliche und Notwendige vornehmen, um sicherzustellen, dass von ihm die Vorgaben des Kartellgesetzes eingehalten werden.<sup>192</sup>

313. Vorliegend steht ausser Frage, dass die Parteien keinerlei Vorkehren getroffen haben, um die Einhaltung des Kartellgesetzes sicherzustellen. Flamco führte nach Eröffnung des Verfahrens ein Compliance-Programm ein. Dieser Umstand hat aber keinen Einfluss auf die Beurteilung der Verhaltensweisen, die Gegenstand dieses Verfahrens sind, da sie vor Einführung des Compliance-Programms stattgefunden haben. Dahingegen trafen die involvierten Unternehmen Preisabsprachen, welche sog. harte Kartelle darstellen und zu den schwerwiegendsten Kartellrechtsverstössen überhaupt

zählen. Dieser Umstand führt dazu, dass dem Unternehmen ein Organisationsverschulden im oben genannten Sinne zukommt. Mit anderen Worten kann den an den unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligten Unternehmen ohne Weiteres ein objektiver Sorgfaltsmangel angelastet werden. Die Vorwerfbarkeit des Kartellrechtsverstosses ist folglich gegeben.<sup>193</sup> Der Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG ist somit in jeglicher Hinsicht erfüllt, weshalb die Parteien zu sanktionieren sind.

#### B.4.4 Bemessung

##### B.4.4.1 Einleitung und gesetzliche Grundlagen

314. Rechtsfolge einer Verletzung von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Dieser Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist (Art. 2 Abs. 1 SVKG).

315. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung gemäss Art. 49a Abs. 1 KG sind in der KG-Sanktionsverordnung<sup>194</sup> geregelt (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemässen Ermessen der WEKO, welches durch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 2 Abs. 2 SVKG) und Gleichbehandlung begrenzt wird.<sup>195</sup> Die

<sup>185</sup> Vgl. ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, in: Kartellgesetzrevision 2003 – Neuerungen und Folgen, Stoffel/Zäch (Hrsg.), 2004, 34.

<sup>186</sup> RPW 2009/2, 143, *Sécateurs et cisailles*; CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, 2008, 48.

<sup>187</sup> RPW 2009/3, 196 Rz 105, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; vgl. etwa bereits die Entscheide der WEKO wie RPW 2001/1, 152 Rz 35, *BNP/Paribas*; RPW 2000/2, 262 f. Rz 30, *X/C-AG und D-AG* und RPW 1998/4, 617 f. Rz 21 ff., *Curti & Co. AG*; zustimmend ROGER ZÄCH/ANDREAS WICKY, Die Bemessung von Verwaltungssanktionen im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen nach schweizerischem Kartellrecht (Art. 51 KG), in: *Wirtschaft und Strafrecht*, FS für N. Schmid, 2001, 585 ff., 589; sowie PHILIPP ZURKINDEN, Sanktionen, in: *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR)*, Band V/2 (Kartellrecht), von Büren/David (Hrsg.), 2000, 520.

<sup>188</sup> Vgl. RPW 2006/4, 660, *Unique*; RPW 2007/2, 232, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern/“Publigroupe“*; RPW 2009/3, 212 Rz 106 ff., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>189</sup> PETER Reinert in: *Handkommentar zum Kartellgesetz – Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen*, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 49a KG N 5; RPW 2007/2, 234 m.w.H. in Fn 63 *Publigroupe*.

<sup>190</sup> In diesem Sinne BORER (Fn 183), Art. 50 KG N 7 i.V.m. Art. 49a KG N 10 ff. m.w.H.

<sup>191</sup> Vgl. TAGMANN (Fn 186), 285; als auch Art. 8 Abs. 1 Bundesgesetz über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz [PublG]; SR 170.512).

<sup>192</sup> RPW 2009/3, 212 Rz 106, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>193</sup> So im Ergebnis auch der Entscheid RPW 2009/3, 212 Rz 109, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; Entscheid der REKO/WEF, RPW 2002/2, 399 f., *Rhône-Poulenc/Merck*; RPW 2002/3, 533, *Schweizerische National-Versicherungs-Gesellschaft/Coop Leben*.

<sup>194</sup> Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5)

<sup>195</sup> Vgl. REINERT (Fn 189), Art. 49a KG N 14 sowie RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Unique*.

WEKO bestimmt die effektive Höhe der Sanktion nach den konkreten Umständen im Einzelfall, wobei die Geldbusse für jedes an einer Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen individuell innerhalb der gesetzlich statuierten Grenzen festzulegen ist.<sup>196</sup>

#### B.4.4.2 Maximalsanktion

316. Die Obergrenze des Sanktionsrahmens und somit die Maximalsanktion liegt bei 10 % des vom Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes. Der Unternehmensumsatz

im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen, Art. 4 und 5 VKU<sup>197</sup> werden analog angewendet.<sup>198</sup>

317. Der Unternehmensumsatz nach Art. 49a KG bestimmt sich mithin auf Konzernebene,<sup>199</sup> wobei gemäss Art. 5 Abs. 2 VKU konzerninterne Umsätze nicht zu berücksichtigen sind. Die von den Parteien angegebenen Gesamtumsätze der letzten drei Geschäftsjahre in der Schweiz gehen aus folgender Übersicht hervor:

Pneumatex	[...]
Flamco	[...]

Tabelle 6: Konzernumsätze zwischen 2006-2008

318. Die mögliche Maximalsanktion je Unternehmung beträgt 10 % dieser Gesamtumsätze und ist folgender Übersicht zu entnehmen:

Pneumatex	[...]
Flamco	[...]

Tabelle 7: Maximalsanktion pro Unternehmen

#### B.4.4.3 Konkrete Sanktionsberechnung

319. Nach Art. 49a Abs. 1 KG sind bei der Bemessung des konkreten Sanktionsbetrags die Dauer und Schwere des unzulässigen Verhaltens und der durch das unzulässige Verhalten erzielte mutmassliche Gewinn angemessen zu berücksichtigen.

320. Die konkrete Sanktionsbemessung erfolgt in drei Schritten: Zunächst ist der sogenannte Basisbetrag zu berechnen. Dieser ist in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann (vgl. Art. 3–6 SVKG).<sup>200</sup>

##### B.4.4.3.1 Basisbetrag

321. Der Basisbetrag beträgt je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten 3 Geschäftsjahren *auf den relevanten Märkten* in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG).

##### (i) Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf dem relevanten Markt)

322. Im vorliegenden Fall wurden die Märkte einerseits auf Druckhaltesysteme und andererseits auf Zubehör, welche in der Schweiz vertrieben werden begrenzt. Die kumulativen Umsätze, welche die Parteien in diesen relevanten Märkten in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielt haben belaufen sich auf:

	2006	2007	2008	Total
Pneumatex	[...]	[...]	[...]	[...]
Flamco	[...]	[...]	[...]	[...]

Tabelle 8: Umsätze auf den relevanten Märkten

<sup>196</sup> Vgl. entsprechende Aussage betreffend der EU: TAGMANN (Fn 186), 293.

<sup>197</sup> Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

<sup>198</sup> RPW 2007/2, 299 Rz 402, *Publigroupe*; sowie REINERT (Fn 189), Art. 49a KG, Rz 9; in Sachen SVKG vgl. vorn Fn 200.

<sup>199</sup> RPW 2009/3, 212 Rz 106 ff., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>200</sup> RPW 2006/4, 661 Rz 237, *Unique*.

323. Die obere Grenze des Basisbetrags beläuft sich auf 10 % der in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Schweizer Märkten erzielten Umsätzen. Auf-

grund der in der Tabelle 7 gemachten Angaben ergeben sich im vorliegenden Fall für die Parteien folgende Obergrenzen:

Pneumatex	[...]
Flamco	[...]

Tabelle 9: Obergrenze Basisbeträge der Parteien

324. Flamco bringt diesbezüglich vor, dass nur die Umsätze im Bereich Expansionsgefässe sanktionsrelevant sind. Dem ist entgegenzuhalten, dass sowohl im Bereich Expansionsgefässe wie auch beim Zubehör Absprachen erstellt sind, welche Auswirkungen auf die Schweiz hatten (vgl. Rz 48 ff.).

## (ii) Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

325. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen<sup>201</sup>. Die Parteien haben sich, unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG verhalten. Im Folgenden gilt es demnach zu prüfen, als wie schwer der Verstoss gegen das Kartellgesetz zu qualifizieren ist. Dabei stehen objektive<sup>202</sup> Faktoren im Vordergrund. Es ist nach dem abstrakten Gefährdungspotenzial des Verstosses,<sup>203</sup> seiner volkswirtschaftlichen Schädlichkeit zu fragen.<sup>204</sup>

326. Grundsätzlich ist die Schwere der Zuwiderhandlung im Einzelfall, unter Berücksichtigung aller relevanter Umstände zu beurteilen. Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, welche den Wettbewerb beseitigen, stellen – als sogenannte harte Kartelle – grundsätzlich schwere Kartellrechtsverstösse dar. Unter anderem sind Abreden, welche den Preiswettbewerb ausschalten, wegen des grossen ihnen immanenten Gefährdungspotenzials im oberen Drittel des möglichen Sanktionsrahmens, d.h., zwischen 7 % und 10 %, einzuordnen.<sup>205</sup> Darüber hinaus ist im Allgemeinen davon auszugehen, dass Wettbewerbsbeschränkungen, welche gleichzeitig mehrere Tatbestände gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG erfüllen, schwerer zu gewichten sind als solche, die nur einen Tatbestand erfüllen.<sup>206</sup>

327. Im vorliegenden Fall sind keine Gründe ersichtlich, welche ein Abweichen von dieser grundsätzlichen Praxis<sup>207</sup> rechtfertigen würden. Die vorliegenden Preisabsprachen stellen schwere Verstösse gegen das Kartellgesetz dar. Der Wettbewerb auf den relevanten<sup>208</sup> Märkten wurde denn auch jeweils beseitigt. Erschwerend kommt hinzu, dass zugleich auch Preislisten und Umsatzangaben ausgetauscht wurden, was die bereits bestehende Berechenbarkeit der Konkurrenzhandlungen noch verstärkt hat und zu einer zusätzlichen Transparenz auf den relevanten Märkten führt. Insgesamt kann also davon ausgegangen werden, dass die vorliegenden Absprachen grundsätzlich schwere Verstösse gegen das Kartellrecht darstellen.

328. Gegen die Einschätzung als schwere Kartellrechtsverstösse spricht der Umstand, dass die beteiligten Un-

ternehmen zumindest in der Schweiz keine streng professionell organisierte Gruppe waren, deren Ziel in einer umfassenden Wettbewerbsbeschränkung des Marktes bestand.<sup>209</sup> Ausgleichs- und Sanktionsmechanismen bestanden keine. Die Abreden erfolgten vielmehr ad hoc und bilateral.

329. Die Vorbringen, die Preiserhöhungen hätten nicht in jedem Fall an die Kundschaft weitergegeben werden können,<sup>210</sup> sind für die umsatzbasierte Berechnung der Sanktion belanglos. Insbesondere kann daraus nicht auf eine *per se* geringere volkswirtschaftliche Schädlichkeit geschlossen werden.<sup>211</sup> Als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsprinzips wurde diesem Aspekt jedoch dennoch bei der Schwere Beachtung geschenkt.

330. Die erwähnten Kriterien und Wertungen führen demnach zu einem für die Berechnung des Basisbetrags zu berücksichtigenden Satz von 7 % für die Parteien und damit zu folgenden Basisbeträgen:

<sup>201</sup> Vgl. Wettbewerbskommission, Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung (SVKG), 2006, 2 f., <www.admin.ch> unter Dokumentation > Bekanntmachungen/Erläuterungen > Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung.

<sup>202</sup> D.h. nicht verschuldensabhängigen Kriterien, vgl. ROLF DÄHLER/PATRICK KRAUSKOPF (Fn 185), Die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung, in: Kartellgesetzrevision 2003 – Neuerungen und Folgen, Stoffel/Zäch (Hrsg.), 2004, 139.

<sup>203</sup> Vgl. PATRICK KRAUSKOPF/DOROTHEA SENN, Die Teilrevision des Kartellrechts – Wettbewerbspolitische Quantensprünge, sic! 1/2003, 12.

<sup>204</sup> RPW 2009/3, 214 Rz 120, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>205</sup> Tendenziell leichter sind den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abreden, welche sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, zu gewichten; RPW 2009/3, 214 Rz 121, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>206</sup> RPW 2009/3, 214 Rz 121, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; vgl. Erläuterungen SVKG (Fn 200), Art. 3.

<sup>207</sup> Vgl. RPW 2009/3, 214 Rz 120 f., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>208</sup> Ihrerseits bereits durch vergleichsweise hohe Preistransparenz gekennzeichneten Märkten.

<sup>209</sup> Vgl. beispielsweise für höheren Institutionalisierungs- und Umsetzungsgrad RPW 2008/1, 85 ff., insbesondere 96 ff., Rz 88 ff. (Konvention) sowie 109 Rz 176 f., *Strassenbeläge Tessin*.

<sup>210</sup> Act. 35, 3.

<sup>211</sup> Vgl. im Resultat gleich RPW 2009/3, 215 Rz 124, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.



Pneumatex	[...]
Flamco	[...]

Tabelle 10: Basisbeträge der Parteien

331. Flamco bringt vor, dass aus verschiedenen Gründen vorliegend nicht von einem schweren Verstoss gesprochen werden könne und demnach der Basisbetrag bei weniger als 7 % zu veranschlagen sei. Das Sekretariat müsse auch berücksichtigen, dass Flamco im Rahmen des EU-Verfahrens u.U. noch einmal für dasselbe Verhalten sanktioniert wird.

332. Dem ist entgegenzuhalten, dass Preisabreden grundsätzlich schwere Verstösse gegen das Kartellgesetz darstellen und daher im oberen Drittel des Sanktionsrahmens zu liegen kommen. Wie bereits ausgeführt, kommt es dabei nicht darauf an, ob „lediglich“ Preisbestandteile abgesprochen wurden. Aus diesem Grund rechtfertigt sich vorliegend für die Berechnung des Basisbetrags ein Satz von 7 %.

333. Bezüglich des Einwandes, Flamco könne in der EU für dasselbe Verhalten noch einmal bestraft werden, ist einzuwenden, dass zum einen die Sachverhalte, welche sich in der Schweiz abgespielt haben, nicht Gegenstand des EU-Verfahrens sind. Zum andern wird mit Bezug auf die sich im Ausland abspielenden Sachverhalte, lediglich deren Auswirkung auf die Schweiz beachtet, welche wiederum nicht Gegenstand des EU-Verfahrens sind.

#### B.4.4.3.2 Dauer des Verstosses

334. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50 %, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10 % möglich. Betreffend Umfang der Erhöhung steht der WEKO ein breites Ermessen zu,<sup>212</sup> wobei ihrer bisherigen Praxis ein Prozentsatz von ca. 10 % pro berücksichtigtes Jahr entspricht.<sup>213</sup>

335. Obwohl Indizien bestehen, dass bereits weit vor 2006 Abreden stattgefunden haben, konnten vorliegend lediglich die Sachverhalte zwischen April/Mai 2006 bis September 2008 nachgewiesen werden. Damit beträgt die Dauer des Verstosses 28 Monate. Trotz der relativ kurzen Dauer der nachweisbaren Absprachen erscheint es den Wettbewerbsbehörden gerechtfertigt, die Erhebung des Zuschlages wie folgt festzusetzen:

336. Die Preisabsprachen zwischen Flamco und der Walter Meier (Reflex) fanden innert der festgelegten Zeitspanne mindestens vier Mal statt und diejenigen zwischen Flamco und Pneumatex mit Auswirkung auf die Schweiz zwei Mal. Wie aus den Akten hervorgeht und wie die Parteien selbst darlegten, werden in der Branche die Preise höchsten zwei Mal im Jahr angepasst. Vorliegend erfolgte während April/Mai 2006 bis September 2008 also praktisch vor jeder Preiserhöhung eine Absprache, weshalb die Preisfestsetzung der Flamco während dieser Phase stets – sei dies nun via Pneumatex oder indirekt Reflex – auf die Konkurrenz abgestimmt war.

337. Der Pneumatex können drei Absprachen mit einer direkten Auswirkung auf die Schweiz nachgewiesen werden. Gemäss Angaben von Pneumatex wurden deren Preise jeweils auf Anfang eines Jahres festgelegt. Aus diesem Grund konnte auch die Pneumatex während der ganzen Zeitspanne zwischen 1. Juli 2006 bis Ende 2008 ihre Preise unter Abstimmung mit der Konkurrenz festlegen. Da die letzte Abrede sich auf die Preisfestsetzung per Januar 2009 auswirkte, kann von einer Dauer von 28 Monaten ausgegangen werden.

338. Aufgrund dieser Ausführungen erscheint eine Erhöhung des Basisbetrags gemäss Art. 4 SVKG von 20 % pro Unternehmung als gerechtfertigt.

339. Flamco macht bezüglich der Dauer geltend, dass der Informationsaustausch zwischen Flamco und Walter Meier lediglich zwischen anfangs 2007 und Mitte 2008 dauerte, der sanktionsrelevante Zeitraum betrage somit nur eineinhalb Jahre und nicht 28 Monate.

340. Dem ist entgegenzuhalten, dass sich die von der WEKO als erstellt erachteten Abreden, an denen Flamco beteiligt war und welche sich auf die Preise in der Schweiz auswirkten, über einen Zeitraum von insgesamt 28 Monaten erstreckten.

#### B.4.4.3.3 Erschwerende und mildernde Umstände

341. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und Art. 6 SVKG zu berücksichtigen. Grundsätzlich können diejenigen Aspekte, welche im Rahmen der Kooperation und damit über den Bonus abgegolten werden, nicht erneut als mildernde Umstände Berücksichtigung finden.<sup>214</sup>

##### (i) Erschwerende Umstände

342. Ein durch das Verhalten erzielter „Normalgewinn“ ist bereits im Basisbetrag enthalten. Fällt indessen im Einzelfall die unrechtmässige Kartellrente höher aus, so ist diesem Gewinn als erschwerendem Umstand nach Massgabe von Art. 2 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG Rechnung zu tragen.<sup>215</sup> Dies setzt voraus, dass eine Gewinnberechnung oder -schätzung im Einzelfall überhaupt möglich ist, was in der Praxis regelmässig nur schwer der Fall sein dürfte. Damit der Verstoss gegen Art. 49a Abs. 1 KG für das fehlbare Unternehmen unter keinen Umständen lohnenswert erscheint, ist der Sanktionsbetrag soweit zu erhöhen, dass er den Betrag des aufgrund des Verstosses unrechtmässig erzielten Gewinns übertrifft.<sup>216</sup>

<sup>212</sup> Vgl. dazu Erläuterungen SVKG (Fn 201), 3.

<sup>213</sup> Vgl. RPW 2007/2, 237, Publigroupe sowie RPW 2007/2, 301, *Terminierung Mobilfunk*.

<sup>214</sup> RPW 2009/3, 216 Rz 132, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>215</sup> Vgl. dazu Erläuterungen SVKG (Fn 201), 1, 2 und 4.

<sup>216</sup> Vgl. Erläuterungen SVKG (Fn 201), 4 sowie REINERT (Fn 189), Art. 49a KG N 16; siehe auch RPW 2006/4, 665 Rz 264, *Unique*.

343. Gemäss Parteivorbringen konnten die Preiserhöhungen, welche auf Absprachen basierten, nicht immer voll umgesetzt bzw. bei den Kunden durchgesetzt werden. Die Preiserhöhungen seien ferner auch auf die steigenden Stahlpreise zurückzuführen gewesen. Dazu ist zum einen zu bemerken, dass auch eine Stahlpreiserhöhung eine Preisabsprache nicht zu rechtfertigen vermag, da dies auch unter diesen Umständen den Wettbewerb verfälscht. Zum anderen kann aus einem niedrigen Gewinn nicht auf eine niedrige Kartellrente geschlossen werden. Gleichzeitig wird bei der Sanktionsberechnung grundsätzlich nur ein besonders hoher Gewinn erschwerend, im umgekehrten Fall aber nicht mildernd berücksichtigt.<sup>217</sup> Lediglich in denjenigen Fällen, in welchen gar kein Gewinn erzielt wurde, kann eine Sanktionsminderung vorgenommen werden.<sup>218</sup> Vorliegend beruht der Basisbetrag auf der Annahme, dass ein „eher bescheidener Gewinn“ von durchschnittlich 15-20 % vorliegt.<sup>219</sup>

344. Neben einem besonders hohen Gewinn wird gemäss Art. 5 Abs. 2 SVKG zusätzlich sanktionserhöhend berücksichtigt, wenn ein Unternehmen zur Wettbewerbsbeschränkung angestiftet oder aber eine führende Rolle gespielt hat (Bst. a). Gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG schliesst eine derartige Rolle zudem den Erlass einer Sanktion aus.

345. Aus den Akten lassen sich Anhaltspunkte gewinnen, wonach dem Geschäftsführer einer der beteiligten Unternehmen eine sehr aktive Rolle zugekommen ist. Zudem verfügt das Unternehmen in der Schweiz über erhebliche Marktanteile. Daraus kann aber nicht ohne Weiteres auf eine führende Rolle dieses Unternehmens geschlossen werden. Einerseits hat die vorliegende Abrede ihren Ursprung im europäischen Raum und wirkte sich auf die Schweiz aus. Betrachtet man den gesamten europäischen Markt, hat das betreffende Unternehmen denn auch keine solch hervorragende Marktstellung. Andererseits wirkten bei den nachgewiesenen Abreden auch leitende Angestellte der Konkurrenz aus dem europäischen Ausland aktiv mit. Auf eine Erhöhung der Sanktion bzw. auf den Ausschluss eines Sanktionserlasses kann daher vorliegend verzichtet werden.

## (ii) Mildernde Umstände und kooperatives Verhalten

346. Alle Parteien haben mit dem ersten Eingreifen des Sekretariates, konkret den Hausdurchsuchungen vom 6. Dezember 2008, ihr wettbewerbsbeschränkendes Verhalten aufgegeben. Da dieser Umstand für die Frage eines allfälligen Bonus relevant ist, kann er nicht zusätzlich als mildernder Umstand berücksichtigt werden.<sup>220</sup>

347. Auch kooperatives Verhalten könnte ausserhalb einer Bonusmeldung mildernd berücksichtigt werden (vgl. Art. 12 f. SVKG), sofern es über die spezifisch kartellrechtlich geforderte Mitarbeit im Verfahren hinausgeht. Im vorliegenden Fall wird dem kooperativen Verhalten der Parteien bereits und ausschliesslich<sup>221</sup> im Rahmen der Sanktionsreduktionen infolge Bonusmeldungen Rechnung getragen.

348. Im vorliegenden Fall wurde sowohl mit Pneumatex als auch Flamco eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen (vgl. Ziff. 2 des Dispositivs). Die WEKO hat in

ihrer Praxis zu Art. 7 und 5 KG verschiedentlich den Abschluss einvernehmlicher Regelungen sanktionsmindernd berücksichtigt.<sup>222</sup> Die WEKO erachtet für den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung in Konstellationen wie der vorliegenden grundsätzlich einen Prozentsatz von 10 – 20 % als angemessen. Vor diesem Hintergrund und unter Würdigung der gesamten Umstände des vorliegenden Falles ist *in casu* ein Prozentsatz von 10 % gerechtfertigt, zumal der Parteibeitrag zur Verfahrensvereinfachung in anderen Fällen substantieller war.<sup>223</sup>

349. Insgesamt liegt daher ein mildernder Grund vor, den es zusätzlich zum gewährten Bonus zu berücksichtigen gilt. Weitere erschwerende oder mildernde Umstände gemäss Art. 5 und 6 SVKG sind keine ersichtlich.

350. Flamco macht geltend, dass folgende mildernde Umstände in die Sanktionsbemessung einfließen müssten:

- a) Keine Vergeltungsmassnahmen besprochen oder durchgesetzt
- b) Kein bewusstes aktives wettbewerbswidriges Verhalten seitens Flamco
- c) Effekt des Informationsaustausches war gering, da die Preiserhöhungen innert weniger Wochen ohnehin auf dem Markt bekannt geworden sind
- d) Flamco stand jederzeit in hartem Wettbewerb mit der Konkurrenz
- e) Flamco hat nach Verfahrenseröffnung ein Compliance-Programm eingeführt
- f) Kein systematischer Informationsaustausch

<sup>217</sup> RPW 2009/3, 216 Rz 134, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; TAGMANN (Fn 186), 258 f.

<sup>218</sup> RPW 2009/3, 216 Rz 134, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; ebenso Erläuterungen SVKG (Fn 201), 1, Art. 2 Abs 1; TAGMANN (Fn 186), 274, Fn 1290.

<sup>219</sup> Vgl. dazu RPW 2009/3, 216 Rz 134, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; Erläuterungen SVKG (Fn 201), 2, Art. 3 Bst. b; OECD-Studien sprechen von einem „Minimalgewinn“; DÄHLER/KRAUSKOPF (Fn 202), 142: Der mutmassliche Gewinn wird „bei der Festlegung des Basisbetrages im Sinne eines Minimalgewinns mitberücksichtigt.“

<sup>220</sup> RPW 2009/3, 216 Rz 134, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>221</sup> Vgl. auch TAGMANN (Fn 186), 278.

<sup>222</sup> Vgl. die bisherige Praxis RPW 2009/3, 217 Rz 145, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; RPW 2008/3, 409, *Documed*; RPW 2007/2, 238, *Publigroupe*; RPW 2006/4, 665 f., *Unique*; siehe auch für die EU, welche in derart gelagerten Fällen eine Reduktion von 10% für sachgerecht erachtet: Roundtable on the experience with direct settlements in cartel cases vom 21. Oktober 2008, 3, Rz 4 (Paper von der europäische Kommission im Rahmen der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) eingereicht, abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2008\\_oct\\_direct\\_settlements.pdf](http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2008_oct_direct_settlements.pdf) (10. Mai 2010); siehe auch Mitteilung der Kommission über die Durchführung von Vergleichsverfahren bei dem Erlass von Entscheidungen nach Artikel 7 und Artikel 23 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates in Kartellfällen, ABl. 2008 C 167 vom 2.6.2008 S. 5 Rz 32; sowie die Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen gemäss Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl. 2006 C 210 vom 1.9.2006 S. 2 ff; Gemäss französischem Recht können die Behörden den Parteien bei Abschluss einvernehmlicher Regelungen bis zu 50 % der Sanktion erlassen (Art. L-464-2 III code de commerce).

<sup>223</sup> Vgl. dazu RPW 2009/3, 217 Rz 145, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

351. Ad a) Die Anordnung oder Durchführung von Vergeltungsmassnahmen ist als erschwerender Umstand anzusehen, der dadurch gemildert werden kann, dass die Anordnung gegebenenfalls nicht durchgeführt wird. Die Nichtexistenz einer Vergeltungsmassnahme ist jedoch nicht automatisch als Milderungsgrund zu werten. Ansonsten müsste jeder noch so schwere Kartellrechtsverstoss lediglich basierend auf dem Umstand, dass keine Vergeltungsmassnahmen vorhanden waren, mildernd berücksichtigt werden. b) Das Kartellgesetz zielt darauf ab, die volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkung von Kartellen zu verhindern (Art. 1 KG). Es ist also bei der Sanktionierung auf die objektive Wirkung einer Wettbewerbsbeschränkung abzustellen und nicht primär darauf, was die Parteien subjektiv erwirken wollten.<sup>224</sup> Ad c) und d) Wie dargelegt, wurde der Wettbewerb im vorliegenden Fall beseitigt. Selbst wenn der Wettbewerb lediglich erheblich eingeschränkt worden wäre, kann nicht von einer geringen Auswirkung des Wettbewerbsverstosses ausgegangen werden bzw. von hartem Wettbewerb die Rede sein. Ad e) Das Compliance-Programm der Flamco wurde nach Verfahrenseröffnung eingerichtet. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern sich dies mildernd auf die Sanktionierung der bereits vorher erfolgten Absprachen auswirken sollte. Ad f) Zwar trifft es zu, dass der vorliegende Informationsaustausch eher auf ad-hoc und nicht auf systematischer Basis stattfand. Dagegen ist jedoch einzuwenden, dass in einem oligopolistisch strukturierten Markt, wie dem vorliegen-

den, mit nur drei wichtigen Marktteilnehmern, ein systematischer Austausch auch gar nicht nötig war. Es genügte, mit den beiden Konkurrenten vor einer anstehenden Preiserhöhungsrunde in Kontakt zu treten. Aus diesem Grund kann auch daraus kein mildernder Umstand für die Flamco abgeleitet werden.

#### B.4.4.4 Zwischenergebnis

352. Zusammenfassend berechnet die WEKO die Sanktionen demnach wie folgt: Erstens wird für die Berechnung des Basisbetrags, aufgrund der vergleichsweise Schwere des Verstosses, ein Prozentsatz von 7 % herangezogen. Die resultierenden Beträge werden in einem zweiten Schritt - aufgrund der Dauer des Wettbewerbsverstosses von rund zweieinhalb Jahren - um 20 % erhöht. In einem zweiten Schritt wird von diesem Ergebnis 10 % abgezogen, da eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen werden konnte. Im Falle von Pneumatex wird auf eine nähere Berechnung verzichtet, da wie unten gezeigt wird, die Sanktionierung vollständig entfällt (Rz 359).

353. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die WEKO eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als den Verstössen der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen:

Pneumatex	CHF [...]
Flamco	CHF [...]

Tabelle 11: Sanktionshöhe

#### B.4.4.5 Verhältnismässigkeitsprüfung

354. Schliesslich muss eine Busse, als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes, für das betroffene Unternehmen finanziell tragbar sein.<sup>225</sup> Dieses Kriterium wird regelmässig schwer zu beurteilen sowie in Relation zur Risikobereitschaft und Anlagestrategie einer Unternehmung zu setzen sein, weshalb es nur bei drohenden Marktaustritten Berücksichtigung finden kann. Die Höhe der Busse ist dahingehend zu begrenzen, dass die Sanktion weder die Wettbewerbs- noch die Existenzfähigkeit des betroffenen Unternehmens bedroht.<sup>226</sup> Der Sanktionsbetrag sollte also einerseits zur finanziellen Leistungsfähigkeit des Unternehmens in einem angemessenen Verhältnis stehen.<sup>227</sup> Auf der anderen Seite ist im Interesse der Präventivwirkung und Durchsetzbarkeit des Kartellgesetzes mindestens die infolge des Verstosses unzulässigerweise erzielte Kartellrente abzuschöpfen.<sup>228</sup>

355. Vorliegend haben die Parteien über Jahre Absprachen getroffen. Setzt man die berechneten Bussen in Relation zu den von den Parteien in den vergangenen Jahren erwirtschafteten Unternehmensumsätzen, sind die Sanktionen klar tragbar.<sup>229</sup>

#### B.4.5 Bonusmeldungen – Vollständiger bzw. teilweiser Erlass der Sanktion

356. Wenn das Unternehmen an der Aufdeckung und Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt, kann auf eine Belastung ganz oder teilweise verzichtet werden. Diesen Grundsatz hält Art. 49a Abs. 2 KG fest, wobei in Art. 8 ff. SVKG die Modalitäten eines vollständigen Erlasses und in Art. 12 ff. SVKG diejenigen eines teilweisen Sanktionserlasses aufgeführt sind.

##### B.4.5.1 Allgemeines zur Sanktionsbefreiung

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

<sup>224</sup> RETO JACOBS, in: Die Schweizerische Bundesverfassung, Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/ Vallender (Hrsg.), 2002, Art. 96 BV N 14 f.; BERNHARD RUBIN, Art. 1 Zweck, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), Kartellgesetz, 2007, Art. 1 KG N 5.

<sup>225</sup> Vgl. DÄHLER/KRAUSKOPF (Fn 202), 144.

<sup>226</sup> So im Ergebnis auch REINERT (Fn 189), Art. 49a KG N 14.

<sup>227</sup> KRAUSKOPF/SENN (Fn 203), 14, 15.

<sup>228</sup> Vgl. Erläuterungen SVKG (Fn 201), Art. 5: Erschwerende Umstände, Abs. 1 Bst. b.

<sup>229</sup> Vgl. für die Unternehmensumsätze der Parteien: Tabelle 6, Rz 317.

- Informationen liefert, die es der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, eine Untersuchung zu eröffnen (Art. 8 Abs. 1 Bst. a, *Eröffnungskooperation*) oder
- Beweismittel vorlegt, welche der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 festzustellen (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG, *Feststellungskooperation*).
- In beiden Fällen setzt ein Erlass der Sanktion hingegen voraus, dass die Wettbewerbsbehörde nicht bereits über ausreichende Beweismittel verfügt, um den Wettbewerbsverstoss zu beweisen (Art. 8 Abs. 3 und 4 Bst. b SVKG).

358. Weiter wird gemäss Art. 8 Abs. 2 SVKG neben der (umgehenden) *Einstellung* der Beteiligung am Wettbewerbsverstoss von einem Unternehmen *kumulativ* verlangt, dass

- seine Zusammenarbeit mit der Wettbewerbsbehörde eine ununterbrochene und uneingeschränkte ist,
- es sämtliche Informationen und Beweismittel unaufgefordert vorlegt,
- weder eine anstiftende oder führende Rolle am Wettbewerbsverstoss gespielt noch andere Unternehmen zur Teilnahme an diesem gezwungen hat und
- seine Beteiligung am Wettbewerbsverstoss spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige [...] einstellt.<sup>230</sup>

#### B.4.5.2 Subsumtion und Ergebnis

359. Die vorliegende Untersuchung wurde gestützt auf die Selbstanzeige der Pneumatex AG am 16. Dezember 2008 eröffnet. Es liegt folglich eine Eröffnungskooperation im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG. Entsprechende Informationen lagen denn auch nicht bereits vor Einreichung der Selbstanzeige vor. Während des Verlaufs des Verfahrens lieferte die Pneumatex mehrere Male unaufgefordert zusätzliche Beweismittel ein, welche zum Teil verwertet werden konnten. Wie bereits dargelegt, spielte sie auch keine führende oder anstiftende Rolle im Rahmen des Kartells. Schliesslich stellte sie ihr Verhalten mit der Eröffnung des Verfahrens ein. Aufgrund dessen kann der Pneumatex ohne Weiteres der 100-prozentige Sanktionserlass gewährt werden.

360. Nach Eröffnung des Verfahrens und Durchführung der Hausdurchsuchung bei der Flamco AG meldete diese am 24. Dezember 2008 ihre Kooperationsbereitschaft an und zeigte wettbewerbsrechtlich relevante Sachverhalte an.<sup>231</sup> Im Rahmen einer Sitzung in den Räumlichkeiten des Sekretariats vom 3. Februar 2009 erläuterte die Flamco anhand einer Power-Point-Präsentation die angezeigten Sachverhalte näher und gab eine Papierversion der Präsentation zu den Akten. Auf Aufforderung des Sekretariats hin legte die Flamco die vorgestellten Sachverhalte mit Eingabe vom 6. März 2009 noch einmal schriftlich in ausführlicherer Form dar.

361. Am 17. März 2009 forderte das Sekretariat die Flamco zu einer Stellungnahme zu den Resultaten der elektronische Datensichtung auf. Dieser Aufforderung

kam die Flamco mit schriftlicher Eingabe vom 19. Mai 2009 nach. Ferner fand am 1. April 2009 ein weiteres Treffen mit Flamco statt, im Rahmen dessen das Sekretariat der Verfahrensadressatin Fragen zum Sachverhalt stellte. Schliesslich reichte die Flamco nach einmaliger Fristerstreckung am 15. Juni 2009 ihre Antworten auf das schriftliche Auskunftsbegehren des Sekretariats vom 14. Mai 2009 ein.

362. Dazu ist folgendes festzustellen: Flamco zeigte zwar nicht unmittelbar im Anschluss an die Hausdurchsuchung ihren Kooperationswillen an, aber immerhin am 24. Dezember 2009, also innert acht Tagen nach der Verfahrenseröffnung. Im Anschluss daran substantiierte Flamco am 3. Februar 2009 ihre ersten kurzen Darlegungen vom 24. Dezember 2009. Flamco reichte schliesslich ihre Selbstanzeige in der vom Sekretariat gewünschten Form mit Eingabe vom 6. März 2009 ein. Zu diesem Zeitpunkt war die Auswertung der elektronischen und physischen Akten bereits abgeschlossen, wenn auch die Zusendung der elektronischen Daten zur Stellungnahme erst am 17. März 2009 erfolgte.

363. Unter diesen Umständen muss der inhaltliche Stellenwert der Selbstanzeige von Flamco sowie das Ausmass einer möglichen Sanktionsreduktion analysiert werden.

364. Gemäss Art. 49 Abs. 2 KG „kann auf eine Sanktion [...] teilweise verzichtet werden,“ „wenn das Unternehmen an der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt.“ Entsprechend führt Art. 12 Abs. 1 SVKG aus, dass „die Wettbewerbskommission die Sanktion reduziert, wenn ein Unternehmen an einem Verfahren unaufgefordert mitwirkt und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wettbewerbsverstoss eingestellt hat.“ Abs. 2 führt präzisierend dazu aus, dass für die Reduktion die Wichtigkeit des Beitrages des Unternehmens zum Verfahrenserfolg massgebend ist. Gemäss dem Meldeformular „Bonusregelung“ vom 1. April 2005 hat ein Zweitansprecher die übrigen in Art. 8 und 9 SVKG umschriebenen Voraussetzungen zu erfüllen, damit eine Reduktion der Sanktion erreicht werden kann. Demnach wäre nach analoger Anwendung von Art. 8 Abs. 3 SVKG die Reduktion einer Sanktion lediglich möglich, wenn die Wettbewerbsbehörde nicht bereits über ausreichende Informationen verfügt. Im vorliegenden Fall steht fest, dass das Sekretariat die elektronische Auswertungen bereits abgeschlossen hatte und somit über ausreichend Informationen verfügte, um gewisse Wettbewerbsverstösse nachzuweisen. Dennoch trug Flamco mit ihrer Selbstanzeige dazu bei, den Sachverhalt innert kürzerer Frist abzuklären.

365. Gemäss Kommissionspraxis ist der Rahmen möglicher Reduktionen in einer Konstellation mit verschiedenen Selbstanzeigern, nachdem eine Bonusmeldung mit

<sup>230</sup> Vgl. auch REINERT (Fn 189), Art. 49a KG N 20 und 22.

<sup>231</sup> Act. 10.

zeitlicher Priorität eingereicht worden war, mit 40 % voll ausgeschöpft.<sup>232</sup> Die Gewährung einer 40 %igen Reduktion wurde in einer Konstellation gewährt, in der die Parteien ihren Kooperationswillen umgehend kundtaten und diesen unverzüglich in die Tat umgesetzt haben. Konkret hatten die Wettbewerbsbehörden mit der Auswertung des beschlagnahmten Materials noch nicht begonnen und die darin enthaltenen Informationen noch nicht zur Kenntnis genommen. Mit ihrem Verhalten erleichterten und beschleunigten die Parteien die Auswertung der Akten. Sie trugen wesentlich zur Ermittlung des Sachverhalts und zum Nachweis des Wettbewerbsverstosses bei.<sup>233</sup>

366. Im vorliegenden Fall ist zwar unstrittig, dass die Flamco AG ihren Kooperationswillen relativ kurz (innert acht Tagen) nach der Verfahrenseröffnung am 16. Dezember 2008 kundtat. Hingegen reichte sie ihre schriftliche Eingabe, welche dem Meldeformular „Bonusregelung“ vom 1. April 2005 entsprach, erst am 6. März 2009 ein. Zu diesem Zeitpunkt, waren dem Sekretariat wesentliche Elemente des Sachverhalts bereits bekannt. Vor dem Hintergrund der soeben erwähnten Praxis ist daher in casu eine Reduktion im Umfang von 40% nicht mehr möglich.

367. Flamco ist zugute zu halten, dass sie während einer ersten Phase des Verfahrens um eine vorbehaltlose Kooperation bemüht war und dem Sekretariat Hinweise lieferte, welche für das Verständnis des Sachverhalts dienlich waren. Alleine die geordnete Darlegung des Sachverhalts im Rahmen der Bonusmeldung und

der dazugehörigen Beweismittel, verschafften den Wettbewerbsbehörden im Laufe des Verfahrens einen gewissen Zeitgewinn. Zudem stellte die Flamco ihre Teilnahme am Wettbewerbsverstoss umgehend ein. Zudem trug Flamco mit ihrer Stellungnahme zum Antragsentwurf des Sekretariats neue Elemente und Beweismittel vor, welche die Sachverhaltsfeststellung erleichterten und teilweise erst ermöglichten.

368. Insgesamt kann davon ausgegangen werden, dass die Voraussetzungen von Art. 8 und 12 SVKG erfüllt sind. Dies gilt, obwohl dem Sekretariat an sich bereits vor den von Flamco gemachten Eingaben Informationen zur Verfügung standen, die zu einer Sanktionierung des Unternehmens ausgereicht hätten. Denn einerseits wurde der Wettbewerbsverstoss eingestellt und andererseits führte die Selbstanzeige sowie die ergänzenden Angaben im Rahmen der Stellungnahme zum Antragsentwurf des Sekretariats zu einem gewissen Zeitgewinn und trug teilweise zur korrekten Feststellung des Sachverhalts bei. Eine Reduktion im Umfang von 20 % erscheint daher angemessen. Die Höhe der Sanktionsreduktion steht im Einklang mit der bisherigen Praxis der Kommission, wonach die Bedeutung eines möglichen Beitrags mit fortschreitendem Verfahren tendenziell abnimmt.<sup>234</sup> Diese 20 % sind nun vom dem oben ermittelten Zwischenergebnis der Sanktionsbemessung (vgl. Rz 352 f.) in Abzug zu bringen.

369. Zusammenfassend lassen sich die Sanktionsberechnungen tabellarisch folgendermassen darstellen:

Ta-  
12:

Sanktionsbemessung		Flamco	Pneumatex
Maximalhöhe der Sanktion gem. KG 49a – 10 % Umsatz total 3 Jahre		[...]	[...]
Umsatz auf dem relevanten Markt 3 Jahre		[...]	[...]
Obergrenze des Basisbetrags (Art. 3 SVKG) – 10 % Umsatz rel. Markt 3 Jahre		[...]	[...]
Basisbetrag konkreter Fall (Art. 3 SVKG) (%)	7.0 %	[...]	[...]
Zuschlag für Dauer (Art. 4 SVKG)	20.0 %	[...]	[...]
Zwischentotal		[...]	[...]
erschwerende Umstände (Art. 5 SVKG)			
mildernde Umstände (Art. 6 SVKG) : Einvernehmliche Regelung	10.0 %	[...]	
<b>Zwischenergebnis Sanktionsbemessung</b>		[...]	[...]
Reduktion der Sanktion (Art. 12 SVKG) : Bonusmeldung	20.0 %	[...]	
Vollständiger Erlass der Sanktion (Art. 8 ff. SVKG): Bonusmeldung	100.0 %		[5'000'000- 5'500'000]
<b>Total</b>		<b>[160'000- 170'000]</b>	<b>0</b>

belle  
Zu-

sammenfassung der Sanktionsberechnung

<sup>232</sup> RPW 2009/3, 220 Rz 164 f., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>233</sup> RPW 2009/3, 219, Rz 158 ff., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>234</sup> RPW 2009/3, 220, Rz 164, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

## C Kosten

370. Nach Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG, SR 251.2) ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

371. Verursacher eines Verfahrens sind diejenigen Unternehmen, die mit ihrem Verhalten Anstoss zu den Ermittlungen der Wettbewerbsbehörden gegeben haben. Gemäss der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden gelten grundsätzlich alle Kartellteilnehmer gemeinsam und in gleichem Masse als dessen Verursacher und tragen daher die Kosten zu gleichen Teilen. Von diesem Grundsatz wird dann abgewichen, wenn er zu stossenden Ergebnissen führen sollte.<sup>235</sup> Im vorliegenden Fall sind keinerlei Gründe ersichtlich, die ein Abweichen von diesem Grundsatz rechtfertigen würden.

372. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen (Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario). Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht der Pneumatex und der Flamco zu bejahen.

373. Demgegenüber entfällt die Gebührenpflicht für Unternehmen, die zwar ein Verfahren verursacht haben, sofern sich die zu Beginn vorliegenden Anhaltspunkte nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird.<sup>236</sup> Die Anhaltspunkte, welche auf eine Teilnahme der Walter Meier an einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung hinwiesen, erhärteten sich nicht, weshalb das Verfahren gegen die Walter Meier unter Ausscheidung eines Verfahrenskostenanteils zu Lasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft eingestellt wird.

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

375. Die aufgewendete Zeit für die vorliegende Untersuchung beträgt 826 Stunden. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich für 59 Stunden ein Stundenansatz von CHF 120.- (Praktikanten), für 754 Stunden von CHF 200.- und für 13 Stunden von CHF 250.-. Demnach beläuft sich die Gebühr auf CHF 161'130.-.

376. Die Gebühren von CHF 161'130.-, unter Ausscheidung eines Verfahrenskostenanteils zu Lasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft von CHF 34'130.-, werden Flamco und Pneumatex unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV<sup>237</sup>).

## D Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Es wird festgestellt, dass die dargelegten Abreden bezüglich Umfang und Zeitpunkt der Preiserhöhungen Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig sind.

2. Die Wettbewerbskommission genehmigt je Verfügungsadressatin gemäss Ziffer 1 die einvernehmlichen Regelungen mit nachfolgendem Wortlaut:

Pneumatex AG und Flamco AG verpflichten sich, für sämtliche Geschäftsbereiche und alle Produkte, welche sie produzieren und unabhängigen Dritten anbieten,

- 1) mit ihren Konkurrenten keine Informationen über den Umfang und den Zeitpunkt von künftigen Bruttopreiserhöhungen und sonstigen Preiserhöhungen auszutauschen.
- 2) keine Bruttopreislisten und sonstigen Preislisten mit ihren Konkurrenten systematisch und zum Zweck der Koordination des Wettbewerbsverhaltens auszutauschen.
- 3) keine detaillierten Umsätze für bestimmte Produkte mit ihren Konkurrenten auszutauschen, welche den Konkurrenten eine Anpassung ihres Wettbewerbsverhaltens ermöglichen.

3. Die Flamco AG wird für das unter Ziffer 1 beschriebene Verhalten mit einem Betrag von CHF [160'000-170'000.-] belastet.

Auf eine Belastung der Pneumatex AG wird ganz verzichtet (Art. 49a Abs. 2 KG).

4. Zuwiderhandlungen gegen diese einvernehmliche Regelung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG belegt werden.

5. Das Verfahren gegen die Walter Meier AG wird unter einer Ausscheidung der Verfahrenskosten von CHF 34'130.- zu Lasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft eingestellt.

6. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 127'000.- werden Flamco und Pneumatex zu gleichen Teilen, d.h. je CHF 63'500.-, und unter solidarischer Haftung auferlegt.

7. Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 3000 Bern 14, Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerdeschrift muss die Rechtsbegehren und deren Begründung mit Angabe der Beweismittel enthalten und vom Beschwerdeführer oder seinem Vertreter unterzeichnet sein. Die angefochtene Verfügung ist der Beschwerdeschrift beizulegen.

8. Die Verfügung ist zu eröffnen an:

- **Flamco AG**, vertreten durch [...],
- **Pneumatex AG**, vertreten durch [...],
- **Walter Meier (Klima Schweiz) AG**, in Schwerzenbach.

<sup>235</sup> Vgl. RPW 2009/3, 221 Rz 174, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>236</sup> RPW 2007/3, 413 Rz 32, *Swisscom ADSL*; e contrario, Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG.

<sup>237</sup> Allgemeine Gebührenverordnung vom 8. September 2004 (AllgGebV), SR 172.041.1.

B 2.2

### 3. Recommandations tarifaires de l'Union suisse des professionnels de l'immobilier – Section Neuchâtel

*Décision de la Commission de la concurrence du 2 juillet 2012 concernant l'enquête selon l'art. 27ss LCart relative aux recommandations tarifaires de l'Union suisse des professionnels de l'immobilier – Section Neuchâtel à l'encontre de cette association ainsi que de ses membres individuels en raison de restrictions illicites à la concurrence au sens de l'art. 5 LCart.*

*Verfügung der Wettbewerbskommission vom 2. Juli 2012 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG betreffend Preisempfehlungen von Union suisse des professionnels de l'immobilier – Section Neuchâtel gegen diese Verband und seine Mitglieder wegen unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 5 KG.*

*Decisione della Commissione della concorrenza del 2 luglio 2012 relativa all'inchiesta giusta 27 segg. LCart concernente le raccomandazioni tariffarie dell'Union suisse des professionnels de l'immobilier – Section Neuchâtel contro le associazioni e i suoi membri individuali a causa di limitazioni illecite della concorrenza giusta l'articolo 5 LCart.*

#### A Etat de fait

##### A.1 Objet de l'enquête

1. L'enquête ouverte à l'encontre de l'Union suisse des professionnels de l'immobilier Neuchâtel (ci-après: USPI-Neuchâtel) et de ses membres individuels a pour objet de déterminer si les recommandations tarifaires émises par l'USPI-Neuchâtel sous forme d'aide-mémoire constituent une violation de l'art. 5 de la Loi du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels [LCart]; RS 251) sous forme d'accord en matière de prix.

2. L'USPI-Neuchâtel est une association au sens des art. 60 ss du Code civil suisse. Elle est membre de l'Union suisse des professionnels de l'immobilier (USPI-Suisse) qui regroupe toutes les associations des cantons romands.

3. L'USPI-Neuchâtel a notamment pour tâche la défense de ses membres et de la propriété immobilière. Elle établit des recommandations tarifaires relatives à l'ensemble des activités de gérance immobilière, de courtage et d'administration de propriétés par étage (PPE). Peuvent, à différentes conditions, être membres de l'USPI-Neuchâtel: les régies immobilières, les entreprises ou corporations de droit public, ainsi que tout gérant ou courtier en immeuble.<sup>1</sup> En 2010, l'USPI-Neuchâtel regroupait 46 membres dont 24 entreprises.<sup>2</sup>

4. En 2003, le Secrétariat avait rendu l'USPI-Neuchâtel attentive au fait que les recommandations tarifaires pouvaient être problématiques au regard de la LCart. Par ailleurs, compte tenu de la nouvelle législation qui allait entrer en vigueur en 2004, les entreprises appliquant de

telles recommandations encouraient le risque d'être sanctionnées.

5. Saisi par l'USPI-Neuchâtel, le Secrétariat a établi le 22 juillet 2005 un avis de droit, selon lequel l'aide-mémoire émis par cette association à l'attention de ses membres risquait de les mener à violer la LCart dans la mesure où sa mise en œuvre n'était pas conforme à la Communication concernant les conditions d'admissibilité, conformément à la Loi sur les cartels, d'accords sur l'utilisation de schémas de calcul<sup>3</sup> ainsi qu'à la loi elle-même.

6. L'USPI-Neuchâtel n'a toutefois pas, suite à cet avis de droit, annoncé à ses membres qu'elle retirait son aide-mémoire. Par ailleurs, celui-ci était toujours publié sur le site Internet de l'association au moment de l'ouverture de l'enquête<sup>4</sup> mais fut toutefois retiré en juin 2010. Malgré ce retrait, l'aide-mémoire y est demeuré accessible via les moteurs de recherche jusqu'en janvier 2011.

7. Ledit aide-mémoire contient plusieurs éléments pour la définition des honoraires. Il recommande notamment des taux (sous forme de fourchettes) pour le calcul des principaux honoraires de gérance (d'autres taux sont également recommandés pour les honoraires relatifs à des petits travaux ou à des activités particulières).

8. Ces taux sont différents en fonction du montant total net de la valeur locative (art. 12 aide-mémoire USPI-Neuchâtel):

<sup>1</sup> Cf. site internet de l'USPI-Neuchâtel <www.uspi-neuchatel.ch/actives.asp> (17.04.2012) et art. 3 des statuts de l'association.

<sup>2</sup> Concernant les autres membres, il s'agit principalement de personnes physiques membres de l'association à titre individuel, indépendamment de l'entreprise qui les emploie (laquelle peut être membre également ou non).

<sup>3</sup> Cf. DPC 1998/2, 354 ss, Communication «conditions d'admissibilité, conformément à la Loi sur les cartels, d'accords sur l'utilisation de schémas de calcul», ci-après «Communication sur les schémas de calcul».

<sup>4</sup> Cf. site internet de l'USPI-Neuchâtel <www.uspi-neuchatel.ch> (08.06.2010, il a toutefois été retiré par la suite).

**Tableau 1: Taux pour les honoraires de gérance selon tranche**

De	À	Entre	Et
	Jusqu'à 50'000 CHF	5.50 %	6.00 %
50'000 CHF	100'000 CHF	5.00 %	5.50 %
100'000 CHF	150'000 CHF	4.50 %	5.00 %
150'000 CHF	200'000 CHF	4.25 %	4.75 %
200'000 CHF	250'000 CHF	4.00 %	4.50 %
250'000 CHF	500'000 CHF	3.75 %	4.25 %
	+ de 500'000 CHF	3.50 %	4.00 %

Source: site internet de l'USPI-Neuchâtel <<http://www.uspi-neuchatel.ch/honoraires.asp>> (08.06.2010)

9. Aux honoraires ci-dessus s'ajoutent les débours (frais de port, téléphones, timbres etc.) qui peuvent être facturés forfaitairement, entre 0.5 et 0.75 % de la totalité des sommes perçues.

10. De plus, l'aide-mémoire contient une partie consacrée aux commissions de courtage, qu'il est recommandé de fixer en fonction de la *valeur immobilière* de la façon suivante (art. 32 aide-mémoire USPI-Neuchâtel):

**Tableau 2: Taux pour la commission de courtage selon tranche**

De	À	
1 CHF	500'000 CHF	4.50 %
500'001 CHF	1'000'000 CHF	3.50 %
	+ de 1'000'000 CHF	2.50 %

Source: site internet de l'USPI-Neuchâtel <<http://www.uspi-neuchatel.ch/honoraires.asp>> (08.06.2010)

11. En matière de courtage, l'aide-mémoire tarifaire prévoit un régime particulier, dans le sens où les taux recommandés doivent s'appliquer par tranche. Ainsi, un taux de 4,5 % s'applique jusqu'à CHF 500'000. Un taux de 3,5 % s'applique ensuite au montant compris entre CHF 500'001 et CHF 1 million et un taux de 2,5 % pour la partie de la vente qui dépasse le million de francs. Contrairement à ce que les taux recommandés laissent présumer, le calcul du taux final donne alors un taux qui n'est pas celui de la recommandation.<sup>5</sup>

12. Le Secrétariat a fondé son analyse sur un échantillonnage de factures mis à disposition par 23 entreprises membres et 28 entreprises non-membres de l'USPI-Neuchâtel sur les 59 entreprises immobilières recensées par le Secrétariat dans ce canton. Les membres de l'USPI-Neuchâtel offrent presque exclusivement des activités de gérance et/ou de courtage immobiliers. La concurrence externe est donc représentée par les 28 entreprises qui, selon les résultats des réponses aux questionnaires, sont actives dans le canton de Neuchâtel. Soit ces entreprises pratiquent exclusivement la gérance et/ou le courtage immobiliers, soit elles pratiquent ces activités en sus de leurs autres activités (p.ex. fiduciaires, études d'avocats ou de notaires).

## A.2 Procédure

13. Le Secrétariat a ouvert, le 7 janvier 2009, une enquête préalable concernant les recommandations tarifaires de l'USPI-Neuchâtel, qui avait pour objet de déterminer s'il existait des indices d'une restriction illicite à la concurrence.

14. Des questionnaires sur leurs pratiques tarifaires ont été envoyés à des membres et non-membres de l'USPI-Neuchâtel. Le Secrétariat a en outre reçu un certain nombre de factures issues des activités de gérance et de courtage.

15. Il est ressorti de l'enquête préalable que les recommandations tarifaires de l'USPI-Neuchâtel étaient suivies de façon significative par les membres de cette association ainsi que par les entreprises non-membres interrogées, surtout dans le domaine de la gérance immobilière.

16. Sur cette base, le 8 juin 2010, le Secrétariat a ouvert, d'entente avec un membre de la présidence de la Commission de la concurrence (ci-après : COMCO), une enquête selon l'art. 27 LCart dirigée à l'encontre de l'USPI-Neuchâtel et de ses membres individuels.

17. La communication de l'ouverture de cette enquête a fait l'objet d'une publication dans la Feuille fédérale<sup>6</sup> et dans la Feuille officielle suisse du commerce<sup>7</sup> selon l'art. 28 LCart.

<sup>5</sup> En effet la vente d'un immeuble pour un montant de CHF 1'200'000.- aurait conduit, selon l'aide-mémoire, à appliquer le taux de 4,5 % sur les premiers CHF 500'000.-, le taux de 3,5 % sur les CHF 500'000.- suivants et enfin le taux de 2,5 % pour les CHF 200'000.- restants pour une commission de courtage de CHF 45'000.-. Ce montant correspond à un taux de 3,75 % et non pas de 2,5 %.

<sup>6</sup> Communication de la Commission de la concurrence, FF 2010 4027.

<sup>7</sup> FOSC No. 135 du 15 juillet 2010, 36.



18. Dans le cadre de l'enquête, des questionnaires ont été envoyés à 143 entreprises et personnes physiques actives dans les domaines de la gérance et/ou du courtage dans les cantons de Neuchâtel, Vaud, Fribourg et Berne. En ce qui concerne le canton de Neuchâtel, l'envoi du questionnaire visait l'exhaustivité des entreprises concernées; pour ce faire, le Secrétariat s'est basé sur l'annuaire téléphonique ainsi que diverses listes obtenues sur Internet. Pour les autres cantons, le Secrétariat s'est concentré sur les villes les plus proches de la «frontière» neuchâteloise, à savoir Yverdon-les-Bains, Morat et Bienne. L'envoi des questionnaires à des entreprises situées hors du canton de Neuchâtel avait pour but de déterminer la portée des recommandations tarifaires de l'USPI-Neuchâtel ainsi que de permettre une comparaison du marché neuchâtelois avec les marchés voisins.

19. Le 15 avril 2011, le Secrétariat a transmis pour prise de position son rapport final d'enquête aux parties lequel concluait que l'affectation de la concurrence sur le marché de référence n'était pas notable. Ce projet a été présenté à la COMCO lors de sa séance plénière du 27 juin 2011. Toutefois, celle-ci n'a pas suivi la proposition du Secrétariat.

20. Le 3 octobre 2011, la COMCO s'est prononcée en faveur du principe d'un accord amiable.

21. Le 15 novembre 2011, le Secrétariat a rencontré les représentants de l'USPI-Neuchâtel pour leur faire part de cette situation.

22. Le 14 mai 2012 le Secrétariat a signé l'accord amiable figurant sous ch. 80, préalablement accepté par les parties le 03 mai 2012.

23. Le 15 mai 2012, le projet de décision a été envoyé aux parties pour prise de position.

24. Les 8 et 15 juin 2012, les parties ont pris position sur la proposition du Secrétariat.

## B Considérants

### B.1 Champ d'application

25. La LCart s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises (art. 2 al. 1 LCart).

26. Par entreprise, on entend tout acteur qui produit des biens ou des services et participe ainsi de façon indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande (art. 2 al. 1<sup>bis</sup> LCart). Les membres de l'USPI-Neuchâtel sont considérés comme des entreprises au sens de cette disposition.

### B.2 Prescriptions réservées

27. Selon l'art. 3 al. 1 LCart, sont réservées les prescriptions qui sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services, notamment celles qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique (let. a) et celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux (let. b). D'autre part, selon l'art. 3 al. 2 LCart, cette dernière n'est pas applicable aux effets sur

la concurrence qui découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle.

28. Dans les marchés concernés, il n'existe aucune prescription qui exclut la concurrence. Par ailleurs, les réserves de l'art. 3 al. 1 et 2 LCart n'ont pas été invoquées par les parties.

## B.3 Accords sur les prix

29. Les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que tous ceux qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace, sont illicites (art. 5 al. 1 LCart).

### B.3.1 Accords en matière de concurrence

30. Par accords en matière de concurrence, on entend les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées d'entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents, dans la mesure où elles visent ou entraînent une restriction à la concurrence (art. 4 al. 1 LCart).

31. Pour qu'il y ait accord en matière de concurrence, les éléments de fait suivants doivent être réalisés: a) une action collective consciente et voulue de la part des entreprises concernées et b) l'accord vise ou entraîne effectivement une restriction à la concurrence.

32. L'aide-mémoire de l'USPI-Neuchâtel, en particulier la partie concernant les taux recommandés pour les activités de gérance et de courtage, est un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart pour les raisons suivantes:

- a) L'aide-mémoire constitue une convention adoptée par les membres de l'USPI-Neuchâtel lors de l'assemblée générale du 7 juin 2004.<sup>8</sup> A cette date, les membres ont dû se prononcer sur deux solutions alternatives concernant leurs tarifs professionnels: d'une part, l'adoption d'un «aide-mémoire» tarifaire qui remplacerait les tarifs alors en vigueur, de l'autre l'abolition des tarifs. Or, la première solution a été adoptée à l'unanimité. Partant, l'aide-mémoire tarifaire est le fruit d'une action consciente et voulue des membres actifs de l'USPI-Neuchâtel.<sup>9</sup> D'autre part, l'aide-mémoire a été tacitement accepté lorsqu'il a été distribué aux membres à la fin de l'année 2004.<sup>10</sup> Le fait que ces tarifs soient désignés comme tarifs recommandés, aussi bien dans l'aide-mémoire (art. 1<sup>er</sup> aide-mémoire USPI-Neuchâtel) que dans les

<sup>8</sup> Voir procès-verbal de l'assemblée générale du 7 juin 2004, points 3.3 et 5.

<sup>9</sup> Voir DPC 2006/4, 593, N 21 ss, *Tarif des Verbandes Schweizerischer Unternehmungen für Bau und Unterhalt von Tankanlagen (VTR)*, ci-après *VTR*; DPC 2003/2, 278, N 31, *Fahrschule Graubünden*; DPC 2000/2, 172 s., N 29 ss, *Tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise des écoles de circulation (AFEC)*, ci-après *AFEC*.

<sup>10</sup> Voir procès-verbal de l'assemblée générale du 6 juin 2005, point 3.3.

statuts de l'association (art. 16 aide-mémoire US-PI-Neuchâtel *in fine*) – et donnent ainsi l'impression qu'ils constituent une décision unilatérale de celle-ci – a pour effet de qualifier l'aide-mémoire au moins de convention sans force obligatoire dans la mesure où aucun élément de contrainte ne paraît avoir été mis en place.<sup>11</sup>

- b) L'aide-mémoire vise et entraîne une restriction à la concurrence. Le fait que les membres de l'association se soient entendus pour l'adoption de l'aide-mémoire tarifaire permet aux agences immobilières de prévoir, avec un degré raisonnable de certitude, la politique de prix qui sera appliquée par leurs concurrents, et ce d'autant plus que la pratique horizontale d'élaboration et de diffusion de tarifs recommandés était une activité régulière et constante de l'USPI-Neuchâtel (voir chiffre 32a).

33. Par conséquent, l'aide-mémoire tarifaire conclu entre les membres de l'USPI-Neuchâtel est un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart.

### B.3.2 Appréciation des accords sur les prix

34. Selon l'art. 5 al. 3 LCart, «sont présumés entraîner la suppression de la concurrence efficace dans la mesure où ils réunissent des entreprises effectivement ou potentiellement concurrentes, les accords:

- a) qui fixent directement ou indirectement les prix ;
- b) qui restreignent des quantités de biens ou de services à produire, à acheter ou à fournir;
- c) qui opèrent une répartition géographique des marchés ou une répartition en fonction des partenaires commerciaux».

35. En cas d'existence d'un tel accord, il s'agit en premier lieu d'examiner si la présomption de suppression de la concurrence se vérifie. Dans la négative, une éventuelle affectation notable de la concurrence doit être analysée.

36. En l'espèce, l'aide-mémoire de l'USPI-Neuchâtel établit des fourchettes de taux (en matière de gérance) et des taux fixes (en matière de courtage) à l'attention de ses membres. Or, la présomption de l'art. 5 al. 3 let. a LCart vise la fixation de tout prix ou élément de prix concernant une prestation déterminée ou l'ensemble des prestations d'une entreprise.<sup>12</sup> Par ailleurs, les membres actifs de l'USPI-Neuchâtel l'appliquent, le taux de suivi étant analysé ci-dessous (voir chiffres 63-66).

37. Pour l'activité de **gérance d'immeubles**, l'aide-mémoire recommande des fourchettes de taux, variant de 0,5 point (cf. Tableau 1), qui doivent être appliqués à la valeur locative de l'immeuble en question (totalité des sommes perçues des locataires, y compris les locaux occupés par le propriétaire, que ce soit à titre de loyer, de contribution de chauffage et d'eau chaude, ou d'autre contribution).<sup>13</sup>

38. Pour l'activité de **courtage immobilier**, les taux recommandés doivent être appliqués, par tranche, à la valeur de l'immeuble qui a été convenue entre vendeur et acheteur (cf. Tableau 2).

39. Le taux final représente ainsi la commission de gérance ou de courtage. Or, les factures sont composées essentiellement de la commission prélevée par l'agent immobilier. Ainsi, l'aide-mémoire tarifaire recommandant des taux ou des fourchettes de taux a des effets sur les prix des services fournis. Il est donc constitutif d'un accord sur les prix selon l'art. 5 al. 3 let. a LCart. Partant, il est présumé supprimer la concurrence efficace.

### B.3.2.1 Renversement de la présomption selon art. 5 al. 3 LCart

40. La présomption de la suppression de la concurrence peut être renversée si la concurrence efficace externe (concurrence des entreprises non parties à l'accord) ou interne (concurrence des entreprises parties à l'accord) subsiste malgré l'accord.

41. Avant d'examiner si la présomption peut être renversée, il est nécessaire de délimiter le marché des produits et le marché géographique de référence.

#### B.3.2.1.1 Marchés de référence

##### I. Marché de produits

42. Le marché de produits comprend tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés (voir par analogie art. 11 al. 3 let. a de l'Ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises [OCCE; RS 251.4]).

43. Les membres de l'USPI-Neuchâtel sont actifs sur deux marchés distincts: la gérance d'immeubles et le courtage immobilier.<sup>14</sup>

44. La **gérance immobilière** est un service demandé par les propriétaires immobiliers. Elle consiste à gérer et à administrer un immeuble locatif pour le compte d'un propriétaire. Les principales tâches d'un gérant sont la location de locaux, l'établissement de baux à loyer, la recherche de concierges, l'entretien des immeubles, l'intervention auprès des locataires, la commande de combustible et l'établissement des comptes de chauffage et d'eau. Etant donné que la gérance d'immeubles est un ensemble de services complémentaires demandés comme tel, il convient de définir le marché de la gérance immobilière comme un marché englobant l'ensemble des prestations usuelles qui sont rattachées à cette activité.<sup>15</sup> A ce stade, il est important de relever qu'aucun indice crédible ne justifierait de découper le marché en fonction des tranches correspondantes aux fourchettes prévues par la recommandation.<sup>16</sup> En effet,

<sup>11</sup> Voir DPC 2006/4, 593, N 25, VTR ; DPC 2000/2, 172 s., N 29 ss, AFEC.

<sup>12</sup> Message du 23 novembre 1994, FF 1995 I 562 ; DPC 2001/4, 666 s., N 70, *Tarifvertrag in der halbprivaten Versicherung*.

<sup>13</sup> Voir art. 12 aide-mémoire.

<sup>14</sup> Il a été décidé d'inclure l'administration de parts de propriété par étages (PPE) dans le marché de la gérance étant donné le peu de factures à disposition pour l'administration de PPE et les caractéristiques identiques de ces deux activités (cf. à cet égard DPC 1998/2, 189 ss, *SVIT-Honorarrichtlinien*).

<sup>15</sup> Voir DPC 1998/2, 187, *Tarifs de la Société vaudoise des régisseurs et courtiers en immeubles et en fonds de commerce*.

<sup>16</sup> Pour un exemple de découpage justifié, cf. DPC 1998/2, 292 ss, *UBS/SBV*.

les mêmes acteurs offrent leurs services, peu importe l'importance de la valeur locative de l'objet à gérer.

45. Le **courtage immobilier** consiste à intervenir comme négociateur entre un vendeur et un acheteur d'un bien immobilier en vue de faire aboutir une vente ou une promesse de vente. Le marché du courtage immobilier englobe donc l'ensemble de ces activités.

46. En l'espèce, il convient de distinguer deux marchés de référence, l'un relatif à la gérance immobilière et l'autre pour le courtage immobilier.

## II. Marché géographique

47. 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 de produits (voir par analogie art. 11 al. 3 let. b. OCCE).

48. Pour ce qui est de la **gérance immobilière**, les entreprises qui offrent cette prestation se situent généralement à proximité des immeubles à gérer. En effet, les activités de gérance requièrent de fréquents déplacements (p.ex. pour l'établissement d'un état des lieux d'entrée et de sortie). Pour cette raison, le marché géographique est *local*, voire *cantonal*. Cette hypothèse est confirmée par les réponses apportées par les entreprises au questionnaire du Secrétariat.<sup>17</sup>

49. Le **courtage immobilier** en revanche tend à perdre sa dimension *régionale*.<sup>18</sup> Une entreprise présente sur le territoire du canton de Neuchâtel peut également offrir ses prestations dans un ou plusieurs autres cantons. En outre, d'après les informations recueillies au cours de la procédure, il existerait plusieurs entreprises n'ayant pas leur siège dans le canton de Neuchâtel qui sont actives dans ce canton avec ou sans succursale. Les cantons les plus fréquemment cités sont Fribourg, Vaud, Genève, Jura et Berne. Par conséquent, le marché géographique s'étend certainement au-delà des frontières neuchâteloises. Toutefois, la question peut rester ouverte en l'espèce dans la mesure où une délimitation étroite du marché géographique limité au seul canton de Neuchâtel ne permet pas de conclure à l'illicéité des recommandations de prix liées au courtage immobilier.

### B.3.2.1.2 Présomption renversée

50. Selon les résultats de l'enquête, lors de laquelle les entreprises visées par l'enquête ont été requises de fournir jusqu'à 5 factures par tranche de valeur locative et pour les années 2007 à 2010, 66,9 % des factures analysées (en matière de gérance), respectivement 96 % (en matière de courtage) révèlent des taux qui diffèrent de ceux prévus par les recommandations tarifaires de l'USPI-Neuchâtel. Ces taux pourraient s'avérer différents si une analyse complète de toutes les factures émises avait été effectuée. Néanmoins, tout porte à croire qu'une concurrence subsiste aussi bien interne – entre les entreprises qui sont parties à l'accord – qu'externe – entre les entreprises qui ne sont pas parties à l'accord – démontrant que l'aide-mémoire tarifaire de l'USPI-Neuchâtel n'a pas pour effet de supprimer la concurrence efficace sur les marchés de la gérance et du courtage immobiliers. Partant, la présomption de suppression de l'art. 5 al. 3 LCart peut être renversée. Il

convient dès lors d'examiner l'éventuelle notabilité de l'affectation à la concurrence de l'aide-mémoire tarifaire de l'USPI-Neuchâtel.

### B.3.3 Gérance immobilière: Affectation notable de la concurrence

51. Les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, sont illicites (art. 5 al. 1 LCart). Le critère de la notabilité a trait à des éléments aussi bien qualitatifs que quantitatifs.<sup>19</sup>

#### B.3.3.1 Critères qualitatifs

52. En présumant que les accords horizontaux sur les prix suppriment la concurrence efficace (cf. art. 5 al. 3 let. a LCart), la Loi sur les cartels démontre l'importance qu'il faut accorder à ce paramètre concurrentiel.

53. La jurisprudence des autorités de la concurrence a déjà affirmé à plusieurs reprises qu'un accord sur les prix<sup>20</sup>, même sous forme de prix recommandés ici<sup>21</sup>, peut affecter le jeu de la concurrence dans la mesure où elle permet aux acteurs du marché de prévoir avec un degré raisonnable de certitude quelle pourrait être la politique de prix poursuivie par les concurrents. En effet, les recommandations de prix entre concurrents diminuent le choix des différentes combinaisons de prix-prestation à disposition des entreprises. Elles n'incitent pas les entreprises à fixer leur prix en fonction de leurs propres situations. Leur application est susceptible de réduire, de façon générale, la rivalité qui doit exister entre les acteurs sur le marché. De plus, lorsqu'elles sont émises par une association professionnelle, les recommandations de prix peuvent influencer non seulement le comportement concurrentiel des membres de l'association concernée, mais aussi des éventuelles entreprises qui n'en font pas partie.<sup>22</sup> En définissant précisément les services correspondant aux taux à appliquer, l'association professionnelle contribue à une certaine uniformisation des prestations des différents offreurs sur le marché.

54. En l'espèce, les tarifs recommandés de l'USPI-Neuchâtel remplissent l'exigence qualitative d'une affectation notable.

#### B.3.3.2 Critères quantitatifs

55. Afin de déterminer, si l'accord affecte notablement la concurrence de manière quantitative, il convient d'examiner l'état de la concurrence (actuelle et potentielle) sur les marchés concernés.

<sup>17</sup> En effet, la majorité d'entre elles qualifient le marché géographique comme tel. Voir réponses aux questions n° 11 (courtage) et n° 20 (gérance) du questionnaire (acte 69).

<sup>18</sup> Voir DPC 1998/2, 187, *Tarifs de la Société vaudoise des régisseurs et courtiers en immeubles et en fonds de commerce*.

<sup>19</sup> DPC 2000/2, 167 ss, AFEC.

<sup>20</sup> DPC 2009/3, 196 ss, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; DPC 2008/1, 50 ss, *Pavimentazioni stradali in Ticino*; DPC 1997/3, 334 ss, *Sammelrevers für Musiknoten*.

<sup>21</sup> DPC 2000/2, 167 ss, AFEC.

<sup>22</sup> DPC 2000/2, 175, AFEC.

### a. Concurrence actuelle

56. L'analyse statistique a porté sur 578 factures<sup>23</sup> sélectionnées et fournies par les entreprises concernées par l'enquête pour les années situées entre 2007 et 2010. Les professionnels de l'immobilier ont une pratique de facturation qui varie beaucoup d'une entreprise à l'autre. La détermination du prix est fonction, notamment, de l'état locatif (net ou brut), de l'immeuble (état de vétusté, entretien), du type d'immeuble, du type de locataires, des exigences du propriétaire (rendement, fréquence de la facturation, participation) et du nombre de relations commerciales passées et potentielles avec le client.

Ainsi, il est courant qu'une entreprise émette une facture trimestrielle nette pour un client et une facture annuelle brute et à forfait pour un autre. Afin de comparer des éléments comparables, un travail important d'uniformisation et d'interprétation des documents fournis a dû être accompli. Il a amené les résultats suivants.

57. Concernant la concurrence actuelle entre les membres de l'association parties à l'accord, l'analyse montre que les recommandations tarifaires de l'USPI-Neuchâtel en matière de gérance ont été suivies en moyenne de la façon suivante (cf. Tableau 3):<sup>24</sup>

**Tableau 3: Pourcentage de suivi des recommandations tarifaires de l'USPI par ses membres, pondéré par valeur locative**

Tranche	Suivi	Non suivi	Total
Jusqu'à 50'000.-	17.0	83.0	100.0
De 50'000.- à 100'000.-	29.3	70.7	100.0
De 100'000.- à 150'000.-	35.9	64.1	100.0
De 150'000.- à 200'000.-	22.5	77.5	100.0
De 200'000.- à 250'000.-	42.3	57.7	100.0
De 250'000.- à 500'000.-	53.7	46.3	100.0
Supérieur à 500'000.-	25.0	75.0	100.0
Moyenne	33.1	66.9	100.0

Source: 434 factures et/ou contrats obtenus dans le cadre de l'enquête. Elaboration: Secrétariat.

58. En moyenne, selon l'analyse effectuée sur la base des factures produites par les entreprises membres de l'USPI-Neuchâtel actives sur le marché de la gérance immobilière, celles-ci ont appliqué les tarifs recommandés pour facturer leurs prestations dans le 33,1 % des cas. Ce taux d'application des tarifs de l'USPI-Neuchâtel est fondé sur les renseignements fournis par la presque totalité des entreprises pratiquant dans le canton de Neuchâtel. En outre, l'aide-mémoire donne une indication sur le niveau attendu des honoraires par tranche de valeur locative, même si les honoraires effectivement facturés se situent, dans d'autres cas, légèrement en-deçà ou au-delà de la fourchette prévue. Dans le cadre d'une enquête conclue par un accord amiable, la question du pourcentage exact de suivi peut toutefois rester ouverte. Dans le cas d'espèce, un taux de suivi d'un tiers doit toutefois être considéré comme un minimum dans la mesure où il a été calculé sur la base de factures choisies librement par les entreprises.

59. Ces résultats présentent un intérêt pour l'analyse de la notabilité dans la mesure où ces entreprises, membres de l'USPI-Neuchâtel, ont généré, aux cours des années prises en examen, le 77,7 % du chiffre d'affaires du marché relevant.

60. Pour ce qui touche au comportement des entreprises de gérance qui ne sont pas membres de l'association et ne sont pas parties à l'accord, dans le 51,1 % des cas, les taux recommandés ont été appliqués (cf. Tableau 4).

<sup>23</sup> 434 factures de 18 entreprises membres et 144 factures de 15 entreprises non-membres de l'USPI-Neuchâtel.

<sup>24</sup> Les factures ont été réparties dans les différentes tranches proposées par l'USPI-Neuchâtel. Une pondération a ensuite été effectuée par rapport à la valeur locative correspondant aux factures respectives.

**Tableau 4: Pourcentage de suivi des recommandations tarifaires de l'USPI par les entreprises non-membres, pondéré par valeur locative**

Tranche	Suivi	Non suivi	Total
Jusqu'à 50'000.-	12.2	87.8	100.0
De 50'000.- à 100'000.-	51.5	48.5	100.0
De 100'000.- à 150'000.-	51.9	48.1	100.0
De 150'000.- à 200'000.-	9.3	90.7	100.0
De 200'000.- à 250'000.-	100.0	0.0	100.0
De 250'000.- à 500'000.-	66.4	33.6	100.0
Supérieur à 500'000.-	100.0	0.0	100.0
<b>Moyenne</b>	<b>51.1</b>	<b>48.9</b>	<b>100.0</b>

Source: 144 factures et/ou contrats obtenus dans le cadre de l'enquête. Elaboration: Secrétariat.

61. Ce résultat se fonde sur un échantillon de factures moins important surtout pour les tranches supérieures (à partir de CHF 200'000). Pour l'ensemble, il représente néanmoins un indicateur important de l'attitude des entreprises non-membres de l'USPI-Neuchâtel, vis-à-vis des tarifs recommandés. Ainsi, les entreprises parties à l'accord ne sont pas soumises à la pression de leurs concurrents directs sur le marché relevant.

62. Les mêmes considérations peuvent être faites par rapport au comportement des entreprises actives sur les marchés limitrophes. Sur la base des réponses aux questionnaires envoyés à des entreprises actives hors du canton de Neuchâtel (cf. chiffre 18), les résultats, en particulier pour Yverdon-les-Bains et Bienne, semblent indiquer une certaine influence des tarifs de l'USPI-Neuchâtel sur le comportement des entreprises actives dans les régions limitrophes à ce canton.

**Tableau 5: Pourcentage de taux correspondant aux recommandations tarifaires de l'USPI-Neuchâtel par les entreprises de la région Yverdon/Ste-Croix, pondéré par valeur locative**

Tranche	Suivi	Non suivi	Total
Jusqu'à 50'000.-	7.5	92.5	100.0
De 50'000.- à 100'000.-	62.4	37.6	100.0
De 100'000.- à 150'000.-	42.6	57.4	100.0
De 150'000.- à 200'000.-	18.3	81.7	100.0
De 200'000.- à 250'000.-	56.9	43.1	100.0
De 250'000.- à 500'000.-	23.0	77.0	100.0
Supérieur à 500'000.-	68.4	31.6	100.0
<b>Moyenne</b>	<b>61.1</b>	<b>38.9</b>	<b>100.0</b>

Source: 73 factures et/ou contrats obtenus dans le cadre de l'enquête. Elaboration: Secrétariat.

63. Le taux global de suivi au sein du canton de Neuchâtel pour l'ensemble des entreprises actives sur le mar-

ché relevant est résumé par tranche de valeur locative dans le tableau suivant:

**Tableau 6: Pourcentage de suivi des recommandations tarifaires de l'USPI-Neuchâtel par les entreprises membres et non-membres, pondéré par valeur locative**

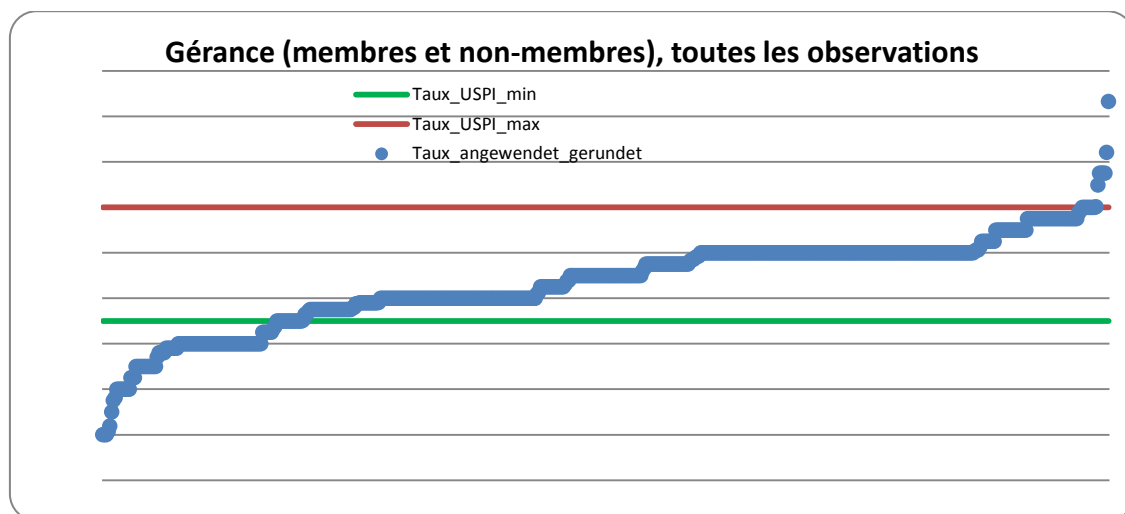
Tranche	Suivi	Non suivi	Total
Jusqu'à 50'000.-	15.7	84.3	100.0
De 50'000.- à 100'000.-	35.0	65.0	100.0
De 100'000.- à 150'000.-	39.9	60.1	100.0
De 150'000.- à 200'000.-	19.6	80.4	100.0
De 200'000.- à 250'000.-	44.8	55.2	100.0
De 250'000.- à 500'000.-	56.3	43.7	100.0
Supérieur à 500'000.-	31.3	68.7	100.0
<b>Moyenne</b>	<b>36.4</b>	<b>63.6</b>	<b>100.0</b>

Source: 578 factures et/ou contrats obtenus dans le cadre de l'enquête. Elaboration: Secrétariat.

64. Le graphique 1 met en évidence que, de façon générale, les taux appliqués dans le domaine de la gérance immobilière aux clients dans le canton de Neuchâtel se concentrent en grande partie à l'intérieur des taux re-

commandés par l'USPI-Neuchâtel. Il s'agit d'un élément supplémentaire qui démontre une certaine dépendance des entreprises actives sur ce marché vis-à-vis de ces recommandations.

**Graphique 1: répartition croissante des taux appliqués par toutes les entreprises interrogées**



Source: 578 factures et/ou contrats obtenus dans le cadre de l'enquête. Elaboration: Secrétariat.

65. Par conséquent, le taux d'application des recommandations de 33,1 % en moyenne chez les membres de l'USPI-Neuchâtel, défini sur la base des factures produites par ceux-ci, permet de conclure, en l'espèce, à une affectation quantitativement notable de la concurrence efficace sur le marché de la gérance immobilière dans le canton de Neuchâtel dans la mesure où ce taux peut être considéré comme un taux d'application minimal. En effet, dans le cadre d'une procédure comprenant un accord amiable, le Secrétariat a renoncé à examiner la situation de manière plus approfondie.

66. En conclusion, les recommandations de prix de l'USPI-Neuchâtel affectent notablement la concurrence efficace sur le marché de la gérance d'immeubles du canton de Neuchâtel. Il convient donc d'examiner si l'analyse de la concurrence potentielle sur ce marché est propre à modifier l'appréciation de la concurrence actuelle.

#### **b. Concurrence potentielle**

67. Pour aborder la question de la concurrence potentielle, il faut déterminer si, à court terme (dans les deux ou trois années à venir), des entreprises pourraient pénétrer le marché de la gérance sur Neuchâtel et y jouer un rôle suffisamment important pour discipliner le comportement des entreprises qui appliquent les recommandations tarifaires de l'USPI-Neuchâtel. A ce sujet, il convient de mentionner les éléments suivants.

68. Bien que le marché ne semble pas poser de barrières à l'entrée, le nombre d'entreprises actives sur celui-ci est resté plutôt stable au fil des années. Parmi les membres de l'USPI-Neuchâtel, seule une entreprise a été rachetée par un concurrent<sup>25</sup>.

69. Selon le registre du commerce, la grande majorité des entreprises actives dans la gérance immobilière sur le canton de Neuchâtel, ont été créées bien avant la publication des recommandations tarifaires. Seules quelques-unes de ces entreprises – non-membres de l'USPI-Neuchâtel – y ont été inscrites dans les six dernières années. La structure du marché semble donc être arrivée à maturité, ce qui tend à indiquer une faible probabilité de nouvelles entrées à court terme sur le marché relevant. Même si l'entrée de nouveaux opérateurs, qu'ils deviennent ou non membres de l'association, devrait s'intensifier, ceux-ci pourraient ne pas avoir intérêt à remettre en discussion les tarifs recommandés mais être plutôt incités à les suivre, à l'instar des entreprises non-membres (cf. ch. 60). Les mêmes conclusions pourraient s'appliquer à des entreprises actives dans les régions limitrophes au canton de Neuchâtel qui décideraient d'élargir leur champ d'activité à ce canton. Par conséquent, la concurrence potentielle n'aurait pas pour effet de discipliner suffisamment les entreprises parties à l'accord.

70. En conclusion, l'affectation notable de la concurrence actuelle ne peut pas être contrebalancée par une forte concurrence potentielle.

#### **B.3.3.3 Pas de justification pour des motifs d'efficacité économique**

71. Un accord qui affecte de façon notable la concurrence est réputé justifié par des motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 2 LCart):

<sup>25</sup> Cf. registre du commerce du canton de Neuchâtel.

- a) lorsqu'il est nécessaire pour réduire les coûts de production ou de distribution, pour améliorer les produits ou les procédés de fabrication, pour promouvoir la recherche ou la diffusion de connaissances techniques ou professionnelles, ou pour exploiter plus rationnellement des ressources et
- b) lorsque cet accord ne permettra en aucune façon aux entreprises concernées de supprimer une concurrence efficace.

72. Certains professionnels de l'immobilier ont affirmé que les recommandations tarifaires servent de base de négociation, ou de base de calcul, ou encore qu'ils fournissent ces indications à leurs clients afin de leur donner un aperçu des prix du marché.<sup>26</sup> Ces éléments soutiennent la thèse développée au point B.3.3.1, selon laquelle les recommandations tarifaires d'associations sont en principe nuisibles à la concurrence. En effet, ces recommandations sont établies de façon concertée par les professionnels de la branche et sont utilisées par eux-mêmes pour justifier leurs prix.

73. La COMCO a précisé dans sa Communication sur les schémas de calcul qu'un tel schéma ne doit pas contenir d'indication de grandeur ou de pourcentage forfaitaire, mais doit par exemple se limiter à de simples données permettant aux entreprises de calculer leurs coûts.<sup>27</sup>

74. La doctrine va dans le même sens en affirmant que les aides de calcul et de gestion mises à disposition de ses membres par une association ne doivent pas exercer d'influence directe ou indirecte sur le libre jeu de la concurrence, notamment en prenant la forme de tarifs applicables par tous les membres indépendamment de leur propre structure de prix de revient. La diffusion par une organisation professionnelle de tarifs recommandés est de nature à inciter les adhérents à aligner leurs tarifs. Une telle méthode dissuade les entreprises dont les prix de revient sont les plus bas de baisser leurs prix et procure ainsi un avantage artificiel aux entreprises maîtrisant moins leurs coûts de production.<sup>28</sup>

75. Les recommandations de prix de l'USPI-Neuchâtel pour les honoraires de gérance ne peuvent dès lors pas être justifiées pour des motifs d'efficacité économique dans la mesure où elles ne remplissent aucun des deux critères de l'art. 5 al. 2 LCart.

#### B.3.3.4 Résultat

76. Les résultats de l'enquête démontrent que les recommandations tarifaires de l'USPI-Neuchâtel pour les honoraires de gérance affectent de façon notable la concurrence efficace sur le marché de la gérance immobilière dans le canton de Neuchâtel sans être justifiées par des motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 3 let. a LCart en relation avec l'art. 5 al. 1 LCart).

#### B.3.4 Courtage immobilier: Absence d'affectation notable de la concurrence

77. L'aide-mémoire tarifaire relatif au courtage prévoit un régime particulier dans la mesure où les taux recommandés s'appliquent par tranche.<sup>29</sup> Ainsi, un taux de 4,5 % vaut jusqu'à CHF 500'000. Un taux de 3,5 % s'applique ensuite au montant compris entre CHF 500'001 et CHF 1 mio et un taux de 2,5 % pour la partie

de la vente qui dépasse le million de francs. Le calcul du taux final devrait alors donner un résultat qui n'est pas «rond», contrairement à ce que les taux recommandés portent à croire.

78. Il ressort des résultats de l'analyse des contrats et factures obtenus que les taux proposés aux clients sont généralement situés au point ou à la demie (voir graphique 2). De ce fait, le taux de suivi calculé sur la base des factures envoyées par les entreprises interrogées est bien plus faible (entre 2 % et 6 %) que celui relatif à la gérance. Cela s'explique par le fait qu'il s'agit de taux fixes et que les recommandations tarifaires ont été considérées comme suivies uniquement si les entreprises appliquent exactement le taux USPI-Neuchâtel, en tenant compte par exemple des rabais. De plus, le système proposé pour les tarifs de courtage n'a que rarement été appliqué comme le prévoient les recommandations de l'USPI-Neuchâtel. Tandis que les entreprises ont interprété ou préféré appliquer des taux ronds en fonction de la valeur de vente des immeubles, les tarifs prévoient une application par tranche (cf. Tableau 2, chiffre 10). Le graphique 2 illustre cet état de fait:

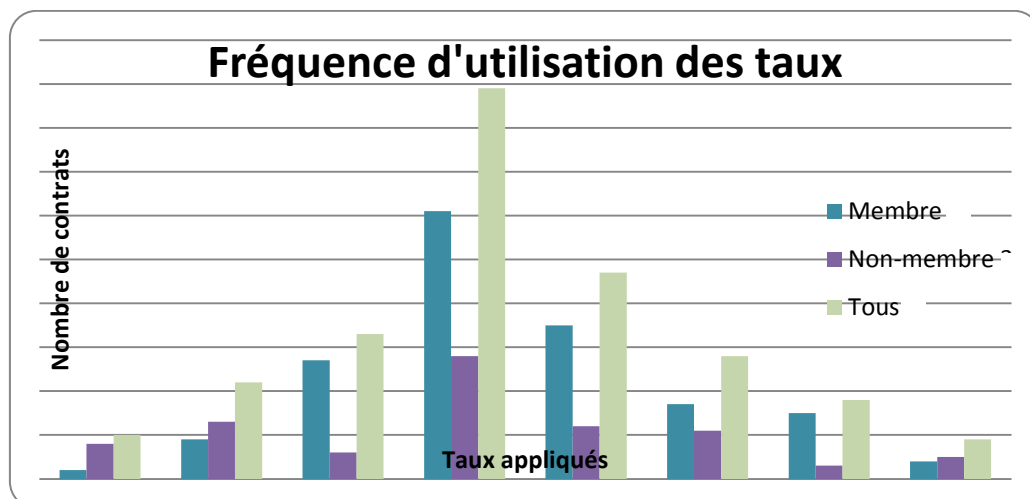
<sup>26</sup> Voir p. ex. actes 103 et 192 réponses à la question 7, acte 131 annexe 3 et acte 150.

<sup>27</sup> Art. 3 et 4 Communication sur les schémas de calcul (DPC 1998/2, 354 ss).

<sup>28</sup> PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 5 KG, N 391 ss; STEFAN BÜHLER/DENNIS L. GÄRTNER, Making Sense of Non-Binding Retail-Price Recommendations, Working Paper No. 0902, 2009 (University of Zurich), 5 ss; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Auflage, 2005, N 244 ss.

<sup>29</sup> A l'image de la pratique des tarifs appliqués dans le notariat latin, voir PIERRE TERCIER, Les notaires et le droit de la concurrence, in: La Semaine Judiciaire 31/1998, 505 ss.

Graphique 2: Taux de courtage les plus appliqués dans le canton de Neuchâtel



Source: 437 factures et/ou contrats obtenus dans le cadre de l'enquête USPI-Neuchâtel. Elaboration: Secrétariat.

79. Par conséquent, les recommandations de prix de l'USPI-Neuchâtel n'affectent pas la concurrence efficace de manière notable en matière de courtage.

#### B.4 Accord amiable

80. Le 14 mai 2012, le Secrétariat a conclu un accord amiable au sens de l'art. 29 LCart avec l'USPI-Neuchâtel et ses membres, actifs dans le domaine de la gérance immobilière, selon les termes suivants:

##### A. Préambule

- I. Le présent accord amiable au sens de l'art. 29 de la Loi sur les cartels (LCart; RS 251) a pour but de simplifier, de raccourcir et de mettre un terme formel à la procédure 22-0379, sous réserve de son approbation par la Commission de la concurrence (ci-après COMCO).
- II. La volonté et la disponibilité des membres et de l'USPI-Neuchâtel de conclure le présent accord sont considérées par le Secrétariat comme un comportement coopératif qui sera dûment pris en compte lors de l'établissement de la sanction.
- III. Sur la base du dossier établi par la procédure, le Secrétariat va soumettre à la COMCO une proposition de sanction située entre CHF 30'000 et CHF 40'000.
- IV. Le montant définitif de l'amende sera fixé par la COMCO et sera intégré dans la décision formelle, laquelle mettra fin à la procédure.
- V. Si le présent accord amiable devait ne pas trouver l'agrément de la COMCO, l'enquête serait alors poursuivie jusqu'à son terme selon la procédure ordinaire et, en cas de constatation d'un comportement illicite, la sanction serait alors fixée par la COMCO en application de la LCart et de l'Ordonnance sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence du 12 mars 2004 (OS-LCart; RS 251.5).

VI. Pour autant que l'accord amiable soit approuvé par la COMCO et que la sanction prononcée se situe dans la fourchette de proposition mentionnée au chiffre III ci-dessus, l'USPI-Neuchâtel et les membres renoncent à recourir. USPI-Neuchâtel et ses membres maintiennent leur appréciation, exprimée au cours de l'enquête, au sujet de l'état de fait retenu et de son analyse juridique.

VII. Les frais de la procédure seront mis solidairement à la charge des membres, selon une quote-part identique.

VIII. Le Secrétariat proposera de clore l'enquête sans suite à l'encontre des membres de l'USPI-Neuchâtel non concernés par l'accord amiable.

##### B. Accord

1. Les membres s'engagent à ne plus adopter de recommandations de prix constituant des accords en matière de concurrence prohibés par la LCart, respectivement à ne plus appliquer les recommandations de prix établies par l'USPI-Neuchâtel.
  2. L'USPI-Neuchâtel s'engage à ne plus éditer, diffuser ou publier de recommandations de prix constituant des accords en matière de concurrence prohibés par la LCart.
  3. L'USPI-Neuchâtel s'engage à assurer le recouvrement du montant de la sanction et des frais de la procédure.
  4. Une révocation ou une modification du présent accord amiable conformément à l'art. 30 al. 3 LCart est réservée.
81. La COMCO approuve l'accord amiable du 14 mai 2012.



## B.5 Sanction

82. L'entreprise qui participe à un accord illicite au terme de l'art. 5 al. 3 LCart est tenue au paiement d'une amende d'un montant pouvant aller jusqu'à 10 % de son chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois dernières années (art. 49a al. 1 LCart).

83. En l'espèce, les membres individuels de l'USPI-Neuchâtel se sont entendus sur l'élaboration d'une recommandation de prix laquelle s'apparente à la conclusion d'un accord sur les prix au sens de l'art. 5 al. 3 LCart. Ladite recommandation a été publiée sur le site de l'USPI-Neuchâtel. Dès lors, l'illicéité de l'accord litigieux peut être imputé aux entreprises qui ont pris part à l'accord.<sup>30</sup>

84. Certains auteurs ont mis en doute la sanctionnabilité directe des accords relevant de l'art. 5 al. 3 LCart dont l'illicéité ne découle pas directement de la suppression de la concurrence, mais repose, après le renversement de la présomption, sur une affectation notable de la concurrence qui ne peut être justifiée par des motifs d'efficacité économique. D'autres estiment au contraire que la sanctionnabilité directe des accords illicites tient aux types d'accords décrits à l'art. 5 al. 3 LCart et non au degré d'atteinte à la concurrence.<sup>31</sup>

85. A ce sujet, il y a lieu de rappeler que les accords visés par l'art. 49a LCart sont ceux dont les effets sont les plus dommageables pour les consommateurs, les entreprises et l'économie en général. C'est pourquoi, la LCart présume qu'ils suppriment la concurrence efficace. Deux conditions doivent être réunies pour qu'un accord soit sanctionnable: l'accord doit (1) être un de ceux qui sont décrits à l'art. 5 al. 3 LCart et (2) être illicite. L'art. 49a al. 1 LCart ne précise pas que l'illicéité découle du degré d'atteinte (suppression/affectation) à la concurrence. Par conséquent, la sanctionnabilité est donnée indépendamment du fait que l'accord supprime la concurrence ou l'affecte «seulement» de façon notable sans être justifié par des motifs d'efficacité économique.

86. Le Message du Conseil fédéral relatif à la révision de la LCart confirme cette interprétation. Il précise que sont exclus du champ d'application des sanctions directes les accords selon l'art. 5 al. 1 LCart qui «n'ont pas pour objet un accord portant sur les prix, les quantités ou la répartition géographique, ni aux accords portant sur les prix, les quantités ou la répartition géographique qui ne nuisent pas considérablement à la concurrence efficace ou ne l'éliminent pas, ou qui se justifient par des motifs d'efficacité économique».<sup>32</sup> La volonté du législateur est claire: les accords portant sur les prix, les quantités ou la répartition de marchés, qui affectent la concurrence de façon notable et ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, doivent être soumis aux sanctions directes.

87. Il en ressort que l'art. 49a al. 1 LCart est aussi applicable aux accords prévus à l'art. 5 al. 3 LCart pour lesquels la présomption a été renversée mais qui affectent tout de même la concurrence efficace de façon notable sans être justifiés par des motifs d'efficacité économique, ce qui ressort aussi clairement de la jurispru-

dence de la COMCO.<sup>33</sup> C'est pourquoi, dans le cas d'espèce, l'accord horizontal constitué par les recommandations tarifaires de l'USPI-Neuchâtel pour les honoraires de gérance est sanctionnable en vertu de l'art. 49a al. 1 LCart.

88. Pour le calcul concret de la sanction, l'OS-LCart se fonde tout d'abord sur un montant de base pouvant aller, selon le type et la gravité de l'infraction, jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices sur les marchés pertinents (art. 3 OS-LCart). Ce montant est ensuite augmenté en fonction de la durée de la pratique anticoncurrentielle (art. 4 OS-LCart). Cette augmentation peut atteindre 50 % pour une pratique d'une durée de 1 à 5 ans et ensuite, une augmentation complémentaire de 10 % par année supplémentaire est possible. Enfin, les circonstances aggravantes (art. 5 OS-LCart) et atténuantes (art. 6 OS-LCart) doivent être observées bien que l'OS-LCart ne précise pas dans quelle mesure le montant de base doit être modifié en pareilles circonstances.

89. Il ressort toutefois de ce calcul en trois étapes que la COMCO dispose d'un pouvoir d'appréciation, tant dans la fixation du montant de base, que dans l'observation de circonstances aggravantes ou atténuantes. Cela signifie que la COMCO peut prononcer une sanction à caractère symbolique. Dans ce cas, le montant final dépend d'une réflexion qui permet de fixer le niveau adéquat de la sanction en tenant compte du principe de proportionnalité.<sup>34</sup>

90. La procédure d'enquête n'a pas établi que les entreprises visées avaient réalisé, grâce à l'accord en question, un profit particulier qui accentuerait la gravité de l'infraction (art. 3 OS-LCart). Quant aux circonstances, relevons que les destinataires de la décision ont fait preuve d'un comportement extrêmement coopératif tout au long de la procédure. L'USPI-Neuchâtel a également retiré les recommandations tarifaires de son site internet. De plus, tant l'USPI-Neuchâtel que ses membres individuels se sont engagés par accord amiable à ne plus diffuser, publier ou recommander de prix, respectivement à ne plus établir de telles recommandations.

91. Par conséquent, en tenant compte de ces considérations et de l'ensemble des circonstances, la COMCO prononce une sanction globale - inférieure à la limite maximale prévue par l'art. 49a al. 1 LCart - située dans la fourchette prévue par l'accord amiable d'un montant de CHF 35'000.- à l'encontre des membres individuels de l'USPI-Neuchâtel selon la liste de notification.

<sup>30</sup> Arrêt du TAF, DPC 2007/4, 672 consid. 4.2.6, *Flughafen Zürich AG (Unique)/WEKO*.

<sup>31</sup> Pour un aperçu complet de cette question, voir C. TAGMANN, *Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, Zürich/Bâle/Genève 2007*, 35 ss, resp. 52.

<sup>32</sup> Message du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la Loi sur les cartels, FF 2002, 1911 ss, 1925.

<sup>33</sup> DPC 2009/2, 155, N 84 ss, *Sécateurs et cisailles*.

<sup>34</sup> DPC 2009/2, 157, N 99, *Sécateurs et cisailles*.

## C Frais

92. Conformément à l'art. 2 al. 1 de l'Ordonnance du 25 février 1998 sur les émoluments LCart (Oemol-LCart; RS 251.2), est notamment tenu de s'acquitter d'un émolument celui qui occasionne une procédure administrative.

93. Dans la procédure d'enquête, les parties concernées doivent verser des émoluments lorsqu'il existe une restriction à la concurrence ou si elles acceptent de se soumettre à la loi. Les parties sont réputées se soumettre à la loi lorsqu'elles abandonnent le comportement supposé restrictif de la concurrence et que la procédure est clôturée sans suite.<sup>35</sup> En l'espèce, les destinataires de la décision sont donc tenus de s'acquitter des émoluments.

94. En vertu de l'art. 4 al. 1 et 2 Oemol-LCart, l'émolument se calcule en fonction du temps consacré à l'affaire ; il varie de CHF 100.- à CHF 400.- l'heure. Le montant est fixé notamment en fonction de l'urgence de l'affaire et de la classe de salaire de l'employé qui effectue la prestation (art. 4 al. 3 Oemol-LCart). Les frais de port, de téléphone et de copie sont compris dans l'émolument forfaitaire (art. 4 al. 4 Oemol-LCart).

95. Les frais de la procédure d'un montant de CHF [...] sont mis solidairement à la charge des membres de l'USPI-Neuchâtel selon la liste de notification (art 1a Oemol-LCart en relation avec l'art. 2 al. 2 Ordonnance générale du 8 septembre 2004 sur les émoluments, OGEml; RS 172.041.1).

## D Conclusion

96. Les recommandations tarifaires émises par l'USPI-Neuchâtel sous la forme d'aide-mémoire affectent notablement la concurrence sur le marché de la gérance immobilière dans le canton de Neuchâtel et constituent dès lors un accord illicite au sens de l'art. 5 al. 3 let. a LCart en relation avec l'art. 5 al. 1 LCart sans pouvoir être justifiées par un motif d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart.

97. L'enquête n'a pas permis d'établir des conclusions similaires en ce qui concerne le marché du courtage immobilier.

98. La coopération et la disponibilité des destinataires de la décision durant toute la procédure ainsi que le retrait des recommandations de prix ont permis la conclusion d'un accord amiable par lequel les membres actifs sur le marché de la gérance immobilière et l'USPI-Neuchâtel se sont engagés à ne plus créer ou appliquer de recommandations de prix illicites au sens de la Loi sur les cartels, respectivement à ne plus éditer, diffuser ou publier de telles recommandations.

99. La question d'une sanction prononcée à l'encontre de l'association peut demeurer ouverte en l'espèce, dans la mesure où son rôle est demeuré essentiellement passif.

## E Dispositif

La Commission de la concurrence, se fondant sur les faits dont elle a eu connaissance et les développements qui précèdent, décide selon l'art. 30 al. 1 LCart que :

1. l'accord amiable suivant du 14 mai 2012 est approuvé (cf. pour le texte intégral ch. 80):"
  - *Les membres s'engagent à ne plus adopter de recommandations de prix constituant des accords en matière de concurrence prohibés par la LCart, respectivement à ne plus appliquer les recommandations de prix établies par l'USPI-Neuchâtel.*
  - *L'USPI-Neuchâtel s'engage à ne plus éditer, diffuser ou publier de recommandations de prix constituant des accords en matière de concurrence prohibés par la LCart.*
  - *L'USPI-Neuchâtel s'engage à assurer le recouvrement du montant de la sanction et des frais de la procédure.*
  - *Une révocation ou une modification du présent accord amiable conformément à l'art. 30 al. 3 LCart est réservée."*
2. les membres de l'USPI-Neuchâtel, **A. Gesteam Sàrl, Agence Immobilière et Commerciale S.A. Fidimmobil, Foncia Neuchâtel SA, Fiduciaire Daniel Jaggi SA, G.C.I Services SA, Gérance Charles Berset SA, Gérancia & Bolliger SA, Gerimmo SA, Littoral-Gérance SA, Michel Wolf SA, Müller & Christe SA, Naef Immobilier Neuchâtel SA, Offidus Régie Immobilière SA, OptiGestion Services Immobiliers SA, Régie Immobilière Jouval SA, Régie Immobilière Ribaux & Von Kessel, The Swatch Group Immeubles SA**, sont condamnés au paiement d'un montant total de CHF 35'000.-;
3. l'enquête est close sans suite à l'encontre des autres parties à la procédure;
4. les frais de la procédure 22-0379 d'un montant de CHF [...] sont mis solidairement à la charge des membres de l'USPI-Neuchâtel parties à l'accord amiable du 14 mai 2012;
5. la violation de l'accord amiable du 14 mai 2012 peut être sanctionnée selon les art. 50 et 54 LCart;
6. *[Notification]*
7. *[Voies de droit]*

<sup>35</sup> DPC 2009/2, 157, N 107, *Sécateurs et cisailles*; ATF 128 II 247, 257 s. consid. 6.1 (=DPC 2002/3, 546 ss, consid. 6.1) ; art. 3 al. 2 let. b et c Oemol-LCart *a contrario*.

B 2	<b>3. Unternehmenszusammenschlüsse</b> Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	<b>1. Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet</b>

*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 26. Juni 2012*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 26. Juni 2012*

## **A Sachverhalt**

1. Am 4. Juni 2012 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine gemeinsame Meldung der Tamedia AG (nachfolgend: Tamedia) und Gérard Paratte (nachfolgend: GP) über ein Zusammenschlussvorhaben eingegangen.<sup>1</sup> Danach beabsichtigt Tamedia 20 % des Aktienkapitals der ImmoStreet.ch S.A. (nachfolgend: ImmoStreet) von GP zu erwerben.

### **A.1 Verfahrensbeteiligte und Vorhaben**

#### **A.1.1 Verfahrensbeteiligte**

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 elektronischer Medien. Sie ist auch im Bereich Zeitungsdruck tätig. Die Tamedia-Gruppe ist schwergewichtig in der Schweiz tätig.<sup>2</sup>

3. GP ist eine natürliche Person, die – abgesehen von der Beteiligung an ImmoStreet – noch die [...] kontrolliert. Indirekt über [...] kontrolliert GP zudem noch deren Tochtergesellschaft [...]. [...] sind im Bereich der Entwicklung und des Vertriebs von Hard- und Software tätig. Unter anderem entwickeln und vertreiben sie Software für Immobilienmakler.<sup>3</sup> [...] ist für den technischen Betrieb der Immobilienplattform von ImmoStreet zuständig. Es ist vorgesehen, dass dies auch in Zukunft für die Zeit der gemeinsamen Kontrolle durch GP und Tamedia der Fall sein soll.<sup>4</sup>

4. ImmoStreet betreibt unter dem Domain-Namen «immostreet.ch» einen Online-Marktplatz für Immobilien. Sowohl Private als auch Unternehmen können auf immostreet.ch Rubrikanzeigen für die Vermietung und den Verkauf von Immobilien platzieren. Daneben vermittelt ImmoStreet für [...] Lizenzen für Immobilienmakler-Software an Dritte.<sup>5</sup>

5. La Sélection ImmoStreet Sàrl (nachfolgend: SIS) mit Sitz in Lausanne ist eine 100 %-Tochtergesellschaft von ImmoStreet, die das Print-Magazin «La Sélection ImmoStreet» in einer französisch- und einer deutschsprachigen Ausgabe herausgibt. Das Magazin enthält praktisch ausschliesslich Rubrikanzeigen für Immobilien. Nur in geringem Umfang enthält es andere Print-Firmenwerbung, die in der Regel einen engen Bezug zum Thema Immobilien hat. Daneben hat es jeweils noch kurze redaktionelle Beiträge zum Thema Immobilien. Diese belegen nur einen sehr kleinen Teil des gesamten Magazins (ca. zwei bis drei Seiten pro Ausgabe von rund 80 Seiten [Deutschschweiz] oder 100 Seiten [Westschweiz]). Gemäss Typologie der Schweizer Presse handelt es sich bei diesem Magazin um einen Special-Interest-Titel in der Unterkategorie Immobilien-Presse.<sup>6</sup>

#### **A.1.2 Vorhaben**

6. Mit dem Aktienerwerb durch Tamedia sind gemäss Meldung Kontrollrechte für Tamedia verbunden, so dass nach Vollzug der Transaktion Tamedia und GP ImmoStreet gemeinsam kontrollieren werden. Formelle Käuferin ist die homegate AG (nachfolgend: homegate), die von Tamedia alleine kontrolliert wird und somit zur Tamedia-Gruppe gehört. Die Zürcher Kantonalbank hält gemäss Meldung an homegate eine Minderheitsbeteiligung von 10 %, mit der keine Kontrollrechte verbunden sind.<sup>7</sup>

7. Nach Angaben in der Meldung ist geplant, dass Tamedia bis im Jahr 2016 die restlichen 80 % des Aktienkapitals von ImmoStreet und damit die alleinige Kontrolle über ImmoStreet übernehmen wird. Dieser zweite Teil der Transaktion ist jedoch explizit nicht Gegenstand der Meldung.<sup>8</sup>

#### **A.2 Verfahren**

8. Am 25. April 2012 ging beim Sekretariat ein Meldungsentwurf zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben ein. Mit Schreiben vom 8. Mai 2012 nahm das Sekretariat zum Meldungsentwurf Stellung.

<sup>1</sup> Meldung vom 1. Juni 2012; nachfolgend: Meldung.

<sup>2</sup> Vgl. Meldung, Rz 3.

<sup>3</sup> Vgl. Meldung, Rz 7.

<sup>4</sup> Vgl. Meldung, Rz 8.

<sup>5</sup> Vgl. Meldung, Rz 13.

<sup>6</sup> Vgl. Meldung, Rz 14.

<sup>7</sup> Vgl. Meldung, Rz 20.

<sup>8</sup> Vgl. Meldung, Rz 22.

9. Mit Schreiben vom 1. Juni 2012, eingelangt am 4. Juni 2012, reichten Tamedia und GP die 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. Es wird beantragt, das Zusammenschlussvorhaben als unbedenklich zu beurteilen und auf ein Prüfungsverfahren gemäss Art. 33 KG zu verzichten.

10. Mit Schreiben vom 4. Juni 2012 bestätigte das Sekretariat den Eingang und die Vollständigkeit der Meldung.

11. 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 5. Juni 2012, und endet am 5. Juli 2012.

## B Erwägungen

### B.1 Geltungsbereich

12. 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

13. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG).

14. 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 der Konzern als eine einzige „wirtschaftliche Unternehmenseinheit“ zu betrachten, womit wohl gemeint ist, dass der Konzern als Ganzes den Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG erfüllt.<sup>9</sup>

15. Demzufolge liegen bei Tamedia Konzernstrukturen vor, welche als Ganzes den Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG erfüllen (nachfolgend wird daher grundsätzlich unter Tamedia jeweils der Konzern verstanden). GP erfüllt als natürliche Person den obligationenrechtlichen Konzernbegriff<sup>10</sup> nicht. Inwiefern auch bei GP eine wirtschaftliche Betrachtungsweise anzuwenden ist und GP zusammen mit ImmoStreet und SIS einerseits sowie [...] und [...] andererseits als wirtschaftliche Einheit zu betrachten ist, kann vorliegend offen bleiben: Zum Einen erfüllt GP den Unternehmensbegriff so oder anders.<sup>11</sup> Zum Anderen spielt es im vorliegenden Verfahren keine Rolle, ob ImmoStreet zusammen mit SIS selbständig, d.h. ohne GP, eine wirtschaftliche Einheit und damit ein Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG bilden oder aber als Unternehmensteil von GP im Sinne von Art. 3 Abs. 2 VKU zu qualifizieren sind.

### B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

16. 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). Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG hat damit grundsätzlich immer eine Änderung von Kontrollverhältnissen an einem oder mehreren Unternehmen (Zielunternehmen) zum Gegenstand.<sup>12</sup>

#### B.1.2.1 Änderung der Kontrollverhältnisse

17. Die Kontrollverhältnisse ändern sich vorliegend insofern, als dass ImmoStreet nach Vollzug des Vorhabens nicht mehr alleine durch GP sondern durch Tamedia und GP gemeinsam kontrolliert werden soll.

18. Gemeinsame Kontrolle besteht, wenn zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Möglichkeit haben, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens auszuüben. Gemeinsame Kontrolle liegt somit vor, wenn die kontrollierenden Unternehmen strategische geschäftspolitische Entscheidungen, d.h. Entscheidungen über Budget, Geschäftsplan, grössere Investitionen und die Besetzung der Unternehmensleitung gemeinsam treffen, wobei nicht unbedingt eine einstimmige Beschlussfassung für alle diese Rechte gleichzeitig bestehen muss. Die Praxis der Wettbewerbskommission nimmt dabei Bezug auf die entsprechende Praxis der EU-Kommission.<sup>13</sup>

19. Eine gemeinsame Kontrolle liegt dann vor, wenn die Muttergesellschaften bei allen wichtigen Entscheidungen, die das Gemeinschaftsunternehmen betreffen, Übereinstimmung erzielen müssen. Dort wo bei zwei vorhandenen Muttergesellschaften ungleiche Beteiligungsverhältnisse gegeben sind oder es mehr als zwei Muttergesellschaften gibt, kann dies unter anderem dann vorliegen, wenn die Minderheitsgesellschafter zusätzliche Rechte haben, die es ihnen ermöglichen, gegen Entscheidungen, die für das strategische Wirtschaftsverhalten des Gemeinschaftsunternehmens wesentlich sind, ein Veto einzulegen. Diese Vetorechte müssen sich allerdings auf strategische geschäftspolitische Entscheidungen in dem Gemeinschaftsunternehmen beziehen. Sie müssen über das hinausgehen, was in der Regel Minderheitsgesellschaftern an Vetorechten

<sup>9</sup> Vgl. Urteil des BVGer RPW 2010/2 336 E. 4.1, *Publigroupe/WEKO*.

<sup>10</sup> Vgl. Art. 663e Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (Obligationenrecht, OR; SR 220).

<sup>11</sup> Vgl. RPW 2000/2, 237 Rz 11, *Rätia Energie AG*.

<sup>12</sup> Vgl. RPW 2011/4, 670 Rz 34, *Fluxys/Swissgas/Transitgas*.

<sup>13</sup> Vgl. zum Ganzen RPW 2012/1, 148 Rz 32, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*.

eingerräumt wird, um ihre finanziellen Interessen als Kapitalgeber des Gemeinschaftsunternehmens zu schützen. Ein Vetorecht beispielsweise, mit dem ein Verkauf oder eine Abwicklung des Gemeinschaftsunternehmens verhindert werden kann, gibt dem Minderheitsgesellschafter noch keine gemeinsame Kontrolle.<sup>14</sup>

20. Die Kontrollrechte ergeben sich gemäss Meldung aus dem Aktionärsbindungsvertrag zwischen GP und homegate.<sup>15</sup> [...]

21. Aufgrund der gemeldeten Angaben ist von gemeinsamer Kontrolle von Tamedia und GP über ImmoStreet im Sinne der zitierten Praxis auszugehen.

### B.1.2.2 Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen

22. Ein Vorgang, durch den zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen erlangen, das sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, stellt einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (Art. 2 Abs. 1 VKU).

23. Gemäss Praxis der Wettbewerbskommission liegt der Vollfunktionscharakter eines Gemeinschaftsunternehmens im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU unter folgenden Voraussetzungen vor:<sup>16</sup>

- Das Gemeinschaftsunternehmen muss als Nachfrager oder Anbieter am Markt auftreten.
- Das Gemeinschaftsunternehmen tritt als selbständige wirtschaftliche Einheit auf. Es muss somit in der Lage sein, eine eigene Geschäftspolitik verfolgen zu können.
- Das Gemeinschaftsunternehmen ist auf Dauer angelegt, d.h. es ist dazu bestimmt und in der Lage, seine Tätigkeiten zeitlich unbegrenzt, zumindest aber langfristig auszuüben.

- Das Gemeinschaftsunternehmen muss über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und ausreichende Ressourcen wie finanzielle Mittel, Personal, materielle und immaterielle Vermögenswerte verfügen.

24. Aufgrund der Angaben in der Meldung ist davon auszugehen, dass ImmoStreet ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen ist.<sup>17</sup>

### B.1.2.3 Beteiligte Unternehmen

25. 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 als beteiligtes Unternehmen (Art. 3 Abs. 2 VKU).

26. Als beteiligte Unternehmen sind damit Tamedia, GP und ImmoStreet zu bezeichnen.

## B.2 Vorbehaltene Vorschriften

27. 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 Meldepflicht

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

	Tamedia	GP	ImmoStreet	insgesamt
Schweiz	1'105	[...]	[...]	[...]
Weltweit	1'105	[...]	[...]	[...]

Tabelle 1: Umsatz der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2011 (in Mio. CHF)

29. Wie aus Tabelle 1 hervorgeht, sind 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.

<sup>14</sup> Vgl. RPW 2012/1, 148 Rz 34, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*.

<sup>15</sup> Vgl. Meldung, Rz 21.

<sup>16</sup> Vgl. RPW 2011/4, 671 Rz 48, *Fluxys/Swissgas/Transitgas*.

<sup>17</sup> Vgl. Meldung, Rz 13 ff. und 32.

30. 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.<sup>18</sup> Seit dem Erwerb der Aktienmehrheit an PPSR und der damit verbundenen Übernahme des schweizerischen Geschäfts der Edipresse-Gruppe durch Tamedia<sup>19</sup> entfaltet die rechtskräftige Feststellung der Marktbeherrschung auf den oben genannten Märkten auch Wirkung auf die ganze Tamedia-Gruppe.

31. Praxisgemäss ist davon auszugehen, dass der Zusammenschluss Märkte betrifft, die dem Markt für überregionale Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz und dem Markt für regionale Tageszeitungen der Region Genf und Lausanne benachbart sind. Damit sind die Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 4 KG erfüllt und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben erweist sich als meldepflichtig.

#### **B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung**

32. 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).

33. 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**

34. 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).

35. 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).

36. ImmoStreet betreibt einen Online-Marktplatz für den Verkauf und die Vermietung von Immobilien.<sup>20</sup> Damit ist ImmoStreet im Bereich der Rubrikanzeigen tätig. Entsprechend tangiert die geplante Transaktion in erster Linie die Werbe- und Nutzermärkte für Rubrikanzeigen.

37. Die Parteien machen in diesem Zusammenhang geltend, dass ImmoStreet mit dem Unternehmen «car4you», das einen Online-Marktplatz für Fahrzeuge betreibt, vergleichbar sei. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben entspreche in Bezug auf die relevanten Märkte weitgehend dem Verfahren Tamedia/car4you. Es seien somit im Wesentlichen die gleichen Märkte relevant, wie sie im damaligen Verfahren in Absprache mit dem Sekretariat der WEKO dargestellt worden seien.

Dementsprechend werden in der Meldung die nachfolgenden Märkte aufgeführt:

- Werbemärkte Rubrikanzeigen
- Nutzermärkte Rubrikanzeigen
- Märkte für Online-Firmenwerbung
- Märkte für Print-Firmenwerbung.

38. Grundsätzlich ist anzumerken, dass Marktabgrenzungen der juristischen Erfassung eines ökonomischen Sachverhalts dienen. Daher sind Marktabgrenzungen grundsätzlich im Einzelfall im Hinblick auf die zu untersuchenden Sachverhaltselemente vorzunehmen. Im Einzelfall kann sich daher eine Abweichung von bisherigen Marktabgrenzungen rechtfertigen, wobei der Grundsatz des Willkürverbots zu berücksichtigen ist.

39. Hinsichtlich des von den Parteien angeführten «car4you» Entscheids, der auf dem PPSR-Entscheid<sup>21</sup> basiert, ist festzuhalten, dass dieser auf einer erleichterten Meldung basiert, welche dazu geführt hat, dass die Beurteilung des damaligen Zusammenschlussvorhabens auf einer weiteren Marktabgrenzung beruhte, da aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse auf eine engere Marktabgrenzung verzichtet werden konnte. Dies hat für weitere Zusammenschlussvorhaben allerdings keine präjudizierende Wirkung.

40. Soweit es um spezialisierte Immobilien-Rubrikanzeigen geht, ist nach der Praxis der Wettbewerbskommission eine engere Marktabgrenzung vorzunehmen. Im *Homegate*-Entscheid<sup>22</sup> hat die Wettbewerbskommission einen Markt für Online-Immobilieninserate sowie einen Markt für Print-Immobilieninserate abgegrenzt. Dies wurde damit begründet, dass sich Immobilieninserate von ihrem Inhalt her wesentlich von den übrigen Rubrikinseraten unterscheiden. Weder aus Sicht der Inserenten, welche ein Immobilienobjekt zur Miete beziehungsweise zum Kauf ausschreiben wollen, noch aus Sicht der potenziellen Mieter/Käufer ist ein Immobilieninserat mit einem sonstigen Rubrikinserat austauschbar. Zwischen den unterschiedlichen Rubriken bestehen keine substitutiven Beziehungen.<sup>23</sup>

41. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens werden daher die nachfolgenden Märkte abgegrenzt.

<sup>18</sup> Vgl. RPW 1998/1, 61 Rz 96, *Le Temps*.

<sup>19</sup> Vgl. RPW 2009/3, 245 ff., *Tamedia/PPSR*.

<sup>20</sup> Meldung, Rz. 37.

<sup>21</sup> RPW 2009/3, 262 ff. Rz 131 ff., *Tamedia/PPSR*.

<sup>22</sup> RPW 2005/2, 314 ff. Rz 36 ff., *Tamedia AG/Edipresse SA/Homegate AG*.

<sup>23</sup> vgl. RPW 2005/2, 315 Rz 37, *Tamedia AG/Edipresse SA/Homegate AG*.

#### B.4.1.1 Werbemärkte für Immobilien-Rubrikanzeigen

42. Der Werbemarkt für Immobilien-Rubrikanzeigen umfasst auf der Angebotsseite den Betreiber einer Online-Plattform für Rubrikanzeigen oder den Herausgeber eines Print-Mediums und auf der Nachfrageseite Inserenten von Immobilienangeboten, die Immobilien zur Miete oder zum Kauf anbieten. Nicht zu diesen Märkten gehören Anzeigen für Ferienwohnungen, die möbliert tage- oder wochenweise gemietet werden. Diese gehören vielmehr in den Bereich des Reise-/Ferienmarktes, da sie eine Alternative zu Hotelübernachtungen darstellen.<sup>24</sup>

43. Gemäss konstanter Praxis der WEKO und der REKOWEF werden Print- und Online-Rubrikanzeigen im gleichen Markt zusammengefasst.<sup>25</sup> Den Parteien ist beizupflichten, dass für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens eine differenzierte Betrachtung der Print- und Online-Rubrikanzeigen nicht notwendig ist.

44. In räumlicher Hinsicht sind gemäss Praxis der WEKO sowohl sprachregionale Märkte abzugrenzen als auch Marktabgrenzungen nach Wirtschaftsgebieten vorzunehmen. Im Bereich Immobilien-Rubrikanzeigen nehmen Online-Plattformen eine wichtige Position ein. Diese sind grundsätzlich in der ganzen Schweiz zugänglich. Im vorliegend zu beurteilenden Zusammenschlussvorhaben geht es vorwiegend darum die Wettbewerbseffekte im Online-Bereich zu prüfen. In diesem Zusammenhang werden Print-Immobilien-Inserate als mögliche Substitute in die Analyse mit einbezogen. Die Parteien machen geltend, dass sich das Ausmass der Nutzung von ImmoStreet in den einzelnen Grossräumen nicht wesentlich vom Ausmass der Nutzung in den entsprechenden Sprachregionen unterscheidet.<sup>26</sup> Aus diesem Grund rechtfertigt es sich im vorliegend zu beurteilenden Zusammenschlussvorhaben auf eine weitere Unterteilung der räumlich relevanten Märkte im Hinblick auf Wirtschaftsgebiete zu verzichten. Daher werden für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens in räumlicher Hinsicht sprachregional ein Werbemarkt für Inserenten in (Print-/Online-)Immobilien-Rubrikanzeigen in der deutschsprachigen Schweiz, ein Werbemarkt für Inserenten in (Print-/Online-)Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz und ein Werbemarkt für Inserenten in (Print-/Online-)Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz abgegrenzt.

#### B.4.1.2 Nutzermärkte für Immobilien-Rubrikanzeigen

45. Der Nutzermarkt für Immobilien-Rubrikanzeigen umfasst auf der Angebotsseite den Betreiber einer Online-Plattform für Rubrikanzeigen oder den Herausgeber eines Print-Mediums und auf der Nachfrageseite Leser von Print-Inseraten bzw. Nutzer von Online-Plattformen, über welche Immobilien zur Miete oder zum Kauf angeboten werden.

46. Für die weitere Marktabgrenzung kann auf die vorangehenden Ausführungen zu den Werbemärkten verwiesen werden (vgl. Rz 42 ff.). Aus diesem Grund werden für die Zwecke des vorliegenden Zusammen-

schlussvorhabens ein Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-)Immobilien-Rubrikanzeigen in der deutschsprachigen Schweiz, ein Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-)Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz und ein Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-)Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz abgegrenzt.

#### B.4.1.3 Märkte für Online-Firmenwerbung

47. Nach Praxis der Wettbewerbskommission ist im Bereich der Online-Werbung zwischen dynamischen und statischen Werbeformen zu unterscheiden.<sup>27</sup> Zudem unterscheidet die Praxis der Wettbewerbskommission im Bereich Online-Firmenwerbung zwischen der Vermittlung und der Bereitstellung von Werbeflächen. Nach Angaben der Zusammenschlussparteien ist ImmoStreet nicht in den Märkten für die Vermittlung von Werbeflächen tätig. In den Märkten für die Bereitstellung von Werbeflächen ist ImmoStreet nach Angaben der Zusammenschlussparteien ausschliesslich im Bereich der Bannerwerbung, also der statischen Werbeform, tätig.

48. Aus diesem Grund rechtfertigt es sich für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ausschliesslich einen Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen abzugrenzen. Dieser ist gemäss den vorangehenden Ausführungen (vgl. Rz 42 ff.) sprachregional abzugrenzen.

#### B.4.1.4 Märkte für Print-Firmenwerbung

49. Der sachlich relevante Markt für Print-Firmenwerbung umfasst auf der Anbieterseite den Herausgeber eines Print-Mediums und auf der Nachfrageseite Werbetreibende. Nach Praxis der WEKO wird ein Markt für nationale Printwerbung und lokale/regionale Printfirmenwerbung unterteilt. In Analogie zu den Lesermärkten bilden die so genannten Special-Interest-Titel auch je eigene Werbemärkte, da sich diese an ein spezielles Publikum mit dem vom Titel abgedeckten Interesse richten.<sup>28</sup>

50. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ist gestützt auf die Praxis der Wettbewerbskommission hinsichtlich der sachlichen Markt-abgrenzung bei Special-Interest-Titeln von der WEMF-Klassifikation auszugehen.<sup>29</sup> Der Print-Titel «La Selection ImmoStreet» ist der Kategorie Immobilien-Presse (3344) zuzuordnen.

51. In räumlicher Hinsicht ist gemäss analoger Anwendung der Praxis der WEKO betreffend Lesermärkte<sup>30</sup> im Hinblick auf die Märkte für Print-Firmenwerbung bei Special-Interest-Titel eine sprachregionale Abgrenzung

<sup>24</sup> Vgl. Meldung, Rz 51.

<sup>25</sup> RPW 2011/3 411 Rz 6, *Tamedia/car4you*; RPW 2009/3 262 Rz 104, *Tamedia/PPSR*; RPW 2006/2 382 E 8.3.2, *Entscheid REKO/WEF Tamedia/BZ/20 Minuten*.

<sup>26</sup> Meldung, Rz. 47.

<sup>27</sup> Vgl. RPW 2012/1, 142 Rz 45, *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*.

<sup>28</sup> Vgl. RPW 2009/3 266 Rz 162 f., *Tamedia/PPSR*; RPW 2009/3 255 Rz 79 *Tamedia/PPSR*.

<sup>29</sup> Vgl. RPW 2009/3 266 Rz 162 f., *Tamedia/PPSR*; RPW 2009/3 255 Rz 79 *Tamedia/PPSR*.

<sup>30</sup> RPW 2009/3 256 Rz 85 *Tamedia/PPSR*.

vorzunehmen. «La Selection ImmoStreet» wird nur in deutscher und französischer Sprache angeboten. Daher wird für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens je ein Markt für Print-Firmenwerbung in der Immobilienpresse in der deutschsprachigen Schweiz und in der französischsprachigen Schweiz abgegrenzt.

#### B.4.2 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.

53. Im Rahmen der vorliegenden Prüfung wurden die Marktanteile in den einzelnen Märkten von den Zusammenschlussparteien wie folgt angegeben:

Markt	Tamedia	ImmoStreet	Betroffen
Werbemarkt für Inserenten in (Print-/Online-)Immobilien-Rubrikanzeigen in der deutschsprachigen Schweiz	[10-20] %	[10-20] %	Ja
Werbemarkt für Inserenten in (Print-/Online-)Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz	[10-20] %	[10-20] %	Ja
Werbemarkt für Inserenten in (Print-/Online-)Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz	[0-10] %	[0-10] %	Nein
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-)Immobilien-Rubrikanzeigen in der deutschsprachigen Schweiz	[10-20] %	[0-10] %	Ja
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-)Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz	[20-30] %	[0-10] %	Ja
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-)Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz	[10-20] %	[0-10] %	Nein
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der deutschsprachigen Schweiz	[30-40] %	[0-10] %	Ja
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der französischsprachigen Schweiz	[30-40] %	[0-10] %	Ja
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der italienischsprachigen Schweiz	[0-10] %	[0-10] %	Nein
Markt für Print-Firmenwerbung in der Immobilien-Presse in der deutschsprachigen Schweiz.	[0-10] %	[0-10] %	Nein
Markt für Print-Firmenwerbung in der Immobilien-Presse in der französischsprachigen Schweiz.	[0-10] %	[10-20] %	Nein

Tabelle 2: Marktanteile von Tamedia und ImmoStreet in den relevanten Märkten



54. Hieraus ergeben sich als betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU der Werbemarkt für Inserenten in (Print-/Online-)Immobilien-Rubrikanzeigen in der deutschsprachigen Schweiz, der Markt für Inserenten in (Print-/Online-)Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz, der Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-)Immobilien-Rubrikanzeigen in der deutschsprachigen Schweiz, der Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-)Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz, der Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der deutschsprachigen Schweiz und der Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der französischsprachigen Schweiz als betroffene Märkte.

#### B.4.2.1 Aktueller Wettbewerb

55. Nachfolgend wird eine Analyse der aktuellen Wettbewerbssituation vorgenommen. Hierbei werden in ei-

nem ersten Schritt die Marktanteilsentwicklungen kritisch gewürdigt und anschliessend das Marktumfeld kurz analysiert.

56. 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.4.2.1.1 Werbemarkt für Inserenten in (Print-/Online-)Immobilien-Rubrikanzeigen in der deutschsprachigen Schweiz

57. Die Marktanteilsentwicklung in den letzten drei Jahren präsentiert sich nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:

		Gesamtmarkt	Parteien		Wettbewerber		
			Tamedia	ImmoStreet	Scout 24 Schweiz AG	home.ch	NZZ AG
2011	# Inserate	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %
2010	# Inserate	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %	[0-10] %	[10-20] %
2009	# Inserate	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %	[0-10] %	[10-20] %

Tabelle 3: Marktanteile im Werbemarkt für Inserenten in (Print-/Online-)Immobilien Rubrikanzeigen in der deutschsprachigen Schweiz

58. Die Marktanteile von Tamedia und ImmoStreet waren in den letzten drei Jahre relativ konstant bzw. sind leicht gesunken. Innerhalb von zwei Jahren ist es zudem home.ch gelungen auf einen relativ hohen Marktanteil von [10-20] % zu gelangen. Damit hat home.ch – gezählt an der Anzahl Inserate – einen ähnlichen Marktanteil wie ImmoStreet erreicht.

59. Neben der Anzahl Inserate ist allerdings ebenfalls die Reputation der Website im Internet zu berücksichtigen. Aus diesem Grund wurden zudem der Page-Rank sowie die Nutzerzahlen von Net-Metrix zur Beurteilung der Wettbewerbssituation herangezogen.

60. Der Page-Rank<sup>31</sup>, welcher im Internet eine Art Reputationsmass einer Website darstellt, weist folgendes Ranking auf:

<sup>31</sup> Der Page-Rank bewertet die Anzahl Links, welche auf eine Webseite zeigen auf einer Skala von 1 bis 10. Er wird als Bekanntheitsgrad einer Webseite angesehen und spiegelt die Wiederauffindbarkeit der Webseite über Suchmaschinen wieder. Der Page-Rank für einzelne Webseiten kann unter <http://pr.comlex.de/> abgerufen werden.

Webseite	Page-Rank (Max. 10)
www.immostreet.ch	5
www.homegate.ch	7
www.nzzdomizil.ch	6
www.home.ch	5
www.immoscout24.ch	6
www.osthome.ch	5
www.piazza.ch	6
www.newhome.ch	5
www.remax.ch	5
www.swissclick.ch	5
www.spg.ch	4

Tabelle 4: Page-Rank wichtiger konkurrierender Webseiten

61. In den Net-Matrix-Daten<sup>32</sup> werden für einzelne Webseiten die «Unique Visitors» (unterschiedliche Besucher einer Seite) und die «Page-Views» (Anzahl besuchter

Seiten) aufgelistet. Sie zeigen daher die Nutzungsfrequenz einer Webseite an. Den Net-Matrix-Daten lassen sich die nachfolgenden Zahlen entnehmen:

Website	Unique Visitors	Page-Views
www.homegate.ch	1'182'000	4'878'828
www.immostreet.ch	239'000	594'212
www.immoscout24.ch	1'093'000	3'582'596
www.home.ch	316'000	595'370
www.newhome.ch	312'000	939'793

Tabelle 5: Unique-Visitors und Page-Views per April 2012

62. Die Analyse aufgrund des Page-Ranks und der Net-Matrix-Daten bestätigen, dass sich www.home.ch innerhalb von kurzer Zeit eine mit ImmoStreet vergleichbare Marktstellung erarbeitet hat. Dies deutet auf relativ intensiven aktuellen und möglichen potenziellen Wettbewerb in diesem Markt hin. Es bestehen daher keine Anzeichen, dass sich durch eine Kombination von Tamedia und ImmoStreet eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken würde, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden könnte.

#### B.4.2.1.2. Werbemarkt für Inserenten in (Print-/Online-)Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz

63. Die Marktanteilsentwicklung in den letzten drei Jahren präsentiert sich nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:

<sup>32</sup> Net-Matrix-Daten sind abrufbar unter: [http://netreport.wemf.ch/classic/suche\\_alpha.html](http://netreport.wemf.ch/classic/suche_alpha.html).

		Gesamtmarkt	Parteien		Wettbewerber		
			Tamedia	ImmoStreet	Scout 24 Schweiz AG	home.ch	newhome.ch
2011	# Inserate	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %	[0-10] %
2010	# Inserate	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %
2009	# Inserate	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %

Tabelle 6: Marktanteile im Werbemarkt für Inserenten in (Print-/Online-)Immobilien Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz

64. Für die weitergehende Analyse kann auf Rz 62 verwiesen werden. Es bestehen daher keine Anzeichen, dass sich durch eine Kombination von Tamedia und ImmoStreet eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken würde, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden könnte.

#### B.4.2.1.3. Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-)Immobilien-Rubrikanzeigen in der deutschsprachigen Schweiz

65. Die Marktanteilsentwicklung in den letzten drei Jahren präsentiert sich nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:

		Gesamtmarkt	Parteien		Wettbewerber		
			Tamedia	ImmoStreet	Scout 24 Schweiz AG	REMAX Switzerland	NZZ AG
2011	# Nutzer	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[10-20] %	[0-10] %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %
2010	# Nutzer	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[10-20] %	[0-10] %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %
2009	# Nutzer	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %	[10-20] %	[0-10] %

Tabelle 7: Marktanteile im Markt für Nutzer/Leser in (Print-/Online-)Immobilien Rubrikanzeigen in der deutschsprachigen Schweiz

66. Für die Analyse kann auf die Ausführungen in Rz 62 verwiesen werden, die analog anwendbar sind. Es bestehen daher keine Anzeichen, dass sich durch eine Kombination von Tamedia und ImmoStreet eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken würde, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden könnte.

#### B.4.2.1.4. Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-)Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz

67. Die Marktanteilsentwicklung in den letzten drei Jahren präsentiert sich nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:

		Gesamtmarkt	Parteien		Wettbewerber		
			Tamedia	ImmoStreet	SPG Commercial Property Consultants	Scout24 Schweiz Ag	Swissclick AG
2011	# Nutzer	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[20-30] %	[0-10] %	[10-20] %	[10-20] %	[0-10] %
2010	# Nutzer	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[20-30] %	[0-10] %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %
2009	# Nutzer	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[20-30] %	[0-10] %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %

Tabelle 8: Marktanteile im Markt für Nutzer/Leser in (Print-/Online-)Immobilien Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz

68. Für die Analyse kann auf die Ausführungen in Rz 62 verwiesen werden, die analog anwendbar sind. Es bestehen daher keine Anzeichen, dass sich durch eine Kombination von Tamedia und ImmoStreet eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken würde, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden könnte.

#### B.4.2.1.5. Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der deutschsprachigen Schweiz

69. Die Marktanteilsentwicklung in den letzten drei Jahren präsentiert sich nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:

		Gesamtmarkt	Parteien		Wettbewerber		
			Tamedia	ImmoStreet	Swisscom	Ringier	MSN Microsoft
2011	Tsd. CHF	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[30-40] %	[0-10] %	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %
2010	Tsd. CHF	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[20-30] %	[0-10] %	[10-20] %	[10-20] %	[0-10] %
2009	Tsd. CHF	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[20-30] %	[0-10] %	[10-20] %	[0-10] %	[10-20] %

Tabelle 9: Marktanteile im Markt für Nutzer/Leser in (Print-/Online-)Immobilien Rubrikanzeigen in der deutschsprachigen Schweiz

70. Auf dem Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der deutschsprachigen Schweiz verfügt ImmoStreet nur über einen vernachlässigbar kleinen Umsatz. Daher kann davon ausgegangen werden, dass es in diesem Markt zu keinen bzw. nur geringfügigen Marktanteilsadditionen kommt. Tamedia verfügt im Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der deutschsprachigen Schweiz über einen Marktanteil von ca. [30-40] %. Die wichtigsten Konkurrenten haben

jeweils einen Marktanteil von [10-20] %, wobei die Marktanteile von Tamedia sowie MSN Microsoft in den letzten Jahren Schwankungen aufweisen. Dies deutet auf ein recht dynamisches Marktumfeld hin.

71. Daher bestehen keine Anhaltspunkte, dass durch das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt würde.

#### B.4.2.1.6. Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der französischsprachigen Schweiz

72. Die Marktanteilsentwicklung in den letzten drei Jahren präsentiert sich nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:

		Gesamtmarkt	Parteien		Wettbewerber		
			Tamedia	ImmoStreet	Swisscom	Ringier	MSN Microsoft
2011	Tsd. CHF	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[30-40] %	[0-10] %	[10-20] %	[0-10] %	[20-30] %
2010	Tsd. CHF	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[20-30] %	[0-10] %	[10-20] %	[0-10] %	[10-20] %
2009	Tsd. CHF	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100 %	[20-30] %	[0-10] %	[10-20] %	[0-10] %	[10-20] %

Tabelle 10: Marktanteile im Markt für Nutzer/Leser in (Print-/Online-)Immobilien Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz

73. Auf dem Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der französischsprachigen Schweiz verfügt ImmoStreet nur über einen vernachlässigbar kleinen Umsatz. Daher kann davon ausgegangen werden, dass es in diesem Markt zu keinen bzw. nur geringfügigen Marktanteilsadditionen kommt. Tamedia verfügt im Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der französischsprachigen Schweiz über einen Marktanteil von ca. [30-40] %. Die wichtigsten Konkurrenten haben jeweils einen Marktanteil von [0-20] %, wobei die Marktanteile von Tamedia sowie Swisscom und MSN Microsoft in den letzten Jahren Schwankungen aufweisen. Dies deutet auf ein recht dynamisches Marktumfeld hin.

74. Daher bestehen keine Anhaltspunkte, dass durch das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt würde

#### B.5 Nebenabreden

75. 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.<sup>33</sup>

76. In der Meldung werden die Bestimmungen betreffend Fortführung der Geschäfte bis zum Vollzugstermin gemäss Ziff. 14 des Aktienkaufvertrages zwischen GP und homegate als Nebenabreden geltend gemacht.<sup>34</sup> In

der Meldung wird ausserdem auf ein Konkurrenz- und Abwerbverbot hingewiesen, welches frühestens [...] in Kraft trete, falls [...]. Das Konkurrenz- und Abwerbverbot wird im vorliegenden Zusammenschlussverfahren explizit noch nicht als Nebenabrede geltend gemacht.<sup>35</sup>

77. Nach der Praxis der Wettbewerbskommission 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. Die Wettbewerbskommission hat dabei aber festgehalten, dass es den Parteien im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle nach Kartellgesetz ohnehin nicht frei steht, den Verfahrensgegenstand während der Dauer des Verfahrens zu verändern.<sup>36</sup>

#### B.6 Ergebnis

78. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den vorgenannten 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.

<sup>33</sup> RPW 2012/1, 139 Rz 16, *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*.

<sup>34</sup> Vgl. Meldung, Rz 24.

<sup>35</sup> Vgl. Meldung, Rz 25.

<sup>36</sup> RPW 2012/1, 140 Rz 32 f., *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*.

B 2.3

**2. Tamedia/Giacomo Salvioni/20 minuti/TIO**

*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 23. Juli 2012*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 20 Juli 2012*

**A Sachverhalt**

1. Am 27. Juni 2012 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine gemeinsame Meldung der Tamedia AG (nachfolgend: Tamedia) und Giacomo Salvioni (nachfolgend: GS) über ein Zusammenschlussvorhaben eingegangen.<sup>1</sup> Danach beabsichtigen Tamedia und GS indirekt die gemeinsame Kontrolle über die 20 minuti Ticino SA (nachfolgend: 20 minuti SA) und über die TicinOnline SA (nachfolgend: TIO) zu erwerben.

**A.1 Die involvierten Unternehmen und das Vorhaben****A.1.1 Die involvierten Unternehmen****A.1.1.1 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 elektronischer Medien. Sie ist auch im Bereich Zeitungsdruck tätig. Die Tamedia-Gruppe ist schwergewichtig in der Schweiz tätig. Zur Tamedia-Gruppe gehört die 20 Minuten AG, die von Tamedia alleine kontrolliert wird. Die 20 Minuten AG ist die Herausgeberin der Pendlerzeitung «20 Minuten» bzw. «20 minutes» in der Deutsch- und der Westschweiz. Zudem betreibt sie das Online-News-Portal «20 min.ch». Die 20 Minuten AG hält (neben GS) eine [...] Beteiligung mit alleinigen Kontrollrechten an der 20 minuti SA.

**A.1.1.2 GS**

3. GS ist Verleger und Herausgeber diverser Medien im Kanton Tessin. GS kontrolliert die desminüt SA (nachfolgend: desminüt), eine Holdinggesellschaft, die einzig eine [...] Beteiligung an der 20 minuti SA hält. Ebenfalls von GS kontrolliert wird die Regiopress SA (nachfolgend: RP), welche u.a. die Zeitung «La Regione Ticino» herausgibt. RP hält die Aktienmehrheit [...] der TIO und verfügt damit über die alleinige Kontrolle über TIO. Weiter ist RP [...] an der [...] (Pressebilder), [...] an [...] (Wochenzeitung mit Fernsehprogrammen) sowie zu einem kleinen Teil am Privatrado [...] beteiligt. Daneben ist GS auch im Akzidenzdruck tätig. Hauptakteurin in diesem Segment ist die [...], an welcher GS eine [...] Beteiligung mit Kontrollrechten hält und die ihrerseits [...] an der [...] beteiligt ist. Weiter ist GS auch im Zeitungs-

druck tätig. RP verfügt über eine eigene Druckmaschine und druckt namentlich «La Regione Ticino». [...] bieten ihren Kunden neben ihrem Hauptgeschäft Akzidenzdruck im kleinen Rahmen auch Zeitungsdruck an. Beide Gesellschaften verfügen aber über keine eigene Druckmaschine für Zeitungsdruck. Solche Aufträge werden bei der RP gedruckt.

**A.1.1.3 TIO**

4. TIO betreibt die News-Site www.tio.ch und erbringt die damit zusammenhängenden Dienstleistungen. Daneben verfügt TIO über verschiedene Nebenaktivitäten (insbesondere IT-Dienstleistungen wie Housing, Hosting, E-Papers, Digital Signage etc. sowie Videoproduktionen [über die kontrollierte Publibeta Sag]), Ticketverkauf [online und physisch] und hält eine kleine Beteiligung (ohne Kontrollrechte) am Privatrado Radio Fiume Ticino SA. Neben RP [...] sind als Minderheitsaktionäre die Centro Stampa Ticino SA [...], die Publicitas SA [...] und die Nuova Società Editrice del Giornale del Popolo SA [...] an TIO beteiligt.

**A.1.1.4 20 minuti SA**

5. Die 20 Minuten SA ist Herausgeberin der Pendlerzeitung «20 minuti». Dabei handelt es sich um die italienischsprachige Ausgabe der Pendlerzeitung «20 Minuten». «20 minuti» wird hauptsächlich über Zeitungsboxen an Pendler im Grossraum Tessin (einschliesslich Bezirk Moesa im Kanton Graubünden) vertrieben.

**A.1.2 Das Vorhaben**

Im Rahmen des vorliegend zu beurteilenden Zusammenschlussvorhabens sind folgende zwei Transaktionen geplant:

**A.1.2.1 Transaktion 20 minuti SA**

6. Zum einen soll die Kontrolle über die 20 minuti SA von einer alleinigen (durch Tamedia) zu einer gemeinsamen (durch Tamedia und GS) geändert werden.

7. Die Aktien der 20 minuti SA werden heute [...] von der 20 Minuten AG (Tamedia) und der desminüt (GS) gehalten.

8. Zwischen der 20 Minuten AG und desminüt besteht heute ein Aktionärsbindungsvertrag (nachfolgend: ABV I), [...].

9. Im Rahmen der Transaktion wird nun ABV I durch einen neuen ABV (ABV II) abgelöst. [Aus der vertraglichen Regelung ergibt sich, dass die beiden Transaktionen miteinander verknüpft sind.]

10. [...].

<sup>1</sup> Meldung vom 26. Juni 2012; nachfolgend: Meldung.

### A.1.2.2 Transaktion TIO

11. Zum anderen soll die Kontrolle über TIO von einer alleinigen (durch GS) zu einer gemeinsamen (durch GS und Tamedia) geändert werden.

12. RP hält heute die Mehrheit [...] der TIO-Aktien und verfügt damit auch über die alleinige Kontrolle. Die übrigen Aktionäre Publicitas S.A. [...], Centro Stampa Ticino SA [...] und Nuova Società Editrice del Giornale del Popolo SA [...] verfügen über keine Kontrollrechte.

13. Es ist vorgesehen, dass RP [einen Teil] der Beteiligung an TIO [...] auf die 20 Minuten AG überträgt, [...].

14. Zudem sollen über die gemeinsame Mehrheit in der Generalversammlung für TIO neue Statuten, auf welche sich RP und die 20 Minuten AG geeinigt haben, in Kraft gesetzt werden.

15. RP und die 20 Minuten AG beabsichtigen weiter, einen Aktionärsbindungsvertrag (nachfolgend: ABV III) abzuschliessen. [...].

## A.2 Das Verfahren

16. Am 15. Mai 2012 ging beim Sekretariat ein Meldungsentwurf zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben ein. Mit Schreiben vom 31. Mai 2012 nahm das Sekretariat zum Meldungsentwurf Stellung.

17. Mit Schreiben vom 26. Juni 2012, eingegangen am 27. Juni 2012, reichten Tamedia und GS die Meldung gemäss Art. 9 Abs. 1 KG<sup>2</sup> in Verbindung mit Art. 9 Abs. 1 Bst. b VKU<sup>3</sup> ein. Es wird beantragt, das Zusammenschlussvorhaben als unbedenklich zu beurteilen und auf ein Prüfungsverfahren gemäss Art. 33 KG zu verzichten.

18. Mit Schreiben vom 29. Juni 2012 bestätigte das Sekretariat den Eingang und die Vollständigkeit der Meldung.

19. 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 28. Juni 2012, und endet am 30. Juli 2012.

## B Erwägungen

### B.1 Geltungsbereich

20. 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

21. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> 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 der Kon-

zern als eine einzige «wirtschaftliche Unternehmenseinheit» zu betrachten, womit wohl gemeint ist, dass der Konzern als Ganzes den Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG erfüllt.<sup>4</sup>

23. Demzufolge liegen bei Tamedia Konzernstrukturen vor, welche als Ganzes den Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG erfüllen. Auch wenn GS als natürliche Person den obligationenrechtlichen Konzernbegriff nicht erfüllt<sup>5</sup>, sind die bei GS vorliegenden Beteiligungsstrukturen in analoger Weise insofern als wirtschaftliche Einheit zu qualifizieren, als den von GS kontrollierten Gesellschaften die wirtschaftliche Selbständigkeit fehlt. Diese stellt nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auch nach der Einführung des revidierten Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG eine konstitutive Voraussetzung des Unternehmensbegriffs dar.<sup>6</sup> Nachfolgend wird daher grundsätzlich unter Tamedia und GS jeweils der Konzern bzw. die wirtschaftliche Einheit verstanden.

### B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

24. Neben der Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängigen Unternehmen gilt als Unternehmenszusammenschluss auch jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG).

25. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG hat damit grundsätzlich immer eine Änderung von Kontrollverhältnissen an einem oder mehreren Unternehmen (Zielunternehmen) zum Gegenstand. Liegen mehrere Zielunternehmen vor, so ist zu prüfen, ob die verschiedenen Kontrolländerungen zusammen als ein einziger (meldepflichtiger) Vorgang zu qualifizieren sind.<sup>7</sup>

#### B.1.2.1 Erlangung der Kontrolle

26. 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).

27. Als Mittel der Kontrolle kommen gemäss Art. 1 Bst. a und b VKU insbesondere in Frage: Eigentums- oder Nutzungsrechte an der Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des zu kontrollierenden Unternehmens sowie Rechte oder Verträge, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des zu kontrollierenden Unternehmens gewähren.

<sup>2</sup> Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

<sup>3</sup> Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4)

<sup>4</sup> Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2 336 E. 4.1, *Publigroupe/WEKO*.

<sup>5</sup> Vgl. Art. 663e Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (Obligationenrecht, OR; SR 220).

<sup>6</sup> Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2 336 E. 4.1, *Publigroupe/WEKO*.

<sup>7</sup> Vgl. RPW 2011/4, 670 Rz 34, *Fluxys/Swissgas/Transitgas*.

28. Gemäss Meldung erlangen zum einen die 20 Minuten AG und desminüt die gemeinsame Kontrolle an 20 minuti SA, zum anderen die 20 Minuten AG und RP die gemeinsame Kontrolle an TIO. Die 20 Minuten AG gehört zur Tamedia-Gruppe und wird von Tamedia alleine kontrolliert. desminüt und RP werden beide von GS kontrolliert. Demzufolge ist vorliegend bei beiden Transaktionen von einem Kontrollerwerb durch Tamedia und GS auszugehen.

### B.1.2.2 Gemeinsame Kontrolle

29. Die Kontrollverhältnisse ändern sich vorliegend insofern, als die 20 Minuti SA bzw. TIO nicht mehr alleine durch Tamedia bzw. GS allein sondern beide Unternehmen gemeinsam durch Tamedia und GS kontrolliert werden sollen.

30. Gemeinsame Kontrolle besteht, wenn zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Möglichkeit haben, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens auszuüben. Gemeinsame Kontrolle liegt somit vor, wenn die kontrollierenden Unternehmen strategische geschäftspolitische Entscheidungen, d.h. Entscheidungen über Budget, Geschäftsplan, grössere Investitionen und die Besetzung der Unternehmensleitung gemeinsam treffen, wobei nicht unbedingt eine einstimmige Beschlussfassung für alle diese Rechte gleichzeitig bestehen muss. Die Praxis der Wettbewerbskommission nimmt dabei Bezug auf die entsprechende Praxis der EU-Kommission.<sup>8</sup> Eine gemeinsame Kontrolle liegt insofern dann vor, wenn die Muttergesellschaften bei allen wichtigen Entscheidungen, die das Gemeinschaftsunternehmen betreffen, Übereinstimmung erzielen müssen.<sup>9</sup>

31. Auch zwei oder mehr Unternehmen, die je eine Minderheitsbeteiligung an einem anderen Unternehmen erwerben, können die gemeinsame Kontrolle erlangen. Dies ist dann der Fall, wenn die Minderheitsbeteiligungen zusammen die Grundlage für eine Kontrolle über das Zielunternehmen bilden. Dies bedeutet, dass die Minderheitsgesellschafter zusammen eine Stimmenmehrheit haben und bei der Ausübung der Stimmrechte gemeinsam handeln. Dies kann das Ergebnis einer rechtsverbindlichen Vereinbarung sein oder sich faktisch aus den Verhältnissen ergeben.<sup>10</sup>

32. Betreffend die 20 minuti SA ergibt sich die (auf den bestehenden Aktienanteilen von [...] basierende) Kontrolländerung bzw. die gemeinsame Kontrolle durch Tamedia (über 20 Minuten AG) und die GS-Gruppe (über desminüt) gemäss Meldung aus einer Ablösung des Aktionärsbindungsvertrags zwischen der 20 Minuten AG (Tamedia) und desminüt (GS): [...]

33. Betreffend TIO ergibt sich die Kontrolländerung bzw. die gemeinsame Kontrolle neben der Übertragung [eines Teils der Beteiligung] von RP an TIO [...] auf die 20 Minuten AG gemäss Meldung aus dem Aktionärsbindungsvertrag (ABV III), welchen RP und die 20 Minuten AG schliessen werden: [...]

34. Der Entwurf zum ABV III sieht vor, dass der Verwaltungsrat von TIO paritätisch mit [...] Vertretern von RP und der 20 Minuten AG besetzt wird. [...]

35. Aus diesen Ausführungen ergibt sich, dass bei einer entsprechenden Umsetzung des Zusammenschlussvorhabens sämtliche strategischen und geschäftspolitischen Entscheidungen nur durch Kooperation von Tamedia und GS werden erfolgen können. Demgemäss werden Tamedia (durch die 20 Minuten AG) und GS (durch desminüt bzw. RP) die 20 minuti SA und TIO gemeinsam kontrollieren.

### B.1.2.3 Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen

36. Ein Vorgang, durch den zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen erlangen, das sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, stellt einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (Art. 2 Abs. 1 VKU).

37. Gemäss Praxis der Wettbewerbskommission liegt der Vollfunktionscharakter eines Gemeinschaftsunternehmens im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU unter folgenden Voraussetzungen vor:<sup>11</sup>

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

38. Aufgrund der Angaben in der Meldung ist davon auszugehen, dass 20 minuti SA und TIO diese Voraussetzungen ohne Weiteres erfüllen und Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen sind.

### B.1.2.4 Zusammenhängender Unternehmenszusammenschluss

39. Das gemeldete Vorhaben (vgl. Ziff. A.1.2) führt zu einer Änderung der Kontrollverhältnisse bei 20 minuti SA und TIO. Es liegen folglich zwei Zielunternehmen vor.

<sup>8</sup> Vgl. zum Ganzen RPW 2012/1, 148 Rz 32, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*.

<sup>9</sup> Vgl. Berichtigung der Konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss Verordnung (VO) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (EU-Mitteilung), ABI C 43/10 vom 21.2.2009, Rz 63.

<sup>10</sup> Vgl. EU-Mitteilung, Rz 74.

<sup>11</sup> Vgl. RPW 2011/4, 671 Rz 48, *Fluxys/Swissgas/Transitgas*.



40. Gemäss Praxis der WEKO kann ein Zusammenschluss, welcher aus mehreren Transaktionen besteht, unter bestimmten Voraussetzungen als ein einheitlicher wirtschaftlicher Vorgang betrachtet werden. Massgeblich ist, ob die verschiedenen Transaktionen eine wirtschaftliche Einheit darstellen.<sup>12</sup>

41. Nach der Praxis der EU-Kommission sind zwei oder mehr Transaktionen als ein einziger Zusammenschluss anzusehen, wenn sie einheitlichen Charakter haben. 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. 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. 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.<sup>13</sup>

42. In der Meldung wird sinngemäss geltend gemacht, dass es sich bei den Transaktionen um einen zusammenhängenden Unternehmenszusammenschluss handle, welcher in einer Meldung zusammengefasst werden könne. Die beiden Transaktionen seien miteinander vertraglich verknüpft, voneinander abhängig und bedingten sich gegenseitig. Die Transaktion 20 minuti SA finde nur statt, wenn auch die Transaktion TIO erfolge. Die Transaktionen würden sich nicht nur rechtlich, sondern auch wirtschaftlich bedingen. Tamedia und GS würden

diese beiden Transaktionen wirtschaftlich als Einheit betrachten. Ohne die Eine fände die Andere nicht statt.

43. Die konkreten Ausführungen in der Meldung zu den beiden Transaktionen verdeutlichen, dass beide Transaktionen vertraglich verknüpft sind und sich gegenseitig bedingen. Aufgrund der Angaben der Parteien ist vorliegend von einem zusammenhängenden Unternehmenszusammenschluss auszugehen, welcher im Sinne der genannten Praxis eine wirtschaftliche Einheit darstellt. Er kann in einer Meldung zusammengefasst und in einem Verfahren geprüft werden.

#### B.1.2.5 Beteiligte Unternehmen

44. Bei der Erlangung der Kontrolle gelten sowohl die kontrollierenden als auch die kontrollierten Unternehmen als beteiligte Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU).

45. Als beteiligte Unternehmen sind damit Tamedia, GS, 20 minuti SA und TIO zu bezeichnen.

#### B.2 Vorbehaltene Vorschriften

46. 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

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

	Tamedia	GS	20 minuti SA	TIO	insgesamt
Schweiz	1'105	[...]	[...]	[...]	1'139
Weltweit	1'105	[...]	[...]	[...]	1'139

Tabelle 1: Umsatz der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2011 (in Mio. CHF)

48. Wie aus der Tabelle hervorgeht, sind 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.

<sup>12</sup> Vgl. RPW 2004/2, 533 Rz 33, *Berner Zeitung AG/20 Minuten (Schweiz) AG*.

<sup>13</sup> Vgl. EU-Mitteilung, Rz 38 ff.

49. 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.<sup>14</sup> Seit dem Erwerb der Aktienmehrheit an PPSR und der damit verbundenen Übernahme des schweizerischen Geschäfts der Edipresse-Gruppe durch Tamedia<sup>15</sup> entfaltet die rechtskräftige Feststellung der Marktbeherrschung auf den oben genannten Märkten auch Wirkung auf die ganze Tamedia-Gruppe.

50. Praxisgemäss ist davon auszugehen, dass der Zusammenschluss Märkte betrifft, die dem Markt für überregionale Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz und dem Markt für regionale Tageszeitungen der Region Genf und Lausanne benachbart sind. Damit sind die Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 4 KG erfüllt und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben erweist sich als meldepflichtig.

#### **B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung**

51. 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).

52. 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**

53. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszweckes als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

54. Die Wettbewerbskommission hat im Medienbereich bis anhin eine Vielzahl von relevanten Märkten abgegrenzt.<sup>16</sup>

55. Gemäss Meldung<sup>17</sup> sind die beteiligten Unternehmen in folgenden Nutzermärkten tätig:

- Lesermarkt für italienischsprachige Tageszeitungen
- Lesermarkt für Pendlerzeitungen
- Markt für Nutzer von News-Sites
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-)Rubrikanzeigen
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-)Ankündigungsanzeigen

56. Werbeseitig handelt es sich gemäss Meldung um folgende Märkte:

- Markt für nationale Print-Firmenwerbung
- Markt für lokale/regionale Print-Firmenwerbung
- Markt für nationale Print-Firmenwerbung in Pendlerzeitungen
- Markt für lokale/regionale Print-Firmenwerbung in Pendlerzeitungen
- Markt für Inserenten in nationalen (Print-/Online-)Rubrikanzeigen
- Markt für Inserenten in lokalen/regionalen (Print-/Online-)Rubrikanzeigen
- Markt für (Print-/Online-)Ankündigungsanzeigen
- Markt für Online-Firmenwerbung, welcher nach der in der Meldung vertretenen Ansicht nicht weiter in die Teilmärkte für Bannerwerbung, Suchmaschinenwerbung und Netzwerkwerbung zu unterteilen sei.

57. Weiter sind gemäss Meldung folgende Märkte sachlich relevant:

- Markt für Zeitungsdruck
- Markt für Pressebilder
- Markt für den Vertrieb von Tickets

58. Der in der Meldung vorgenommenen sachlichen Marktabgrenzung kann vorbehaltlich der nachfolgenden Ausführungen gefolgt werden, zumal sie bis auf den Markt für Online-Firmenwerbung grundsätzlich der aktuellen Praxis der Wettbewerbskommission entspricht:

59. Im Bereich der Lesermärkte grenzte die Wettbewerbskommission u.a. einen sachlichen Lesermarkt für Tageszeitungen ohne explizite Beschränkung auf eine bestimmte Sprache ab.<sup>18</sup> Ob sich vorliegend im Sinne der Meldung eine Einschränkung des sachlichen Lesermarkts für Tageszeitungen auf *italienischsprachige* Tageszeitungen rechtfertigt, kann offen bleiben, da sich das Sekretariat im Rahmen der Beurteilung des Meldungsentwurfs vom 11. Mai 2012 gestützt auf Art. 12 VKU mangels Relevanz von deutschsprachigen Titeln für die Prüfung des vorliegenden Falles damit einverstanden erklärt hat, dass sich die Darstellung der Märkte auf italienischsprachige Titel beschränken kann.

<sup>14</sup> Vgl. RPW 1998/1, 61 Rz 96, *Le Temps*.

<sup>15</sup> Vgl. RPW 2009/3, 245 ff., *Tamedia/PPSR*.

<sup>16</sup> Vgl. RPW 2009/3, 254 ff. Rz 72 ff., *Tamedia/PPSR*.

<sup>17</sup> Das Sekretariat hat sich im Rahmen der Beurteilung des Meldungsentwurfs vom 11. Mai 2012 gestützt auf Art. 12 VKU damit einverstanden erklärt, dass sich die Angaben hinsichtlich der Märkte, in denen Tamedia und/oder GS tätig sind, auf Angaben zu jenen Märkten für die italienischsprachige Schweiz beschränken dürfen, welche benachbart, vor- oder nachgelagert sind zu den Märkten, in welchen 20 minuti SA und/oder TIO tätig sind.

<sup>18</sup> Vgl. RPW 2009/3, 254 Rz 77, *Tamedia/PPSR*.

60. Die REKO/WEF hat im Bereich Lesermärkte einen sachlich relevanten Markt für Pendlerzeitungen abgegrenzt.<sup>19</sup> Die Wettbewerbskommission hat jedoch in der Stellungnahme zum Zusammenschlussvorhaben Tamedia/PPSR darauf hingewiesen, dass die Entwicklungen im Printbereich, die zu dieser Zeit zu beobachten waren, die Frage aufwerfen würden, ob künftig noch an einer derart engen Marktabgrenzung festzuhalten sei oder ob Pendlerzeitungen nicht als Substitut für abonnierte Tageszeitungen zu betrachten seien.<sup>20</sup> Weiter wird angeführt, dass fraglich sei, ob in künftigen Verfahren an der engen sachlichen Marktabgrenzung, wonach eigene sachlich relevante Märkte für nationale sowie lokale/regionale Print-Firmenwerbung in Pendlerzeitungen abgegrenzt wurden, festgehalten werden könne oder ob der Markt für Print-Firmenwerbung in Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen sowie der Markt für Print-Firmenwerbung in Pendlerzeitungen in sachlicher Hinsicht nicht als ein Markt anzusehen sei, da eine gewisse Wechselwirkung zwischen den Werbe- und Lesermärkten vorliege und diese daher nicht völlig losgelöst voneinander zu beurteilen seien.<sup>21</sup>

Für das vorliegend zu beurteilende Zusammenschlussvorhaben scheint es gerechtfertigt, dass an der bisherigen Marktabgrenzung festgehalten wird und somit im Sinne der Darstellung in der Meldung ein eigener sachlich relevanter Lesermarkt für Pendlerzeitungen und eigene sachlich relevante Werbemärkte für nationale sowie für lokale/regionale Print-Firmenwerbung in Pendlerzeitungen abgegrenzt werden.

61. Leicht abweichend von der Terminologie der Wettbewerbskommission<sup>22</sup> schränkt die Meldung den Markt für nationale Print-Firmenwerbung nicht ausdrücklich auf Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen ein. Ähnlich fehlt in der Meldung betreffend den Markt für lokale/regionale Print-Firmenwerbung der Hinweis, dass sich dieser Markt praxismässig<sup>23</sup> auf Lokalzeitungen und (Gratis-)Anzeiger bezieht. Schliesslich handelt es sich gemäss der Praxis der Wettbewerbskommission<sup>24</sup> beim Markt für (Print-/Online) Ankündigungsanzeigen um den Markt für *Inserenten* in (Print-/Online) Ankündigungsanzeigen. Diese geringfügigen terminologischen Abweichungen scheinen vorliegend nicht von Bedeutung.

62. Nach Praxis der Wettbewerbskommission ist im Bereich der Online-Werbung zwischen statischen Werbeformen (insbesondere Bannerwerbung) und dynamischen Werbeformen (insbesondere Suchmaschinen- und Netzwerkwerbung) zu unterscheiden. Zudem unterscheidet die Praxis der Wettbewerbskommission im Bereich der Online-Firmenwerbung zwischen der Vermittlung und der Bereitstellung von Werbeflächen.<sup>25</sup> Gemäss Meldung ist weder die 20 minuti SA noch TIO im Markt für die Vermittlung von Werbefläche tätig. Netzwerkwerbung könne seit wenigen Wochen und in geringem Umfang bei TIO gebucht werden, im 2011 hätte TIO aber noch keine Umsätze erzielt. Nachfolgend wird somit nur der sachlich relevante Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen weiter analysiert.

63. Im Bereich Pressebilder haben die Wettbewerbsbehörden noch keinen Markt abgegrenzt. Die genaue Marktabgrenzung kann aber – wie unter Rz 76 aufge-

zeigt wird – für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens offen gelassen werden.

64. Betreffend den Vertrieb von Tickets hat die Wettbewerbskommission in der Untersuchung *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*<sup>26</sup> einen Markt für Ticketvertrieb abgegrenzt. Nachfrager auf diesem Markt sind Veranstalter, welche Vertriebsdienstleistungen bzw. Ticketvertriebssysteme für den Eigenvertrieb nachfragen. Ob für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben – wie in der Meldung geltend gemacht – von einem separaten Absatzmarkt (Besucher von Veranstaltungen als Nachfrager von Tickets) auszugehen wäre, kann – wie unter Rz 77 aufgezeigt wird – jedoch offen bleiben.

#### B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte

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

66. In der Meldung werden die Nutzermärkte räumlich wie folgt abgegrenzt:

- Lesermarkt für (italienischsprachige) Tageszeitungen in der italienischsprachigen Schweiz
- Lesermarkt für Pendlerzeitungen im Grossraum Tessin
- Markt für Nutzer von News-Sites in der italienischsprachigen Schweiz
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-)Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-)Ankündigungsanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz

67. Werbeseitig werden in der Meldung folgende räumliche Marktabgrenzungen vorgenommen:

- Markt für nationale Print-Firmenwerbung in Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen in der italienischsprachigen Schweiz
- Markt für lokale/regionale Print-Firmenwerbung in Lokalzeitungen sowie (Gratis-)Anzeigern im Grossraum Tessin
- Markt für nationale Print-Firmenwerbung in Pendlerzeitungen in der italienischsprachigen Schweiz
- Markt für lokale/regionale Print-Firmenwerbung in Pendlerzeitungen im Grossraum Tessin
- Markt für Inserenten in nationalen (Print-/Online-)Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz

<sup>19</sup> Entscheid REKO/WEF, RPW 2006/2, 370 ff. E 7.2, *Tamedia/BZ/20 Minuten/WEKO*.

<sup>20</sup> Vgl. RPW 2009/3, 254 Rz 78, *Tamedia/PPSR*.

<sup>21</sup> Vgl. RPW 2009/3, 266 Rz 164, *Tamedia/PPSR*.

<sup>22</sup> Vgl. RPW 2009/3, 265 Rz 163, *Tamedia/PPSR*.

<sup>23</sup> Vgl. RPW 2009/3, 265 Rz 163, *Tamedia/PPSR*.

<sup>24</sup> Vgl. RPW 2009/3, 264 Rz 143, *Tamedia/PPSR*.

<sup>25</sup> Vgl. RPW 2012/1, 142 Rz 45, *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*.

<sup>26</sup> Vgl. Vgl. RPW 2012/1, 105 Rz 174, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

- Markt für Inserenten in lokalen/regionalen (Print-/Online-)Rubrikanzeigen im Grossraum Tessin
- Markt für (Print-/Online-)Ankündigungsanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz
- Markt für Online-Firmenwerbung in der italienischsprachigen Schweiz

68. Im Übrigen werden in der Meldung folgende räumliche Marktabgrenzungen vorgenommen:

- Markt für Zeitungsdruck in der italienischsprachigen Schweiz
- Markt für Pressebilder in der Schweiz
- Markt für den Vertrieb von Tickets (offen gelassen)

69. Der in der Meldung vorgenommenen räumlichen Marktabgrenzung kann grundsätzlich gefolgt werden.

70. Der Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen wurde in den Entscheiden *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN* und *Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet*<sup>27</sup> sprachregional abgegrenzt. Es rechtfertigt sich auch für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben – wie in der Meldung geltend gemacht – von der italienischsprachigen Schweiz als räumlich relevanten Markt auszugehen.

71. Im Bereich Pressebilder haben die Wettbewerbsbehörden – wie unter Rz 63 erwähnt – noch keinen Markt abgegrenzt. Die Parteien gehen von einem nationalen Markt aus. Die genaue örtliche Marktabgrenzung im Bereich Pressebilder kann aber – wie unter Rz 76 aufgezeigt wird – für den vorliegenden Fall offen gelassen werden.

72. Betreffend den Markt für Ticketvertrieb wurde die örtliche Marktabgrenzung in der Meldung offen gelassen. Wie im Entscheid *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*<sup>28</sup> rechtfertigt es sich auch für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben von einem nationalen Markt auszugehen. Die genaue örtliche Marktabgrenzung kann aber – wie unter Rz 77 aufgezeigt wird – offen gelassen werden.

#### **B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten**

73. 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.

74. Im Rahmen der vorliegenden Prüfung wurden die Marktanteile in den einzelnen Märkten von den Zusammenschlussparteien wie folgt angegeben:

<sup>27</sup> Vgl. RPW 2012/1, 155 Rz 113, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN; Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet*, Rz. 48, zu publizieren in RPW.

<sup>28</sup> Vgl. RPW 2012/1, 103 Rz 158 ff., *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

Markt	Marktanteile im Jahr 2011			
	Tamedia	GS	20 minuti SA	TIO
Lesermarkt für (italienischsprachige) Tageszeitungen in der italienischsprachigen Schweiz	-	[30-40 %]	-	-
Lesermarkt für Pendlerzeitungen im Grossraum Tessin	-	-	[50-60 %]	-
Markt für Nutzer von News-Sites in der italienischsprachigen Schweiz	[0-10 %]	[0-10 %]	-	[10-20 %]
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	-
Markt für nationale Print-Firmenwerbung in Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen in der italienischsprachigen Schweiz	-	[10-20 %]	-	-
Markt für lokale/regionale Print-Firmenwerbung in Lokalzeitungen und (Gratis-)Anzeigern in der italienischsprachigen Schweiz	-	[10-20 %]	-	-
Markt für nationale Print-Firmenwerbung in Pendlerzeitungen in der italienischsprachigen Schweiz	-	-	[90-100 %]	-
Markt für lokale/regionale Print-Firmenwerbung in Pendlerzeitungen im Grossraum Tessin	-	-	[50-60 %]	-
Markt für Inserenten in nationalen (Print-/Online-)Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz	[0-10 %]	-	-	-
Markt für Inserenten in lokalen/regionalen (Print-/Online-)Rubrikanzeigen im Grossraum Tessin	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	-
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der italienischsprachigen Schweiz	[0-10 %]	[0-10 %]	-	[30-40 %]
Markt für Zeitungsdruck in der italienischsprachigen Schweiz	-	[20-30 %]	-	-
Markt für Pressebilder in der Schweiz	-	[0-10 %]	-	-
Markt für Ticketvertrieb in der Schweiz	gering	-	-	gering

Tabelle 2: Marktanteile von den beteiligten Unternehmen in den relevanten Märkten

75. Wie aus Tabelle 2 hervorgeht, liegen vorliegend folgende betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor:

- Lesermarkt für (italienischsprachige) Tageszeitungen in der italienischsprachigen Schweiz

- Lesermarkt für Pendlerzeitungen im Grossraum Tessin
- Markt für Nutzer von News-Sites in der italienischsprachigen Schweiz
- Markt für nationale Print-Firmenwerbung in Pendlerzeitungen in der italienischsprachigen Schweiz
- Markt für lokale/regionale Print-Firmenwerbung in Pendlerzeitungen im Grossraum Tessin
- Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der italienischsprachigen Schweiz

76. Im Bereich Pressebilder ist lediglich GS (über RP bzw. TI-Press SA) tätig, wobei der Markt gemäss Meldung von der schweizweit tätigen Keystone AG (mit Aussenstelle in Lugano) dominiert wird. Mangels Überlappungen mit den Tätigkeiten der übrigen beteiligten Unternehmen hat das Zusammenschlussvorhaben keine

Auswirkungen auf den Markt. Eine genaue Marktabgrenzung kann deshalb offen gelassen werden.

77. Betreffend den Vertrieb von Tickets ist anzumerken, dass gemäss Angaben in der Meldung Tamedia und TIO nur in geringem Umfang auf dem (von TicketCorner dominierten) Markt tätig sind. Durch das Zusammenschlussvorhaben dürfte es daher kaum zu spürbaren Veränderungen des Wettbewerbsumfelds kommen. Die genaue Marktabgrenzung kann somit ebenfalls offen gelassen werden (vgl. auch die Ausführungen zur sachlichen Marktabgrenzung unter Rz 64).

#### B.4.2.1 Lesermarkt für (italienischsprachige) Tageszeitungen in der italienischsprachigen Schweiz

78. Gemäss Meldung präsentieren sich die Marktanteile von GS und der einzigen Konkurrentin Società editrice del Corriere del Ticino SA, wie folgt:

		Gesamtmarkt	Beteiligte Unternehmen		Wettbewerber		
			Tamedia	GS	Società editrice del Corriere del Ticino SA	-	-
2011	Tsd Nutzer	289	0	[...]	[...]	-	-
	MA (%)	100%	0%	[30-40 %]	[60-70 %]	-	-
2010	Tsd Nutzer	279	0	[...]	[...]	-	-
	MA (%)	100%	0%	[30-40 %]	[60-70 %]	-	-
2009	Tsd Nutzer	288	0	[...]	[...]	-	-
	MA (%)	100%	0%	[30-40 %]	[60-70%]	-	-

Tabelle 3: Marktanteile Lesermarkt für (italienischsprachige) Tageszeitungen in der italienischsprachigen Schweiz

79. Der Gesamtmarkt besteht aus den drei italienischsprachigen Tageszeitungen «La Regione Ticino», welche von GS herausgegeben wird, sowie «Corriere del Ticino» und «Giornale del Popolo», welche gemäss den Angaben in der Meldung beide von der Società Editrice del Corriere del Ticino SA herausgegeben werden.

80. GS verfügt mit «La Regione Ticino» gemäss in der MACH Basic 2011-2 ausgewiesenen Leserzahlen über einen Marktanteil von [30-40 %]. Die Kontrolländerung an der 20 minuti SA führt zu keinen Marktanteilsadditionen. Tamedia, 20 minuti SA und TIO sind im Markt nicht tätig. Der «Corriere del Ticino» und das «Giornale del Popolo» verfügen über einen Marktanteil von [40-50 %] und [10-20 %]. Das Zusammenschlussvorhaben ändert

im Lesermarkt für (italienischsprachige) Tageszeitungen in der italienischsprachigen Schweiz nichts an der Marktstruktur und den Wettbewerbsverhältnissen.

81. Daher bestehen keine Anhaltspunkte, dass durch das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt würde.

#### B.4.2.2 Lesermarkt für Pendlerzeitungen im Grossraum Tessin

82. Gemäss Meldung präsentieren sich die Marktanteile von 20 minuti SA und ihrer Konkurrentin Meutel 2000 SA, welche bis vor kurzem die Pendlerzeitung «10 minuti» herausgab, wie folgt:

		Gesamtmarkt	Beteiligte Unternehmen			Wettbewerber		
			Tamedia	GS	20 minuti SA	Meutel 2000 SA	-	-
2011	Tsd Leser	165	0	0	[...]	[...]	0	0
	MA (%)	100%	0%	0%	[50-60 %]	[40-50 %]	0%	0%

Tabelle 4: Marktanteile im Markt für Pendlerzeitungen im Grossraum Tessin

83. Gemäss Angaben in der Meldung sind im September 2011 zwei Gratiszeitungen auf dem Markt für Pendlerzeitungen im Grossraum Tessin erschienen: «20 minuti», welche von 20 minuti SA herausgegeben wird, und «10 minuti», welche von Meutel 2000 SA herausgegeben wurde, jedoch per 13. Juni 2012 wieder eingestellt wurde. Somit existiert nur noch die Pendlerzeitung «20 minuti» bzw. deren Herausgeberin 20 minuti SA auf dem Markt.

84. Wie die Entwicklung der Marktverhältnisse in der Deutsch- und Westschweiz gezeigt hat und nun auch durch die Einstellung von «10 minuti» im Tessin bestätigt wird, handelt es sich bei den Pendlerzeitungsmärkten um kleine und umkämpfte Märkte, die rasch gesättigt sind. Mit Blick auf die Vormachtstellung von «20 Minuten» als gesamtschweizerische Zeitung, die in allen drei Amtssprachen erscheint, und den damit verbundenen Wettbewerbsvorteilen ist kaum davon auszugehen, dass die Meutel SA «10 minuti» wieder lancieren wird. Auch bestehen keine Hinweise dafür, dass in absehbarer Zeit neue Konkurrenten erfolgreich in den Markt eintreten werden.

85. Jedoch führt die Kontrolländerung an der 20 minuti SA zu keinen Marktanteilsadditionen. Tamedia und GS sind (ohne 20 minuti SA) im Markt nicht tätig. Dass «10 minuti» aus dem Markt geschieden und Tamedia mit «20 minuti» wohl marktbeherrschend ist, ist weder auf die Kontrolländerung an der 20 minuti SA noch auf jene an TIO zurück zu führen. Unabhängig vom vorliegenden Zusammenschlussvorhaben herrscht auf dem Lesermarkt für Pendlerzeitungen im Grossraum Tessin bereits heute kein Wettbewerb. Das Zusammenschlussvorhaben ändert somit gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts<sup>29</sup> nichts an den effektiven Wettbewerbsverhältnissen.

86. Daher bestehen keine Anhaltspunkte, dass durch das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt würde.

#### B.4.2.3 Markt für Nutzer von News-Sites in der italienischsprachigen Schweiz

87. Gemäss Meldung präsentieren sich die Marktanteile von Tamedia, GS und TIO sowie ihrer drei grössten aktuellen Konkurrenten wie folgt:

<sup>29</sup> Vgl. Urteil des BGer, RPW 2007/2, 335 ff. E. 6.2 ff., Wettbewerbskommission/Berner Zeitung AG, Tamedia AG, Rekurskommission für Wettbewerbsfragen.

		Gesamtmarkt	Beteiligte Unternehmen			Wettbewerber		
			Tamedia	GS	TIO	SRG	Swisscom	Timedia Web SA
2011	Tsd Nutzer	521	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100%	[0-10 %]	[0-10 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[10-20 %]
2010	Tsd Nutzer	492	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100%	[0-10 %]	[0-10 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[10-20 %]
2009	Tsd Nutzer	369	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100%	[0-10 %]	[0-10 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[10-20 %]

Tabelle 5: Marktanteile im Markt für Nutzer von News-Sites in der italienischsprachigen Schweiz

88. Auf dem Markt für Nutzer von News-Sites in der italienischsprachigen Schweiz verfügt Tamedia über einen Marktanteil von [0-10 %]. GS hat einen Marktanteil von [0-10 %] und TIO einen solchen von [10-20 %]. Das Zusammenschlussvorhaben führt somit zu Marktanteilsadditionen bzw. kumulierten Marktanteilen von [20-30 %]. Mit der SRG, Swisscom, Timedia Web SA, welche jeweils über einen Marktanteil zwischen [10-20 %] verfügen, sind wichtige Wettbewerber vorhanden. Wie allgemein die Märkte im Online-Bereich zeichnet sich auch der Markt für Nutzer von News-Sites durch einen ständigen technologischen Wandel aus, der in der Regel auch eine dynamische Entwicklung der Marktanteile nach sich zieht.

89. Daher bestehen keine Anhaltspunkte, dass durch das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt würde.

#### B.4.2.4 Markt für nationale Print-Firmenwerbung in Pendlerzeitungen in der italienischsprachigen Schweiz

90. Gemäss Meldung präsentieren sich die Marktanteile von 20 minuti SA und ihrer Konkurrentin Meutel 2000 SA, welche bis vor kurzem die Pendlerzeitung «10 minuti» herausgab, wie folgt:

		Gesamtmarkt	Beteiligte Unternehmen			Wettbewerber		
			Tamedia	GS	20 minuti SA	Meutel 2000 SA	-	-
2011	Tsd CHF	3'926	0	0	[...]	[...]	0	0
	MA (%)	100%	0%	0%	[90-100 %]	[0-10 %]	0%	0%

Tabelle 6: Marktanteile im Markt für nationale Print-Firmenwerbung in Pendlerzeitungen in der italienischsprachigen Schweiz

91. Für die Analyse kann auf die Ausführungen in Rz 83 ff. verwiesen werden, die analog anwendbar sind. Es bestehen daher keine Anhaltspunkte, dass durch das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt würde.

#### B.4.2.5 Markt für lokale/regionale Print-Firmenwerbung in Pendlerzeitungen im Grossraum Tessin

92. Gemäss Meldung präsentieren sich die Marktanteile von 20 minuti SA und ihrer Konkurrentin Meutel 2000 SA, welche die Pendlerzeitung «10 minuti» herausgibt, wie folgt:



		Gesamtmarkt	Beteiligte Unternehmen			Wettbewerber		
			Tamedia	GS	20 Minuti SA	Meutel 2000 SA	-	-
2011	Tsd CHF	649	0	0	[...]	[...]	0	0
	MA (%)	100%	0%	0%	[50-60 %]	[40-50 %]	0%	0%

Tabelle 7: Marktanteile im Markt für lokale/regionale Print-Firmenwerbung in Pendlerzeitungen im Grossraum Tessin

93. Für die Analyse kann auf die Ausführungen in Rz 83 ff. verwiesen werden, die analog anwendbar sind. Es bestehen daher keine Anhaltspunkte, dass durch das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt würde.

#### B.4.2.6 Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der italienischsprachigen Schweiz

94. Gemäss Meldung präsentieren sich die Marktanteile der beteiligten Unternehmen und ihrer drei grössten aktuellen Konkurrenten wie folgt:

		Gesamtmarkt	Beteiligte Unternehmen			Wettbewerber		
			Tamedia	GS	TIO	Swisscom	Timedia Web SA	Corriere del Ticino
2011	Tsd CHF	7'069	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100%	[0-10 %]	[0-10 %]	[30-40 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[10-20 %]
2010	Tsd CHF	6'403	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100%	[0-10 %]	[0-10 %]	[40-50 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[0-10 %]
2009	Tsd CHF	5'459	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	MA (%)	100%	[0-10 %]	[0-10 %]	[40-50 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[0-10 %]

Tabelle 8: Marktanteile im Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der italienischsprachigen Schweiz

95. Auf dem Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der italienischsprachigen Schweiz verfügt Tamedia über einen Marktanteil von [0-10 %] und TIO über einen Marktanteil von [30-40 %]. GS erzielt diesbezüglich nur einen kleinen Umsatz, so dass der Marktanteil [bei 0-10 % liegt]. Aus dem Zusammenschlussvorhaben resultieren somit kumulierte Marktanteile von [40-50 %]. Die wichtigsten Konkurrenten (Swisscom, Timedia Web SA, Corriere del Ticino) verfügen jeweils über einen Marktanteil zwischen [10-20 %]. Insbesondere mit Timedia Web SA (www.ticinonews.ch) ist eine relativ starke Wettbewerberin vorhanden. Timedia Web SA gehört zur Timedia-Gruppe, welche im Tessin über diverse Angebote im Bereich Print, Radio, TV und Online verfügt. Wie allgemein die Märkte im Online-Bereich zeichnet sich auch der vorliegende Markt durch einen ständigen technologi-

schen Wandel aus, der in der Regel auch eine dynamische Entwicklung der Marktanteile nach sich zieht.

96. Daher bestehen keine Anhaltspunkte, dass durch das Zusammenschlussvorhaben auf dem Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der italienischsprachigen Schweiz eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt würde.

#### B.4.3 Ergebnis

97. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den vorgenannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Die Voraussetzungen für die Einleitung eines Prüfungsverfahrens nach Art. 33 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3	<b>3. GIM/Fluxys/Swissgas/FluxSwiss/Transitgas</b>
-------	--

*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. April 2012*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 26. April 2012*

## **A Sachverhalt**

1. Am 13. April 2012 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine gemeinsame Meldung der Global Infrastructure Management, LLC (GIM), der Fluxys G SA (Fluxys G) und der Swissgas, Schweizerische Aktiengesellschaft für Erdgas (Swissgas) über ein Zusammenschlussvorhaben eingegangen.<sup>1</sup> Als Ergebnis des gemeldeten Vorhabens sollen GIM und Fluxys G die gemeinsame Kontrolle über die FluxSwiss SA (FluxSwiss) sowie, zusammen mit Swissgas, die gemeinsame Kontrolle über die Transitgas AG (Transitgas) erlangen.

2. Es ist festzustellen, dass das gemeldete Zusammenschlussvorhaben grosse Nähe zum Zusammenschlussvorhaben *Fluxys/Swissgas/Transitgas*<sup>2</sup> aufweist, welches von der Wettbewerbskommission mit Stellungnahme vom 1. November 2011 für unbedenklich befunden wurde. Bei jenem Zusammenschluss ging es insbesondere um den Kontrollerwerb von Fluxys G über die Unternehmen Transitgas und Eni Gas Transport International SA (Eni GTI), der nachmaligen FluxSwiss. Durch den Verkauf ihrer Beteiligungen an Eni GTI und Transitgas an Fluxys G kam die Eni-Gruppe mehreren gegenüber der EU-Kommission abgegebenen Verpflichtungszusagen<sup>3</sup> nach.

### **A.1 Vorhaben und involvierte Unternehmen**

#### **A.1.1 Das Vorhaben**

3. Fluxys G hält zurzeit 100 % der Aktien an FluxSwiss (mittelbar über ihre 100%-ige Tochtergesellschaft Fluxys Europe BV). Am 8. Dezember 2011 schloss Fluxys Europe BV einen Aktienkaufvertrag mit Swissgas ab, und am 19. Januar 2012 einen Aktienkaufvertrag mit einem von GIM kontrollierten Akquisitionsvehikel (Topolino Luxco S.à r.l. einer nach luxemburgischem Recht konstituierten Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Luxembourg). Nach diesen Verträgen wird GIM (über ihr Akquisitionsvehikel) 44,9 % der Aktien an FluxSwiss (vormals Fluxys Switzerland SA) erwerben und Swissgas 4,9 %, so dass Fluxys G 50,2 % behalten wird.

4. Das Zusammenschlussvorhaben kann wie folgt dargestellt werden:

<sup>1</sup> Meldung vom 13. April 2012; nachfolgend: Meldung.

<sup>2</sup> RPW 2011/4, 666 ff., *Fluxys/Swissgas/Transitgas*.

<sup>3</sup> Vgl. COMP/39.315 – ENI.

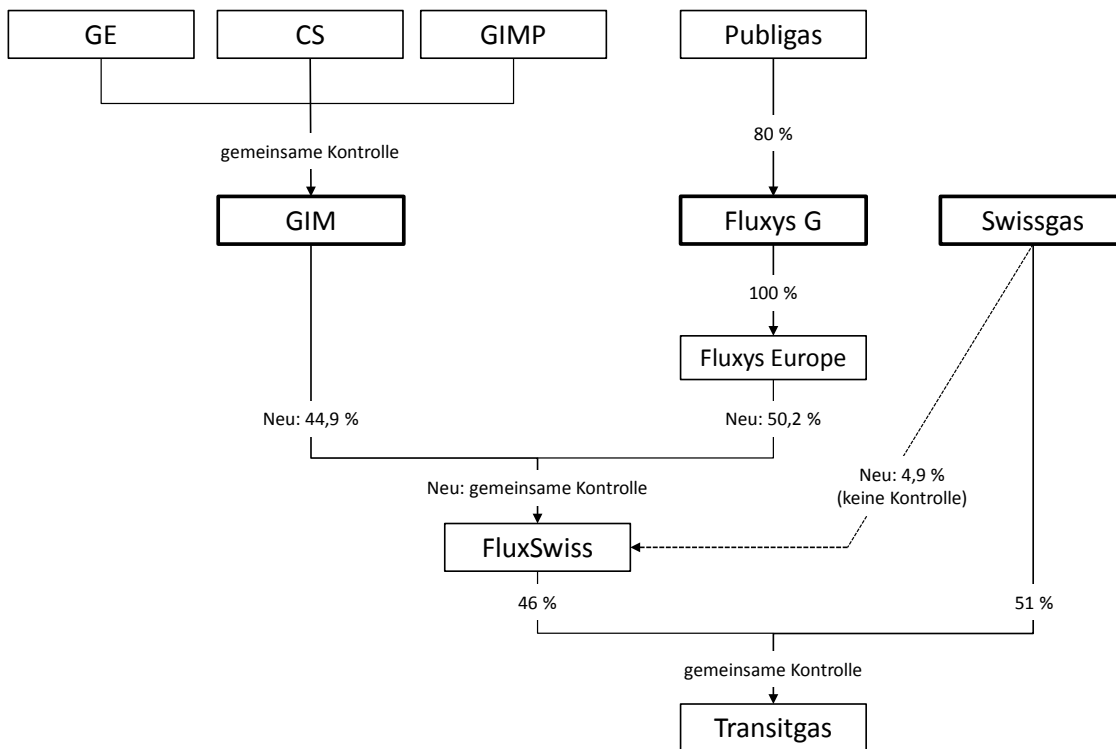


Abbildung 1: Beteiligungsstruktur nach der Transaktion

## A.1.2 Die involvierten Unternehmen

### A.1.2.1 GIM

5. GIM wurde als Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen von General Electric Company (GE), Credit Suisse Group AG (CS; über deren Tochtergesellschaft Credit Suisse Private Equity, LLC) und Global Infrastructure Management Participation, LLC (GIMP) gegründet und sollte die Verwaltung von verschiedenen Infrastruktur-Investmentfonds übernehmen. Die Gründung dieses Gemeinschaftsunternehmens durch GE, CS und GIMP wurde der Wettbewerbskommission im Jahr 2006 gemeldet und von dieser anschließend ohne vertiefte Prüfung für unbedenklich erklärt.<sup>4</sup>

6. GE ist ein weltweit tätiges, diversifiziertes Produktions-, Technologie- und Dienstleistungsunternehmen mit Sitz in Fairfield/USA. GE besteht aus einer Anzahl von Geschäftseinheiten mit jeweils eigenen Abteilungen. Ihre wichtigsten Geschäftseinheiten umfassen GE Energy, GE Healthcare, GE Aviation, GE Transportation, GE Capital und GE Home & Business Solutions. GE ist in mehr als 100 Ländern tätig und beschäftigt ungefähr 300 000 Personen weltweit. GE und ihre Konzerngesellschaften liefern bestimmte Waren und erbringen Dienstleistungen im Bereich Erdgasinfrastruktur, darunter u. a. Inspektions- und Integritätsdienstleistungen, Kompressoren, Turbinen und Ventile. GE ist auch in [...] tätig. [...] GE verfügt über zahlreiche Tochtergesellschaften in der ganzen Welt.<sup>5</sup>

7. CS ist eine weltweit tätige, nach schweizerischem Recht konstituierte Finanzdienstleistungsunternehmung mit Sitz in Zürich. Sie bietet Unternehmen, institutionellen Kunden und vermögenden Privatkunden weltweit sowie Retailkunden in der Schweiz Beratung, Lösungen und Produkte an. Ihr Geschäft gliedert sich in drei Divisi-

onen (Private Banking / Investment Banking / Asset Management) und eine Einheit «Shared Services» bzw. in vier Regionen (Schweiz / Europa, Mittlerer Osten und Afrika / Nord- und Südamerika / Asien-Pazifik). Das Engagement von CS bei GIM ist Teil der Private-Equity-Aktivitäten ihrer Division Asset Management. CS verfügt über zahlreiche Tochtergesellschaften in der ganzen Welt. Einige der Tochtergesellschaften von CS sind in bestimmten erdgasbezogenen Geschäften tätig; diese beschränken sich auf [...].<sup>6</sup>

8. GIMP ist eine nach dem Recht von Delaware konstituierte Holdinggesellschaft mit Sitz in New York. GIMP hält Aktien an GIM und kontrolliert GIM gemeinsam mit GE und CS gestützt auf ihren Aktionärsbindungsvertrag. Für GIMP wird keine andere Geschäftstätigkeit gemeldet. Die Aktien an GIMP selber werden von den Mitgliedern des Managements von GIM gehalten.

9. Das operative Geschäft von GIM konzentriert sich gegenwärtig auf die Verwaltung des Fonds Global Infrastructure Partners (GIP). GIP besteht dabei aus der Gesamtheit der drei Einheiten Global Infrastructure Partners-A1, L.P., Global Infrastructure Partners- B, L.P. und

<sup>4</sup> Vgl. RPW 2006/4, 677 ff., GE/CSFBPE/GIMP.

<sup>5</sup> Eine Aufstellung der Konzerngesellschaften von GE ist auf der Internetseite der United States Securities and Exchange Commission (SEC) ersichtlich: <<http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/40545/00004054512000016/ge2011exhibit21.htm>> (16.4.2012).

<sup>6</sup> Eine Aufstellung der wesentlichen Tochtergesellschaften von CS ist dem Geschäftsbericht 2011, S. 374 ff., zu entnehmen: <[https://www.credit-suisse.com/publications/annualreporting/doc/2011/csg\\_ar\\_2011\\_de.pdf](https://www.credit-suisse.com/publications/annualreporting/doc/2011/csg_ar_2011_de.pdf)> (16.4.2012).

Global Infrastructure Partners - C, L.P., die alle nach dem Recht von Guernsey konstituiert sind und ihren Sitz in Guernsey haben. Der Zweck der Existenz dreier Einheiten (statt nur einer) besteht gemäss Meldung einzig und allein darin, unterschiedlichen rechtlichen (auch im Hinblick auf Compliance-Erfordernisse) und steuerlichen Bedürfnissen unterschiedlicher Anlegertypen bei GIP Rechnung zu tragen. Alle drei GIP-Einheiten haben einen gemeinsamen General Partner, Global Infrastructure GP, L.P. (konstituiert nach dem Recht von Guernsey, mit dem gleichen Sitz), der das gesamte Management und die Kontrolle über die drei GIP-Einheiten ausübt. Da Global Infrastructure GP, L.P. die Form einer Partnerschaft hat, verfügt sie ihrerseits über einen General Partner in Form einer inkorporierten Gesellschaft, Global Infrastructure Investors Ltd. (konstituiert nach dem Recht von Guernsey, mit dem gleichen Sitz). Wenn Global Infrastructure GP, LP seine Management- und Kontrollfunktionen über die GIP-Einheiten ausübt, handelt sie über ihren General Partner Global Infrastructure Investors Ltd. Dieser hat keine andere Funktion als die Erfüllung dieser Aufgabe, die rechtliche Handlungsfähigkeit sicherzustellen.

10. GIP ist ein unabhängiger Fonds mit zugesagtem Kapital von 5.64 Mrd. US-Dollar, der weltweit in Infrastruktur und infrastrukturbezogene Vermögenswerte investiert. GIP und ihre Konzerngesellschaften sind weltweit über Niederlassungen in New York City, Stamford (Connecticut), London und Sydney tätig. Sie hat eigene Erdgasgeschäfte in den Vereinigten Staaten [...] und Indien [...].

11. Neben GIP verwaltet GIM gegenwärtig nur einen einzigen weiteren Fonds, Global Infrastructure Partners II (GIP II). GIP II ist ähnlich strukturiert wie GIP, mit einem eigenen General Partner. GIP II wurde erst Ende Dezember 2011 eröffnet und ist gegenwärtig noch dabei, Investoren zu werben. GIP II verfügt über keine Assets und hat noch keine Investitionen getätigt.

#### A.1.2.2 Fluxys G

12. Fluxys G ist eine Übertragungsnetzgesellschaft, die auf dem nordwesteuropäischen Erdgasmarkt tätig ist. In Belgien bauen und betreiben Fluxys G und deren Konzerngesellschaften Anlagen zur Erdgasübertragung, Erdgasspeicherung und Verladung von Flüssigerdgas. Andersorts in Nordwesteuropa bauen sie Industriepartnerschaften auf und beteiligen sich an Gesellschaften im Erdgasübertragungsgeschäft und im Bereich von Flüssigerdgas-Wiederverdampfungsanlagen.<sup>7</sup> In der Schweiz ist Fluxys G gegenwärtig nur über ihre Konzerngesellschaft FluxSwiss sowie über Transitgas tätig, die gegenwärtig unter gemeinsamer Kontrolle von Fluxys G und Swissgas steht.

13. Fluxys G wird von Publigas kontrolliert, die 80 % der Aktien an Fluxys G hält. Publigas ist die Holdinggesellschaft der belgischen Gemeinden im Bereich des Erdgastransports; ihre Aktien werden von den interkommunalen Energieversorgungsunternehmen Belgiens gehalten. Die restlichen 20 % der Aktien an Fluxys G werden von der Caisse de dépôt et placement du Québec gehalten. Diese ist ein kanadisches Finanzinstitut, das Fonds vor allem für staatliche und private Pensions- und Versicherungskassen verwaltet. Publigas übt keine eigene

operative Geschäftstätigkeit aus. Keiner ihrer Aktionäre hat entweder alleinige oder gemeinsame Kontrolle über Publigas. Fluxys G betreibt ihr Geschäft über verschiedene Tochtergesellschaften in ganz Europa.<sup>8</sup>

#### A.1.2.3 Swissgas

14. Swissgas beschafft Erdgas im Ausland und liefert es an die vier Regionalgesellschaften in der Schweiz, d.h. Erdgas Ostschweiz AG (EGO), Erdgas Zentralschweiz AG (EGZ), Gasverbund Mittelland AG (GVM) und Gaznat S.A. Société pour l'Approvisionnement et le Transport du Gaz Naturel en Suisse Romande (Gaznat). Diese vier Regionalgesellschaften und der Verband der Schweizerischen Gasindustrie (VSG) halten alle Aktien an Swissgas (EGO, EGZ und Gaznat je 25.98 %, GVM 5.61 % und VSG 16.45 %). Die Regionalgesellschaften, die einen erheblichen Teil (d.h. ungefähr [...] %) ihres Bedarfs über Swissgas beziehen, beliefern lokale Gasversorgungsunternehmen, die ihrerseits Endkunden beliefern. Swissgas führt auch Transittransporte von der deutschschweizerischen Grenze zur schweizerisch-italienischen Grenze durch.<sup>9</sup>

15. Swissgas hält 51 % der Aktien an Transitgas und kontrolliert diese gemeinsam mit FluxSwiss. Transitgas hat an Swissgas auf der Grundlage eines Lease Agreements rund 10 % der gesamten Transportkapazität des Transitgas-Leitungssystems verpachtet. Zudem betreibt Swissgas sechs Zollmessstationen entlang des Transitgas-Leitungssystems sowie vier Hochdruckleitungen mit einer Gesamtlänge von 258 km. Diese vier Leitungen verbinden das Transitgas-Leitungssystem mit den Hochdruckleitungsnetzen der vier Regionalgesellschaften, die eine Gesamtlänge von 1'590 km aufweisen.

16. Swissgas hält daneben 100 % der Aktien an der Swissgas-Speicher Aktiengesellschaft, die sich mit Erdgasspeicherprojekten, Forschung und Analysen befasst. Zudem hält Swissgas [...] 65 % der Aktien an der SET Swiss Energy Trading AG. Die SET Swiss Energy Trading AG befasst sich mit Portfoliooptimierung und Handel mit Erdgasprodukten. Beide dieser Tochtergesellschaften sind nach schweizerischem Recht konstituiert und haben ihren Sitz in Zürich.

#### A.1.2.4 FluxSwiss

17. FluxSwiss (vormals Fluxys Switzerland SA) ist eine nach schweizerischem Recht konstituierte Aktiengesellschaft mit Sitz in Lugano. FluxSwiss ist gegenwärtig eine 100%-ige Tochtergesellschaft von Fluxys Europe BV, einer nach niederländischem Recht konstituierten Gesellschaft mit Sitz in Rotterdam, die selbst eine 100%-ige Tochtergesellschaft von Fluxys G ist.

18. Fluxys Switzerland SA wurde von Fluxys G im September 2011 mit dem alleinigen Zweck gegründet, die Aktien an Eni GTI vom Eni-Konzern zu erwerben.

<sup>7</sup> Vgl. ausführlicher zur Struktur von Fluxys G vgl. RPW 2011/4, 667 f. Rz 5 ff., *Fluxys/Swissgas/Transitgas*.

<sup>8</sup> Vgl. für die Struktur von Fluxys G bzw. deren Tochtergesellschaften kann auf die Internetseite von Fluxys G verwiesen werden: <<http://www.fluxysg.com/en/aboutfluxysg/structure/structure01.aspx>> (16.4.2012).

<sup>9</sup> Vgl. ausführlicher zur Struktur von Swissgas vgl. RPW 2011/4, 668 Rz 9 ff., *Fluxys/Swissgas/Transitgas*.

19. FluxSwiss hat am 14. März 2012 (noch als Fluxys Switzerland SA) auf dem Wege einer Absorptionsfusion («Upstream Merger») ihre 100%-ige Tochtergesellschaft FluxSwiss SA übernommen und gleichentags deren Firma angenommen.

20. FluxSwiss hält 46 % der Aktien an Transitgas. Transitgas hat FluxSwiss mit einem Lease Agreement ungefähr 90 % der gesamten Transportkapazität des Transitgas-Leitungssystems verpachtet. FluxSwiss vermarktet diese Transportkapazität, indem sie grenzüberschreitende Gastransporte von Nord- nach Südeuropa durch die Schweiz anbietet.

#### A.1.2.5 Transitgas

21. Transitgas ist eine nach schweizerischem Recht konstituierte Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. 51 % der Aktien an Transitgas werden gegenwärtig von Swissgas gehalten, 46 % von FluxSwiss, und 3 % von E.ON Ruhrgas AG. Transitgas wird derzeit von Swissgas und Fluxys G gemeinsam kontrolliert.<sup>10</sup>

22. Transitgas ist Eigentümerin und Betreiberin des schweizerischen Transitgas-Leitungssystems, das eine Gesamtlänge von 292 km aufweist und sich von der deutsch-schweizerischen Grenze (bei Wallbach) zur schweizerisch-italienischen Grenze (am Griespass), mit einer Abzweigung zur französisch-schweizerischen Grenze (bei Rodersdorf), erstreckt. Transitgas hat gestützt auf ein Lease Agreement die gesamte Transportkapazität ihres Leitungssystems an FluxSwiss (rund 90 %) und Swissgas (rund 10 %) verpachtet. Gemäss diesem Lease Agreement führt Transitgas Erdgastransporte im Auftrag der beiden Kapazitätshalter (FluxSwiss und Swissgas) für diese und deren Kunden durch.

### A.2 Das Verfahren

23. Am 13. April 2012 reichten GIM, Fluxys G und Swissgas eine gemeinsame Meldung<sup>11</sup> 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, welche das Sekretariat mit Schreiben vom 13. April 2012 als vollständig erklärte. 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 14. April 2012, und endet am 14. Mai 2012.

## B Erwägungen

### B.1 Geltungsbereich

24. 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

25. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG).

26. Das Kartellgesetz folgt einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise: Es sollen wirtschaftliche Tatsachen aus wirtschaftlicher Sicht und unabhängig von ihrer rechtlichen Struktur erfasst werden. Entsprechend stellt die wirtschaftliche Selbständigkeit in Anwendung von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG eine konstitutive Voraussetzung des Unternehmensbegriffs dar. Das heisst, dass Gebilde, die sich nicht autonom am Wirtschaftsprozess beteiligen auch nicht autonom als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren sind. Ein Teilnehmer am Wirtschaftsprozess kann sich dann nicht autonom verhalten, wenn er durch einen Dritten kontrolliert wird und daher keine eigenständige Geschäftsstrategie verfolgen kann, sondern vielmehr nach einer Geschäftsstrategie handelt, die ihm vom kontrollierenden Dritten (explizit oder implizit) vorgegeben wird. Damit wäre dieses Gebilde ein Teil eines grösseren Ganzen, welches als Konzern bezeichnet werden kann.

27. Das Kartellrecht enthält keine eigene Definition des Konzernbegriffs<sup>12</sup>. Es ist daher auf den Konzernbegriff des Bundesgesetzes vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (Obligationenrecht, OR; SR 220) abzustellen. Gemäss Art. 663e Abs. 1 OR liegt ein zur Erstellung einer konsolidierten Jahresrechnung (Konzernrechnung) verpflichteter Konzern vor, wenn eine Gesellschaft durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise eine oder mehrere Gesellschaften unter einheitlicher Leitung zusammenfasst. Dabei führt nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts selbst eine hundertprozentige Beteiligung nicht zu einem Konzern, wenn keine einheitliche Leitung beabsichtigt ist.<sup>13</sup> Inwiefern sich aus der vom Parlament beschlossenen Revision des Rechnungslegungsrechts vom 23. Dezember 2011<sup>14</sup> hier eine Änderung ergibt, kann zum jetzigen Zeitpunkt offen bleiben.

28. Dies führt in der Regel im Ergebnis dazu, dass die einzelnen Tochtergesellschaften eines Konzerns nicht als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG gelten, sofern die Muttergesellschaft ihre Tochter effektiv zu kontrollieren vermag und diese Möglichkeit auch tatsächlich ausübt, so dass die Konzerngesellschaften nicht in der Lage sind, sich von der Muttergesellschaft unabhängig zu verhalten. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts<sup>15</sup> ist in diesem Fall der Konzern als eine einzige «wirtschaftliche Unternehmenseinheit» zu betrachten, womit wohl gemeint ist, dass der Konzern als Ganzes den Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG erfüllt.

<sup>10</sup> Vgl. RPW 2011/4, 671 Rz 44, *Fluxys/Swissgas/Transitgas*.

<sup>11</sup> Meldung vom 2. April 2012.

<sup>12</sup> Vgl. ROLAND VON BÜREN, Der Konzern, in: Schweizerisches Privatrecht, achter Band, sechster Teilband, von Büren/Girsberger/Kramer/Sutter-Somm/Tercier/Wiegand (Hrsg.), 2. Auflage, 2005, 8 und 469 ff.

<sup>13</sup> Vgl. Urteil des BVGer RPW 2010/2 336 E. 4.2, *Publigroupe/WEKO*.

<sup>14</sup> Vgl. BBl 2012 63, insb. nArt. 963 Abs. 2 OR.

<sup>15</sup> Vgl. Urteil des BVGer RPW 2010/2 336 E. 4.1, *Publigroupe/WEKO*.

29. Aufgrund der obligationenrechtlichen Konzerndefinition kann ein Gemeinschaftsunternehmen grundsätzlich nicht Teil eines Konzerns sein, da dieses nicht unter einheitlicher Leitung sondern unter der Leitung von mehreren Muttergesellschaften steht. Es sei denn, diese Muttergesellschaften stünden ihrerseits direkt oder indirekt unter der Kontrolle einer einzigen Konzernmutter, womit letztlich auch das Gemeinschaftsunternehmen von dieser Konzernmutter alleine kontrolliert wird. Ein Gemeinschaftsunternehmen kommt indes durchaus selber als Konzernmuttergesellschaft in Frage, wenn dieses andere Gesellschaften alleine kontrolliert.

30. Demzufolge liegen bei GIM, Fluxys G und Swisssgas Konzernstrukturen vor, welche je als Ganzes den Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG erfüllen (nachfolgend wird daher unter GIM, Fluxys G und Swisssgas jeweils der Konzern verstanden). Daneben ist auch Transitgas ohne weiteres als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG zu qualifizieren. FluxSwiss erfüllt den Unternehmensbegriff grundsätzlich erst, wenn es nicht mehr unter alleiniger Kontrolle von Fluxys G steht.

### B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

31. 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).

32. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG hat damit grundsätzlich immer eine Änderung von Kontrollverhältnissen an einem oder mehreren Unternehmen (Zielunternehmen) zum Gegenstand. Liegen mehrere Zielunternehmen vor, so ist zu prüfen, ob die verschiedenen Kontrolländerungen zusammen als ein einziger Vorgang zu qualifizieren sind.<sup>16</sup>

#### B.1.2.1 Änderung der Kontrollverhältnisse

33. Das gemeldete Vorhaben führt zu einer Änderung der Kontrollverhältnisse betreffend FluxSwiss und Transitgas.

34. In der Meldung wird dazu ausgeführt, dass einerseits die Kontrolle über FluxSwiss von alleiniger Kontrolle durch Fluxys G zu gemeinsamer Kontrolle durch Fluxys G und GIM wechsle. Andererseits wechsle die Kontrolle über Transitgas von gemeinsamer Kontrolle durch Swisssgas und Fluxys G zu gemeinsamer Kontrolle durch Swisssgas, Fluxys G und GIM, da FluxSwiss nach der Umsetzung des Zusammenschlussvorhabens unter der gemeinsamen Kontrolle von Fluxys G und GIM stehen werde. [...].

35. Den Ausführungen in der Meldung ist grundsätzlich zuzustimmen. Insbesondere stellt nach der Praxis der Wettbewerbskommission der Eintritt eines neuen Mutterunternehmens in die Kontrolle über ein Gemeinschaftsunternehmen nicht nur einen Kontrollerwerb durch dieses neue Mutterunternehmen dar, sondern führt auch für alle verbleibenden kontrollierenden Unternehmen zu einer Änderung der Art der Kontrolle.<sup>17</sup>

36. Präzisierend ist allerdings darauf hinzuweisen, dass einem Gemeinschaftsunternehmen grundsätzlich ein

eigener Kontrollwille zukommt, da dessen Willensbildung nicht vom Willen eines einzigen Mutterunternehmens abhängt sondern sich aus dem Willen von mindestens zwei Mutterunternehmen ergibt. Demzufolge bezeichnet die Wettbewerbskommission in Fällen der Erlangung der Kontrolle durch ein Gemeinschaftsunternehmen dieses als beteiligtes Unternehmen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU und nicht dessen Mutterunternehmen.

37. Dementsprechend liegt im hier zu beurteilenden Fall einerseits ein Wechsel der alleinigen Kontrolle von Fluxys G über FluxSwiss zur gemeinsamen Kontrolle von Fluxys G und GIM über FluxSwiss vor. Andererseits wird Transitgas fortan nicht mehr gemeinsam durch Fluxys G und Swisssgas sondern gemeinsam durch FluxSwiss und Swisssgas kontrolliert. Anders zu argumentieren hiesse vorliegend, dass konsequenterweise anstelle von GIM sowohl bezüglich FluxSwiss als auch bezüglich Transitgas stets GE, CS und GIMP (Mit-) Kontrolle erlangen würden. Davon geht aber zu Recht auch die Meldung nicht aus.

38. Es stellt sich damit die Frage, ob trotz dieser Präzisierung ein einziger Vorgang im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG vorliegt. Zumindest nach der Praxis der EU-Kommission können mehrere voneinander abhängige Transaktionen nur dann als ein einziger Zusammenschluss behandelt werden können, wenn letztlich die Kontrolle von dem- bzw. denselben Unternehmen übernommen wird.<sup>18</sup> Dabei gilt es aber zu berücksichtigen, dass in casu eine spezielle Konstellation vorliegt: Der rechtsgeschäftliche Beteiligungserwerb findet unmittelbar nur bei FluxSwiss statt. Dass Transitgas fortan nicht mehr gemeinsam durch Fluxys G und Swisssgas sondern gemeinsam durch FluxSwiss und Swisssgas kontrolliert wird, ist einzig unmittelbare Folge aus dem Umstand, dass FluxSwiss aus dem Fluxys-Konzern ausgegliedert und zum Gemeinschaftsunternehmen von Fluxys G und GIM wird. Dies ohne, dass bei Transitgas unmittelbar Beteiligungsrechte oder dergleichen erworben würden. Es wäre daher abwegig, diese faktisch untrennbar miteinander verbundenen Kontrolländerungen als zwei Vorgänge und damit zwei Unternehmenszusammenschlüsse im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG anzusehen, welche unabhängig voneinander geprüft werden könnten. Vielmehr führt die vorliegende, spezielle Konstellation dazu, dass die beiden Kontrolländerungen in einem einzigen Verfahren geprüft werden müssen.

#### B.1.2.2 Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen

39. Ein Vorgang, durch den zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen erlangen, das sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, stellt einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (Art. 2 Abs. 1 VKU).

<sup>16</sup> Vgl. RPW 2011/4, 670 Rz 34, *Fluxys/Swisssgas/Transitgas*.

<sup>17</sup> Vgl. RPW 2011/4, 671 Rz 43, *Fluxys/Swisssgas/Transitgas*.

<sup>18</sup> Vgl. RPW 2011/4, 670 Rz 37, *Fluxys/Swisssgas/Transitgas*.

40. Gemäss Praxis der Wettbewerbskommission liegt der Vollfunktionscharakter eines Gemeinschaftsunternehmens im Sinne von Art. 2 Abs.1 VKU unter folgenden Voraussetzungen vor:<sup>19</sup>

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

41. Es ist davon auszugehen, dass Transitgas ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen ist.<sup>20</sup>

42. Gemäss Meldung wird auch FluxSwiss ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen entsprechend dem Erfordernis von Art. 2 Abs. 1 VKU sein. Sie erfülle alle von der Wettbewerbskommission diesbezüglich aufgestellten Kriterien. Erstens trete sie als Anbieterin von Transportdienstleistungen am Markt auf. Zweitens trete sie als selbstständige wirtschaftliche Einheit auf und sei in der Lage, eine eigene Geschäftspolitik verfolgen zu können, da weder Fluxys G noch GIM im relevanten Markt tätig seien. Drittens sei sie dazu bestimmt und in der Lage, ihre Tätigkeiten langfristig auszuüben, da Transitgas im Lease Agreement vom [...] rund 90 % der Transportkapazität der Transitgas-Leitung an FluxSwiss [...] verpachtet habe. Viertens verfüge FluxSwiss über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und ausreichende Ressourcen wie finanzielle Mittel und Personal, zumal sie in Lugano eine Geschäftsstelle mit insgesamt [...] Personen betreibe, die ihr Geschäft besorgen.

43. Die Qualifikation von FluxSwiss als Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen ist zutreffend. Entsprechend den in der Meldung gemachten Angaben erfüllt FluxSwiss die zitierten Kriterien.

### B.1.2.3 Beteiligte Unternehmen

44. 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 als beteiligtes Unternehmen (Art. 3 Abs. 2 VKU).

45. Entsprechend den Ausführungen unter Rz 37 liegt die Erlangung der gemeinsamen Kontrolle einerseits von Fluxys G und GIM über FluxSwiss und andererseits von FluxSwiss und Swissgas über Transitgas vor. Die Rolle von FluxSwiss ist dabei eine spezielle: Zunächst stellt sie als Konzerngesellschaft von Fluxys G einen Unternehmensteil dar, an dem sich die Kontrolle ändert. Durch diese Kontrolländerung wird FluxSwiss zu einem

Gemeinschaftsunternehmen und dadurch aus dem Fluxys-Konzern ausgegliedert. Dies bewirkt wiederum, dass FluxSwiss bei der Kontrolländerung betreffend Transitgas nicht mehr als Unternehmensteil sondern als eigenständiges Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG und damit auch als kontrollierlangendes Unternehmen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU zu qualifizieren ist.

46. Als beteiligte Unternehmen sind damit GIM, Fluxys G, Swissgas, FluxSwiss und Transitgas zu bezeichnen.

### B.2 Vorbehaltene Vorschriften

47. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen (Art. 3 Abs. 1 KG). Dies ist insbesondere für Regelungen der Fall, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Bst. a) oder einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Bst. b). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben (Art. 3 Abs. 2 KG). Letzteres ist für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts indes nicht von Bedeutung.

48. Das Bundesgesetz vom 4. Oktober 1963 über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe (Rohrleitungsgesetz, RLG; SR 746.1) enthält keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG.<sup>21</sup> Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den meldenden Unternehmen auch nicht geltend gemacht.

### B.3 Meldepflicht

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

<sup>19</sup> Vgl. RPW 2011/4, 671 Rz 48, *Fluxys/Swissgas/Transitgas*.

<sup>20</sup> Vgl. RPW 2011/4, 672 Rz 59, *Fluxys/Swissgas/Transitgas*.

<sup>21</sup> Vgl. RPW 2011/4, 673 Rz 65, *Fluxys/Swissgas/Transitgas*.

Tabelle 1: Umsatz der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2010 (in Mio. CHF\*)

	GIM	Fluxys G	Swissgas	FluxSwiss	Transitgas	insgesamt
Schweiz	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Weltweit	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

\* Wechselkurs: Jahresmittelkurs 2010 (SNB): 1 EUR = 1.3805 CHF; 1 USD = 1.041 CHF

50. In der Meldung wird unter Berufung auf die Praxis der EU-Kommission geltend gemacht, dass der Umsatz, welcher Transitgas mit den Lease Agreements mit FluxSwiss und Swissgas erwirtschaftet, bei der Berechnung des Gesamtumsatzes nicht zu berücksichtigen sei, um eine doppelte Verbuchung zu vermeiden. Wie es sich damit verhält bzw. inwiefern dies mit der Umsatzberechnung nach Art. 5 VKU übereinstimmt, kann letztlich offen bleiben, da vorliegend die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG so oder anders klar überschritten werden. Die Meldepflicht ist damit unbestrittenermassen gegeben.

#### B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

51. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen nur dann der Prüfung durch die Wettbewerbskommission, wenn sich in der vorläufigen Prüfung Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

52. Eine marktbeherrschende Stellung einzelner oder mehrerer Unternehmen besteht, wenn diese auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG)

53. Für die Beurteilung der Frage, ob durch das gemeldete Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, ist die Marktstellung der beteiligten Unternehmen vor dem Zusammenschluss mit derjenigen nach dem Zusammenschluss zu vergleichen. Dazu ist vorab eine Marktabgrenzung vorzunehmen. Die relevanten Märkte definieren sich über ihre sachliche und räumliche Dimension.

##### B.4.1 Marktabgrenzung

54. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszweckes als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

55. Der räumlich relevante 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).

56. Im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens *Fluxys/Swissgas/Transitgas* hat die Wettbewerbskommission im Erdgasbereich jüngst die folgenden sachlich relevante Märkte abgegrenzt: Einen Markt für Erdgas-transport und einen Markt für Erdgaslieferung an Wiederverkäufer.<sup>22</sup> Dabei wurde festgestellt, dass Transitgas als Betreiberin einer Erdgashochdruckleitung auf dem

sachlich relevanten Markt für Erdgastransport tätig ist. Weiter wurde festgehalten, dass Fluxys G in der Schweiz lediglich über ihre Tochter Eni GTI (die heutige FluxSwiss) tätig wird, welche damals rund 90 % der Kapazität der Erdgashochdruckleitung von Transitgas vermarktete und damit ebenfalls auf dem sachlich relevanten Markt für Erdgastransport tätig war. Als Vermarkterin von rund 10 % der Kapazität der Erdgashochdruckleitung von Transitgas sowie als Betreiberin eigener Erdgashochdruckleitungen war Swissgas ebenfalls auf dem sachlich relevanten Markt für Erdgastransport tätig. Zusätzlich war Swissgas als Einkäuferin von Erdgas für die vier Regionalgesellschaften auch auf dem sachlich relevanten Markt für Erdgaslieferung an Wiederverkäufer tätig.

57. Im Rahmen des erwähnten Zusammenschlussvorhabens hielt die Wettbewerbskommission fest, dass sowohl das Erdgashochdrucknetz von Transitgas als auch das Erdgashochdrucknetz von Swissgas in seiner räumlichen Ausdehnung je für sich einen eigenen räumlich relevanten Markt darstellt.<sup>23</sup> Betreffend den Markt für Erdgaslieferung an Wiederverkäufer ging die Wettbewerbskommission im Sinne einer Arbeitshypothese von einem national abzugrenzenden Markt aus, liess die definitive räumliche Abgrenzung letztlich jedoch offen.<sup>24</sup>

58. Die Tätigkeiten der genannten Unternehmen in der Schweiz hat sich in der kurzen Zeit (von rund vier Monaten) nicht verändert. Daher kann an den erwähnten Markt abgrenzungen festgehalten werden. Ebenso ist es auch im vorliegenden Verfahren nicht notwendig, eine definitive räumliche Abgrenzung des Marktes für Erdgaslieferung an Wiederverkäufer vorzunehmen.

59. Somit ist zunächst davon auszugehen, dass auch im vorliegenden Verfahren die folgenden drei Märkte relevant sind:

- Markt für Erdgastransport im Netzgebiet von Transitgas;
- Markt für Erdgastransport im Netzgebiet von Swissgas;
- Nationaler Markt für Erdgaslieferungen an Wiederverkäufer.

<sup>22</sup> Vgl. RPW 2011/4, 675 f. Rz 84 ff., *Fluxys/Swissgas/Transitgas*.

<sup>23</sup> Vgl. RPW 2011/4, 677 Rz 98, *Fluxys/Swissgas/Transitgas*.

<sup>24</sup> Vgl. RPW 2011/4, 677 Rz 101, *Fluxys/Swissgas/Transitgas*.



60. Es stellt sich im Weiteren die Frage, ob aufgrund des Kontrolleintritts von GIM weitere relevante Märkte abzugrenzen sind bzw. ob GIM auf einem der bereits abgegrenzten Märkte tätig ist.

61. Gemäss Meldung weist GIM keine Markttätigkeiten in der Schweiz auf. Im Erdgasbereich ist GIM (über ihre Tochter GIP) bisher einzig in den Vereinigten Staaten und Indien tätig. Somit ist GIM auf keinem der bereits abgegrenzten Märkte tätig. Weiter kann festgestellt werden, dass die Erdgastätigkeiten von GIM weder in der Schweiz noch auf Märkten stattfinden, welche den bereits abgegrenzten Märkten in sachlicher oder räumlicher Hinsicht benachbart wären. Eine Abgrenzung von weiteren relevanten Märkten erübrigt sich deshalb.

#### **B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten**

62. Im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens *Fluxys/Swissgas/Transitgas* hat die Wettbewerbskommission im Ergebnis festgestellt, dass sich durch die Kontrollerrlangung von Fluxys G an Transitgas und Eni GTI (heute FluxSwiss) an den effektiven Wettbewerbsverhältnissen in den oben erwähnten relevanten Märkten nichts ändert. Dies deshalb, weil Fluxys G vor dem Zusammenschluss keine eigenen Marktaktivitäten aufwies und auch nicht als potentielle Konkurrentin in den besagten Märkten anzusehen war. Damit lagen keine horizontalen Auswirkungen (insbesondere keine Marktanteilsadditionen) vor. Da Fluxys G zudem auch keine Aktivitäten in benachbarten Märkten aufwies, konnten nichthorizontale Auswirkungen ebenfalls ausgeschlossen werden.

63. Damit hatte die Wettbewerbskommission letztlich nicht zu prüfen, ob angesichts der vorliegenden hohen Marktanteile<sup>25</sup> einem der beteiligten Unternehmen (alleine oder zusammen mit anderen kollektiv) eine marktbeherrschende Stellung zukommt. Selbst bei Bestehen einer solchen Marktbeherrschung, wäre sie nicht durch den zu beurteilenden Zusammenschluss im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG begründet oder verstärkt worden.

64. Im vorliegenden Fall verhält es sich mit dem Hinzutreten von GIM gleich wie mit dem Hinzutreten von Fluxys G im Zusammenschlussvorhaben *Fluxys/Swissgas/Transitgas*.<sup>26</sup> Auch GIM weist keine Aktivitäten und somit auch keine Marktanteile auf den relevanten Märkten auf. Ebenso wenig ist GIM auf benachbarten Märkten tätig. Horizontale und nichthorizontale Auswirkungen können damit ausgeschlossen werden.

#### **Fazit**

65. Der zu beurteilende Zusammenschluss hat weder horizontale noch nichthorizontale Auswirkungen. Ungeachtet der Marktanteile der beteiligten Unternehmen ist somit auszuschliessen, dass der vorliegende Zusammenschluss eine Marktbeherrschung begründet oder verstärkt.

#### **B.5 Ergebnis der vorläufigen Prüfung**

66. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Erdgastransport im Netzgebiet von Transitgas, dem Markt für Erdgastransport im Netzgebiet von

Swissgas oder dem nationalen Markt für Erdgaslieferungen an Wiederverkäufer begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für die Einleitung eines Prüfungsverfahrens nach Art. 33 KG sind daher nicht gegeben.

<sup>25</sup> Vgl. RPW 2011/4, 678 Rz 110, *Fluxys/Swissgas/Transitgas*.

<sup>26</sup> Für das Vorliegen von betroffenen Märkten und die entsprechenden Marktanteile der beteiligten Unternehmen Fluxys G, Swissgas, FluxSwiss und Transitgas kann auf RPW 2011/4, 677 f. Rz 104 ff., *Fluxys/Swissgas/Transitgas* verwiesen werden.

B 2	<b>5. Andere Entscheide</b> Autres décisions Altre decisionii
B 2.5	<b>1. Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen – Verfügung betreffend Geschäftsgeheimnisse/Verfügungspublikation</b>

*Verfügung vom 29. September 2010 gemäss Artikel 23 Absatz 1 KG i.V.m. Artikel 46 VwVG in Sachen Verfügung der Wettbewerbskommission vom 10. Mai 2010 in der Untersuchung Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen betreffend Geschäftsgeheimnisse/Verfügungspublikation gegen Flamco AG, in Küssnacht am Rigi vertreten durch [...]*

## A Sachverhalt

### A.1 Gegenstand und Ausgang der Untersuchung

1. Die Pneumatex AG mit Sitz in Füllinsdorf (BL; nachfolgend: Pneumatex), Flamco AG mit Sitz in Küssnacht am Rigi (SZ; nachfolgend: Flamco) haben im Bereich Komponenten für Kühl-, Heizungs- und Sanitäranlagen in der Schweiz und im EU-Raum sensible Geschäftsinformationen ausgetauscht. Namentlich informierten sich die Parteien über den prozentualen Umfang und den Zeitpunkt von Preiserhöhungen, leiteten untereinander Preislisten weiter und gaben einander Umsatzangaben bestimmter Produktgruppen bekannt.

2. Am 16. Dezember 2008 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG<sup>1</sup> gegen die Pneumatex und die Flamco. Das Verfahren wurde aufgrund einer beim Sekretariat eingereichten Selbstanzeige der Pneumatex eröffnet. Mit der Verfahrenseröffnung wurde gleichentags bei der Flamco in Küssnacht am Rigi eine Hausdurchsuchung durchgeführt. Gleichzeitig eröffnete auch die europäische Kommission ein Verfahren, welches die angezeigten Sachverhalte auf EU-Ebene zum Gegenstand hatte.

3. Die Flamco reichte am 24. Dezember 2009 per Faxschreiben eine Selbstanzeige ein. Diese Eingabe wurde mit einem Vortrag und den dazugehörigen Unterlagen am 3. Februar 2009 ergänzt. Auf Aufforderung des Sekretariats hin reichte die Flamco AG mit Eingabe vom 6. März 2009 eine schriftliche Darlegung der betreffenden Sachverhalte unter Beilage entsprechender Beweismittel ein.

4. Nach Abschluss einer einvernehmlichen Regelung mit Pneumatex und Flamco sowie zweimaliger Stellungnahme der Parteien stellte die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) mit Verfügung vom 10. Mai 2010 fest, dass sowohl die Pneumatex als auch die Flamco Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG getroffen hatten. Aufgrund ihrer jeweiligen Selbstanzeigen und Kooperationsbemühungen profitierte einerseits die Pneumatex von einem vollständigen Sanktionserlass, während andererseits die Sanktion der Flamco reduziert

wurde. Die Verfügung erwuchs in der Folge unangefochten in Rechtskraft. Für die detaillierte Darstellung des Sachverhalts und der rechtlichen Würdigung sei auf die rechtskräftige Verfügung vom 10. Mai 2010 verwiesen.

### A.2 Verfahren

5. Die Parteien hatten im Verlaufe des Verfahrens mehrmals Gelegenheit, ihre Geschäftsgeheimnisse in den Akten zu bezeichnen. Im Anschluss daran nahmen Flamco und Pneumatex Einsicht in die bereinigten Akten.

6. Mit Schreiben vom 27. Mai 2010 forderte das Sekretariat die Verfahrensparteien auf, allfällige Geschäftsgeheimnisse in der Verfügung vom 10. Mai 2010 entsprechend dem Merkblatt Geschäftsgeheimnisse bis zum 11. Juni 2010 zu bezeichnen und die bereinigte Version dem Sekretariat zuzusenden. Dieser Aufforderung kam die Pneumatex fristgemäss nach. Die Flamco reichte mit Schreiben vom 10. Juni 2010 den Antrag ein, es sei mit der Publikation der Verfügung vom 10. Mai 2010 bis zum rechtskräftigen Abschluss des entsprechenden gegen sie in der EU laufenden Verfahrens zuzuwarten. Flamco unterliess es, Geschäftsgeheimnisse zu bezeichnen und eine bereinigte Version der Verfügung innert Frist einzureichen.

7. Mit Schreiben vom 14. Juni 2010 teilte das Sekretariat Flamco mit, es gehe davon aus, dass die Verfügung vom 10. Mai 2010 aus Sicht der Flamco keine Geschäftsgeheimnisse enthalte, da Flamco die ihr zur Geschäftsgeheimnis-Bereinigung anberaumte Frist ungenutzt habe ablaufen lassen und auch keine diesbezügliche Fristverlängerung beantragt hätte. Zudem wies das Sekretariat das Gesuch Flamcos vom 10. Juni 2010 um Publikationsaufschub ab.

8. Mit Schreiben vom 15. Juni 2010 reichte Flamco eine Version der von ihr bereinigten Verfügung vom 10. Mai 2010 ein. Weite Teile des Antrages wurden von Flamco integral als Geschäftsgeheimnisse bezeichnet, woraufhin das Sekretariat Flamco mit Schreiben vom 16. Juni 2010 eine Nachfrist zur Geschäftsgeheimnisbereinigung bis zum 23. Juni 2010 ansetzte. Mit Eingabe vom 23. Juni unterbreitete Flamco dem Sekretariat einen „unpräjudiziellen“ Vorschlag, wonach bis zum rechtskräftigen Abschluss des EU-Verfahrens folgendermassen vorgegangen werden sollte:

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

1. Das Sekretariat erklärt sich bereit, die in der beiliegenden Version der Verfügung als Geschäftsgeheimnisse markierten Passagen in der Publikation abzudecken. Es geht im Wesentlichen um folgende drei Bereiche:

- Hinweise auf die Selbstanzeige sowie die darin dargestellten Sachverhalte;
- Erläuterung des konzerninternen Preisbildungsmechanismus;
- Umsatzangaben, Namen von Kunden etc.

2. Unsere Mandantin verzichtet im Gegenzug auf die Abdeckung aller übrigen im Schreiben vom 15. Juni 2010 beantragten Passagen und akzeptiert die Veröffentlichung der rubrizierten Verfügung auf der Basis der beiliegenden überarbeiteten Version der um Geschäftsgeheimnisse bereinigten Verfügung vom 10. Mai 2010.

9. Mit Schreiben vom 29. Juni 2010 versandte das Sekretariat Flamco eine Anzeige der Rechtskraft und bat die ausstehende Sanktion und die Verfahrenskosten zu begleichen. Zudem wies das Sekretariat Flamco darauf hin, dass die Eingabe vom 23. Juni 2010 geschwärzte Angaben enthalte, welche weder Geschäftsgeheimnisse darstellten noch Hinweise auf die Selbstanzeige enthielten. Das Sekretariat unterbreitete Flamco daher einen Vorschlag für die Internetpublikation der Verfügung. Zudem präzisierte das Sekretariat, dass sämtliche Angaben mit Bezug auf die Selbstanzeige nach Abschluss des entsprechenden Verfahrens in der EU sowohl online als auch in der der Entscheidsammlung der Schweizerischen Wettbewerbsbehörden „Recht und Politik der Wirtschaft (RPW)“ offengelegt würden. Als Geschäftsgeheimnisse würden lediglich die vom Sekretariat aufgezählten Umsatzangaben gewertet. Falls Flamco mit diesem Vorschlag nicht einverstanden sei, würde das Sekretariat eine entsprechende Verfügung erlassen.

10. Mit Schreiben vom 7. Juli 2010 erklärte Flamco unter Bezugnahme auf das Sekretariatsschreiben vom 29. Juni 2010 ohne Begründung, dass sie die Aussage bezüglich Geschäftsgeheimnisse nicht teilte und auf die Zustellung einer entsprechend begründeten Verfügung warte. Das Sekretariat kündigte daraufhin am 12. Juli 2010 telefonisch und schriftlich an, dass es eine entsprechende Verfügung erlassen werde und in der Zwischenzeit die Verfügung in der von Flamco genehmigten Form auf dem Internet aufschalten würde. Flamco erklärte sich telefonisch einverstanden mit dieser Vorgehensweise.

11. Auf eine darauf folgende Anfrage des Rechtsvertreters stellte das Sekretariat klar, dass es die von Flamco mit Schreiben vom 23. Juni 2010 vorgeschlagene Version der Verfügung online aufschalten würde. Nachdem das Sekretariat die Verfügung in der von Flamco am 23. Juni 2010 vorgeschlagenen Version aufgeschaltet hatte, wandte sich Flamco mit E-Mail vom 13. Juli 2010 und einem Schreiben vom 14. Juli 2010 an das Sekretariat und verlangte, es sei die publizierte Version vom Internet zu entfernen und die von Flamco vorgeschlagene Version vom 15. Juni 2010 zu publizieren. Zur Begründung brachte Flamco im Wesentlichen vor, dass ihr

Vorschlag vom 23. Juni 2010 „unpräjudiziell“ erfolgt sei und keine Einigung über den Vorschlag vom 23. Juni 2010 erfolgt sei. Daher könne lediglich die vorgeschlagene Version vom 15. Juni 2010 publiziert werden. Falls das Sekretariat anderer Auffassung sei, solle es auch hierzu eine entsprechend begründete Verfügung erlassen.

12. Das Sekretariat wies zuerst per E-Mail vom 13. Juli 2010 darauf hin, dass es nach Treu und Glauben davon ausgegangen sei, Flamcos Vorschlag vom 23. Juni 2010 sei ernsthaft gemeint gewesen. Zudem könne die Publikation eines Entscheides gemäss jüngster Rechtsprechung nicht Gegenstand einer Verfügung bilden. Es liess daher die Verfügung in der von Flamco vorgeschlagenen Version vom 23. Juni 2010 auf dem Internet stehen. Auf das erneute schriftliche Gesuch Flamcos vom 14. Juli 2010, die auf dem Internet publizierte Version der Verfügung zu entfernen, reagierte das Sekretariat mit Schreiben vom 15. Juli 2010. Es gab Flamco zu bedenken, dass das Unternehmen mit seiner Eingabe vom 23. Juni 2010 die Veröffentlichung der Verfügung in der von ihr vorgeschlagenen Version wörtlich akzeptiert habe. Das Einverständnis des Sekretariats mit Flamcos Vorschlag folge zudem alleine schon aus dem Umstand, dass es diesen publiziert habe. Das Sekretariat würde daher, wie gewünscht, auf der Basis des Vorschlags vom 23. Juli 2010 eine Verfügung bezüglich der Geschäftsgeheimnisse erlassen. Es wies Flamco noch einmal darauf hin, dass die umfassende Publikation der Verfügung vom 10. Mai 2010 in der RPW vereinbarungsgemäss erst nach Abschluss des entsprechenden EU-Verfahrens erfolgen würde. Flamco liess sich in der Folge nicht mehr vernehmen.

13. Gegenstand der vorliegenden Verfügung ist aufgrund des Gesagten, die Bezeichnung der Geschäftsgeheimnisse im Falle einer Publikation in der RPW und gegebenenfalls online nach Abschluss des entsprechenden Verfahrens vor der EU-Kommission. Die Verfügung basiert auf dem Vorschlag von Flamco vom 23. Juli 2010.

## **B Erwägungen**

### **B.1 Zuständigkeit**

14. Gemäss Art. 46 Abs. 1 VwVG<sup>2</sup> in Verbindung mit Art. 39 und 23 Abs. 1 KG ist anhand einer anfechtbaren Zwischenverfügung über die Frage zu entscheiden, ob oder in welcher Form als Geschäftsgeheimnisse anerkannte Tatsachen zu umschreiben sind, um den anderen Parteien die Akteneinsicht zu ermöglichen.<sup>3</sup> Nach Art. 23 Abs. 1 KG bereitet das Sekretariat die Geschäfte der WEKO vor, führt die Untersuchungen durch und erlässt zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums die notwendigen verfahrensleitenden Verfügungen. Der vorliegende Entscheid stellt eine solche verfahrensleitende Verfügung im Sinne von Art. 23 Abs. 1 KG dar.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG); SR 172.021.

<sup>3</sup> RPW 2001/2, 375 Rz 9, *Qualifizierung und Umschreibung von Geschäftsgeheimnissen*; vgl. auch Entscheid der REKO/WEF, RPW 2002/4, 704 f., *Vertrieb von Tierarzneimitteln*.

<sup>4</sup> Vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 1997/2, 254, *Künstliche Besamung*; RPW 2001/2, 375 Rz 10, *Qualifizierung und Umschreibung von Geschäftsgeheimnissen*; Entscheid der REKO/WEF RPW 2002/4, 704 E. 1.1.1., 706 E.1.2.2., *Vertrieb von Tierarzneimitteln*.

## B.2 Rechtlicher Hintergrund der Publikation der Entscheidungspraxis

15. Gemäss Art. 48 Abs. 1 KG können die Wettbewerbsbehörden ihre Entscheide veröffentlichen. Diese Kann-Vorschrift verpflichtet die Wettbewerbsbehörden zwar nicht zur Publikation, räumt ihnen aber das Recht ein, Entscheide zu publizieren. Der Publikationsentscheid liegt also im Ermessen der Wettbewerbsbehörden, bedarf daher keiner zusätzlichen Rechtfertigung und kann im Übrigen als Realakt nicht angefochten werden. Bei der Ausübung des Ermessens ist zu beachten, dass Art. 48 Abs. 1 KG Art. 49 Abs. 1 KG gegenübersteht, wonach das Sekretariat und die WEKO verpflichtet sind, die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit zu informieren. Diese Pflicht ist vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Öffentlichkeit und Transparenz der Verwaltung zu sehen. Da bereits die amtliche Publikation der Eröffnung einer Untersuchung gesetzlich vorgeschrieben ist (Art. 28 KG) und ein zentraler Teil der Tätigkeit der Wettbewerbsbehörden darin besteht, Entscheide vorzubereiten und zu fällen, kommen sie – um ihrer gesetzlichen Informationspflicht zu genügen – nicht umhin, ihre Entscheidungspraxis der Öffentlichkeit offenzulegen. In Anbetracht dieser Anforderungen ist nicht leicht hin davon abzusehen, Verfügungen zu publizieren, in welchen Verhaltensweisen von Unternehmen als unzulässig qualifiziert werden.

16. Nebst den genannten Gründen ist bei der Publikation dem Verfassungsprinzip der Rechtssicherheit Rechnung zu tragen.<sup>6</sup> Die Rechtssicherheit der dem Kartellrecht unterworfenen Wirtschaftssubjekte kann nur durch eine transparente Wettbewerbspolitik sichergestellt werden. Dieses Ziel würde verfehlt, wenn nur einzelne Entscheide publiziert würden oder ganze Begründungspassagen in den Publikationen abgedeckt blieben.

17. Schliesslich ist im Hinblick auf die Publikation auch der Aspekt der Begründung zentral. Auf der einen Seite haben die Verfügungsadressaten ein durch Art. 29 Abs. 2 BV garantiertes Recht auf Begründung.<sup>7</sup> Auf der anderen Seite trifft die Wettbewerbsbehörden die entsprechende Begründungspflicht.<sup>8</sup> Gleichzeitig ist die Publikation des Entscheides und dessen Begründung ein wesentlicher Bestandteil des Kartellrechtvollzuges, v.a. weil die Sanktionen von Art. 49a Abs. 1 KG strafrechtlichen Charakters<sup>9</sup> sind und das Verfahren nicht publikumsöffentlich ist.<sup>10</sup> Es können daher prinzipiell nicht ganze Passagen, welche auf die Sanktionsbemessung einer Selbstanzeigerin Bezug nehmen, von der Publikation ausgenommen werden.<sup>11</sup>

18. Praxisgemäss (vgl. Art. 21 ff. Geschäftsreglement<sup>12</sup>) wird denn in der Regel auch jeder Abschluss einer Untersuchung in der RPW unter Beachtung von Art. 25 Abs. 4 KG veröffentlicht. Seit einigen Jahren werden die Entscheide in Übereinstimmung mit der EU-Praxis<sup>13</sup> bereits vor ihrer RPW-Publikation auf dem Internet veröffentlicht. Dies ermöglicht es den Behörden, Entscheide innert relativ kurzer Frist zu veröffentlichen. Können sich die Wettbewerbsbehörden und die Parteien über den Geschäftsgeheimnischarakter einer Textpassage nicht einigen, werden vorab Verfügungen im Internet publiziert, in welchen die strittigen Passagen vollständig abgedeckt sind. Der Inhalt der abgedeckten Stellen bildet

Gegenstand einer Verfügung über den Geschäftsgeheimnischarakter, sofern keine vorherige Einigung erzielt werden kann.<sup>14</sup>

## B.3 Der Geschäftsgeheimnisbegriff

19. Art. 25 Abs. 4 KG, wonach die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben dürfen, enthält keine Definition des Geschäftsgeheimnisbegriffs. Die Begriffsbestimmung lehnt sich an der Rechtsprechung zu Art. 162 StGB<sup>15</sup> (Verletzung des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses)<sup>16</sup> und Art. 4 Bst. c, 6 und 15 UWG<sup>17</sup> an.<sup>18</sup>

20. Gemäss Rechtsprechung zu Art. 162 StGB gilt eine Tatsache als Geheimnis, wenn sie kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllt<sup>19</sup>:

- Die Tatsache darf weder allgemein bekannt noch allgemein zugänglich sein (Mangel an Offenbarkeit und Zugänglichkeit);
- Der Geheimnisherr will die Tatsache geheim halten (subjektiver Geheimhaltungswille);
- Der Geheimnisherr hat an der Geheimhaltung der Tatsache ein berechtigtes Interesse (objektives Geheimhaltungsinteresse).

<sup>5</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-4221/2008 vom 28. September 2009, E. 6.2.; bestätigt durch Urteil des BVGer B-1612/2010 vom 8. Juli 2010, E. 4.

<sup>6</sup> THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 48 KG N 7; STEFAN KOLLER, in: Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 48 KG N 1.

<sup>7</sup> RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFFER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2009, Rz 3041.

<sup>8</sup> BGE 117 Ib 481, 492 E. 6b.bb; LORENZ KNEUBÜHLER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 35 VwVG N 4 f.

<sup>9</sup> BGE 135 II 60, 71 E. 3.2.3; Urteil des BVGer B-4037/2007 vom 29. Februar 2008, E. 4.3; Urteil des BVGer B-2050/2007 vom 24. Februar 2010, E. 4.2.

<sup>10</sup> DANIEL ZIMMERLI, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der „Bonusregelung“ im Kartellrecht, 2007, 749.

<sup>11</sup> In diesem Sinne auch CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 49a KG N 167.

<sup>12</sup> Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 1. Juli 1996, SR 251.1.

<sup>13</sup> DG COMPETITION, Best Practices on the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU, 28 f., Rz 135. [Zur Zeit der Abfassung der Verfügung noch nicht auf Deutsch erhältlich und noch nicht im Amtsblatt publiziert. Mittlerweile vgl. Bekanntmachung der Kommission über bewährte Vorgehensweisen in Verfahren nach Artikel 101 und 102 des AEUV, ABl. 2011 C 308/6, Rz 145 ff.]

<sup>14</sup> Das Bundesverwaltungsgericht hat die Frage, ob die Wettbewerbsbehörden eine Pflicht zum Erlass einer solchen Verfügung trifft, bis anhin offen gelassen, vgl. Urteil des BVGer B-1612/2010 vom 8. Juli 2010, E. 1.4, 6.3.3.

<sup>15</sup> Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (Strafgesetzbuch, StGB; SR 311.0).

<sup>16</sup> SIMON BANGERTER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 25 KG N 51.

<sup>17</sup> Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG; SR 241).

<sup>18</sup> BGE 103 IV 283, 283 E. 2b; JEAN MARC REYMOND, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (Hrsg.), 2002, Art. 16 LCart N 14; REGULA WALTER, in: Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 16 KG N 6; JÜRGEN BORER, Kartellgesetz, 2005, Art. 16 KG N 3; JACQUES GUYET, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Von Büren/David (Hrsg.), Bd. V/1, 1994, 192.

<sup>19</sup> BGE 103 V 283, 284 E. 2b; vgl. KG-spezifisch Entscheid der REKO/WEF vom 26. Dezember 2002, RPW 2002/4, 708 E. 3, *Vertrieb von Tierarzneimitteln*.

21. Das Bundesgericht subsumiert unter diesen Geheimnisbegriff sowohl Fabrikationsgeheimnisse als auch Geschäftsgeheimnisse. Während Fabrikationsgeheimnisse Fabrikationsanleitungen, Herstellungs- und Konstruktionsverfahren umfassen, gelten Informationen als Geschäftsgeheimnisse, die Einkaufs- und Bezugsquellen, Betriebsorganisation, Preiskalkulationen, Werbeplannungen, vertragliche Vereinbarungen usw. betreffen.<sup>20</sup>

Art. 25 Abs. 4 KG umfasst den so verstandenen Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisbegriff, weshalb keine genaue Abgrenzung der beiden Begriffe erforderlich ist.<sup>21</sup> Entscheidend ist hingegen, ob die geheimen Informationen Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis haben können,<sup>22</sup> ob ihnen also ein wirtschaftlicher Wert zukommt.<sup>23</sup>

22. Der erwähnte Grundsatz der Rechtssicherheit verlangt, dass die Entscheidungen der WEKO für die Parteien und, soweit sie veröffentlicht werden, für die Öffentlichkeit nachvollziehbar sind. Dies setzt voraus, dass die Tatsachen, auf welche sich der Entscheid stützt, wenigstens in umschriebener Form bekannt gegeben werden dürfen.<sup>24</sup> Es besteht also kein Anspruch auf absolute Geheimhaltung von Tatsachen, die unter das Geschäftsgeheimnis fallen, in dem Sinne, dass sie – selbst im Falle der Entscheidsrelevanz – auch nicht in Form einer geeigneten Umschreibung bekannt gegeben werden dürfen.<sup>25</sup>

23. Sind unter das Geschäftsgeheimnis fallende Tatsachen für die Entscheidungsfindung massgebend, steht der Geheimhaltungsanspruch des Geheimnisherrn in einem Spannungsverhältnis zu den Prinzipien der Rechtssicherheit und der Transparenz sowie der Begründungspflicht des behördlichen Handelns. Es stellt sich daher die Frage, in welchem Umfang Tatsachen offengelegt werden müssen. Dazu hielt die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) fest, dass Tatsachen, wie beispielsweise der Text einer unzulässigen Abrede oder eines unzulässigen Koppelungsvertrages, von vorneherein mangels objektivem Geheimhaltungsinteresse nicht unter das Geschäftsgeheimnisbegriff fallen, wenn sie zur kartellgesetzlichen Beweisführung notwendig sind.<sup>26</sup> Ferner ist gemäss REKO/WEF eine Umschreibung geheimer Daten zu Umsatz-, Gewinn- und Marktsituation mittels Bandbreiten solange keine Geschäftsgeheimnisverletzung, als eine genügend verfremdende Umschreibung gewählt wird, welche keine hinreichend substantiellen Rückschlüsse auf die fraglichen Ausgangszahlen erlaubt. Die Bandbreiten sind so zu fassen, dass der Umschreibung noch ein genügend sachdienlicher Informationsgehalt entnommen werden kann.<sup>27</sup> Es ist dabei sicherzustellen, dass bei der Bemessung der Bandbreiten keinerlei mathematische Regelmässigkeiten zu Grunde liegen.<sup>28</sup>

24. Anhand der vorliegenden Verfügung ist zu klären, ob die folgenden von Flamco gekennzeichneten Verfügungsteile Geschäftsgeheimnisse sind: Erstens will Flamco sämtliche Textstellen, die auf den Umstand hinweisen, dass Flamco eine Selbstanzeige eingereicht hat, als Geschäftsgeheimnisse bezeichnen (vgl. dazu B.4.1). Zweitens sollen sämtliche Textteile, die Bezug auf den Informationsaustausch Flamcos im EWR nehmen, als Geschäftsgeheimnisse behandelt werden (vgl. dazu

B.4.2). Drittens sind gemäss Flamco Hinweise mit Bezug auf die konzerninternen Preisfestlegungen Geschäftsgeheimnisse (vgl. dazu B.4.3). Viertens betrachtet Flamco sämtliche Angaben mit Bezug auf die Sanktionsberechnung als Geschäftsgeheimnisse (vgl. dazu B.4.4). Schliesslich wird fünftens in Rz 300 der Verfügung vom 10. Mai 2010, welche eine Würdigung des Sekretariats betrifft, als Geschäftsgeheimnis bezeichnet (vgl. dazu B.4.5).

## B.4 Die strittigen Punkte

### B.4.1 Hinweise auf Selbstanzeige

#### B.4.1.1 Einleitende Bemerkung

25. Flamco macht in ihrem Schreiben vom 23. Juni 2010 geltend, dass sämtliche Hinweise auf die Selbstanzeige sowie die darin dargestellten Sachverhalte Geschäftsgeheimnisse darstellen. Sie gibt allerdings nicht an, welche konkreten Stellen sich aus ihrer Sicht auf die Selbstanzeige beziehen. Aus Sicht der verfügenden Behörde handelt es sich um Rz 6, 12, 20, 61, 92, 347 und 360-369.

26. Flamco bringt vor, dass gemäss dem Merkblatt der WEKO zur Bonusregelung die WEKO und ihr Sekretariat den meldenden Unternehmen absolute Vertraulichkeit garantierten. Dabei sei es möglich die Identität des meldenden Unternehmens und/oder die von diesem vorgelegten Informationen gegenüber anderen Unternehmen und der Öffentlichkeit geheim zu halten. Gemäss dem zitierten Merkblatt sei die Bonusmeldung für andere Verfahren nicht zugänglich. Diesem Prinzip sei insbesondere vor dem Hintergrund des Verfahrens in der EU Rechnung zu tragen.

27. Vorweg ist festzuhalten, dass das Sekretariat mit Flamco bereits übereingekommen ist, die Verfügungspassagen, welche Bezug auf ihre Selbstanzeige nehmen, bis zum Abschluss des Verfahrens vor der EU-Kommission nicht zu publizieren. Lediglich die von Flamco mit Hinblick darauf bereinigte Verfügungsversion

<sup>20</sup> BGE 103 V 283, 284 E. 2b; in Bezug auf Geschäftsgeheimnisse BGE 109 IB 47, 56, E. 5 c.; BSK KG-BANGERTER (Fn 16), Art. 25 KG N 53.

<sup>21</sup> ALESSANDRO BIZZOZERO, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (Hrsg.), 2002, Art. 25 LCart N 36, BSK KG-BANGERTER, Art. 25 KG N 53.

<sup>22</sup> BGE 103 IV 283, 284 E. 2b; MARC AMSTUTZ/MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), 2003, Art. 162 StGB N 15; BSK KG-BANGERTER (Fn 16), Art. 25 KG N 53.

<sup>23</sup> STEFAN TRECHSEL ET AL., Schweizerisches Strafrecht, 2008, Art. 162 StGB N 6.

<sup>24</sup> RPW 2001/2, 376 Rz 16, *Qualifizierung und Umschreibung von Geschäftsgeheimnissen*.

<sup>25</sup> RPW 2001/2, 376 Rz 17, *Qualifizierung und Umschreibung von Geschäftsgeheimnissen*.

<sup>26</sup> RPW 2006/1, 80 Rz 114, *Kreditkarten – Interchange Fee*; Entscheid der REKO/WEF vom 26. Dezember 2002, RPW 2002/4, 712, *Vertrieb von Tierarzneimitteln*; BSK KG-BANGERTER (Fn 16), Art. 25 KG N 54; BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 25 N 18; URS ZENHÄUSERN, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 25 KG N 15.

<sup>27</sup> Entscheid der REKO/WEF vom 26. Dezember 2002, RPW 2002/4, 715, *Vertrieb von Tierarzneimitteln*.

<sup>28</sup> Entscheid der REKO/WEF vom 26. Dezember 2002, RPW 2002/4, 721, E. 3.3.3., *Vertrieb von Tierarzneimitteln*.

wurde online aufgeschaltet. Vorliegend ist also einzig zu entscheiden, ob auch nach Abschluss des Verfahrens vor der EU-Kommission sämtliche Hinweise auf die Selbstanzeige Flamcos abzudecken sind.

#### B.4.1.2 Rechtliche Würdigung

28. Mit Bezug auf das Vorbringen, die Bonusmeldung sei für andere Verfahren nicht zugänglich, ist festzustellen, dass dieses Vorbringen von den Wettbewerbsbehörden grundsätzlich nicht bestritten wird. Dieses Vorbringen ist jedoch nicht Gegenstand der vorliegenden Verfügung.<sup>29</sup>

29. Mit der vorliegenden Verfügung wird u.a. geklärt, ob und inwieweit die Textstellen, welche auf den Umstand hinweisen, dass Flamco eine Selbstanzeige eingereicht hat, Geschäftsgeheimnisse darstellen und nach Abschluss des Verfahrens der EU-Kommission publiziert werden dürfen. Wie bereits dargelegt, liegt die Publikation der Entscheide im Ermessen der Behörde, welche durch die ihr zukommende Informationspflicht, dem Öffentlichkeitsprinzip und der Rechtssicherheit eingeschränkt wird. Daher darf nicht leichthin von einer Publikation abgesehen werden.

30. Die Tatsache, wonach Flamco eine Selbstanzeige eingereicht hat, wurde im Rahmen des Verfahrens von Flamco nicht als Geschäftsgeheimnis bezeichnet. Ferner wurden Teile ihrer Selbstanzeige notwendigerweise zur Antragsbegründung verwendet. Vor allem Pneumatex, welche als Verfahrenspartei nicht nur Einsicht in die Akten nahm, sondern auch das Recht bekam, zu den im Antrag aufgeführten Sachverhalten im Rahmen von Art. 30 Abs. 2 KG Stellung zu nehmen, kannte nicht nur den Umstand, dass Flamco eine Selbstanzeige eingereicht hatte, sondern auch wesentliche Inhalte daraus. Da für Pneumatex keine Geheimhaltungspflicht besteht, ist nicht ausgeschlossen, dass auch die Beteiligten im EU-Verfahren von diesem Umstand erfahren haben. In Anbetracht dieser Umstände ist es zumindest fraglich, ob der Umstand der Selbstanzeige und dessen ungefährer Inhalt nicht bereits einem breiteren Kreis bekannt sind.

31. Wenn auch das erste Kriterium des Geheimnischarakters der genannten Information im Sinne der Rechtsprechung nicht klar erfüllt ist, steht zumindest fest, dass die Informationen nicht allgemein zugänglich sind und ein subjektiver Geheimhaltungswille von Flamco besteht. Es ist also zu klären, ob auch nach Abschluss des Verfahrens vor der EU-Kommission ein objektives Geheimhaltungsinteresse an dieser Tatsache besteht. Das bedeutet, dass nicht Partikularinteressen ausschlaggebend sind, sondern der Gesichtspunkt des Allgemeinwohls.<sup>30</sup>

32. Bei der Beurteilung, ob nach Abschluss des Verfahrens die Identität eines Selbstanzeigers offengelegt werden kann, ist auf der einen Seite dessen Bedürfnis um Schutz vor wirtschaftlichen Nachteilen zu beachten. Diese entstehen diesem insbesondere infolge allfälliger Schadenersatzklagen von Geschädigten in einem Zivilverfahren oder allfälligen Retorsionsmassnahmen von am Wettbewerbsverstoss mitbeteiligten (Konkurrenz-)Unternehmen, welche durch die Selbstanzeige belastet werden. Auf der anderen Seite stehen nach Abschluss des Verfahrens vor allem der Anspruch Geschädigter

auf Ausgleich einer allfälligen Vermögensbeeinträchtigung (Schadenersatz) im Vordergrund.<sup>31</sup>

33. In der schweizerischen Lehre wird der Geheimhaltungsschutz des Selbstanzeigers ab dem Zeitpunkt des Verfügungserlasses teilweise in Frage gestellt. Der Selbstanzeiger würde im Falle einer Sanktionierung – auch im Hinblick auf zivilrechtliche Schadenersatzprozesse – gegenüber den anderen verurteilten Unternehmen besser gestellt bzw. infolge Anonymität weitgehend geschützt.<sup>32</sup> Weiter wird vorgebracht, dass das Verwaltungsverfahren nicht dazu dienen könne, Unternehmen vor Schadenersatzklagen im Zivilverfahren zu schützen, da letzteres auch im schweizerischen Recht in Art. 12 ff. KG vorgesehen sei und somit seine Daseinsberechtigung habe. Es drohe jedem Unternehmen, das an einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung beteiligt sei, eine hohe finanzielle Belastung sowohl in einem Verwaltungs- wie auch in einem Zivilverfahren. Durch die Bonusregelung könne immerhin die Sanktion im Verwaltungsverfahren vermieden werden; die Zivilansprüche der Geschädigten seien davon nicht betroffen, sondern bestünden unabhängig davon.<sup>33</sup>

34. Zu dieser Argumentationsweise kann noch hinzugefügt werden, dass das Kartellgesetz zwar primär das öffentliche Interesse an einem wirksamen Wettbewerb schützt, daneben aber auch beiläufig dem Privaten zugutekommt.<sup>34</sup> Umgekehrt dient die privatrechtliche Klage eines Einzelnen nicht ausschliesslich seinem eigenen Schutz, sondern stärkt gleichzeitig den Wettbewerb als öffentliches Gut.<sup>35</sup> So gesehen besteht ein öffentliches Interesse an einem gut funktionierenden Kartellzivilverfahren. Dies wiederum spricht dafür, die Identität eines Selbstanzeigers in der publizierten Verfügung offenzulegen, da das öffentliche Interesse an funktionierendem Wettbewerb ohne Weiteres das individuelle Interesse einer Selbstanzeigerin an der Geheimhaltung ihrer Identität über die Dauer eines Verfahrens hinaus überwiegt. Zusammenfassend besteht also im vorliegenden Fall kein objektives Geheimhaltungsinteresse im Sinne der aufgeführten Rechtsprechung zu Art. 162 StGB mit Bezug auf die Identität der Selbstanzeigerin nach dem rechtskräftigen Abschluss eines Verwaltungsverfahrens. Schliesslich ist auch die Begründungspflicht der Wettbewerbsbehörden zu beachten (vgl. dazu oben Rz 17).

<sup>29</sup> Vgl. dazu etwa die Ausführungen BSK KG- BANGERTER (Fn 16), Art. 25 KG Rz 74 f.

<sup>30</sup> BSK StGB-AMSTUTZ/REINERT (Fn 22), Art. 162 StGB N 13.

<sup>31</sup> BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 11), Art. 49a KG N 158; vgl. für eine Darstellung der Problematik auf EU-Ebene, ALAN RILEY, The modernisation of EU-anti-cartel enforcement: Will the Commission grasp the opportunity, E.C.L.R. 2010, 195 ff.

<sup>32</sup> BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 11), Art. 49a KG N 161.

<sup>33</sup> BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 11), Art. 49a KG N 164; contra in Bezug auf die EU, RILEY (Fn 31), The Modernisation, 195 ff. Um die Anreizstrukturen einer Selbstanzeige einreichung zu unterstützen, regt RILEY verschiedene gesetzgeberische Massnahmen an.

<sup>34</sup> BGE 130 II 149, 160 E. 4.1.; BGE 129 II 18, 24 E. 5.2.1.; ANDREAS HEINEMANN, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, Studie im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft, 2009, 113; RETO JACOBS/GION GIGER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Vor Art. 12-17 KG N 2 f.

<sup>35</sup> HEINEMANN (Fn 34), Privatrechtliche Durchsetzung, 113; YVO HANGARTNER, Das Verhältnis von verwaltungs- und zivilrechtlichen Wettbewerbsverfahren, AJP/PJA 2006, 44.

35. Aus all diesen Gründen folgt dreierlei: Erstens ist der Umstand, dass Flamco eine Selbstanzeige eingereicht hat nach Verfahrensabschluss kein Geschäftsgeheimnis. Zweitens können aus der Selbstanzeige entnommene Beweise, welche den Bestand eines Kartells oder dessen Auswirkung auf die Schweiz darlegen, nicht als Geschäftsgeheimnisse bezeichnet werden. Drittens stellen die vorgenannten Elemente keinen Grund dar, eine Verfügung nicht zu publizieren.

#### B.4.1.3 Fazit für den konkreten Fall

36. Flamco hat in ihrem Schreiben, in dem sie um den Erlass der vorliegenden Verfügung ersucht, nicht dargelegt, inwiefern sich die Publikation der betreffenden Stellen nachteilig auf sie auswirken könnte. Flamco könnte allenfalls nach oder bereits vor dem rechtskräftigen Abschluss des entsprechenden Kartellverwaltungsverfahrens in der EU zivilrechtlich belangt werden. Weitere relevante wirtschaftliche Nachteile sind nicht ersichtlich. Wie bereits dargelegt, besteht in diesem Fall kein objektives Geheimhaltungsinteresse, welches das Absehen von der Publikation rechtfertigen würde.

#### B.4.2 Hinweis auf den Informationsaustausch im EWR

37. Flamco bringt in Hinblick auf den von ihr vollständig als Geschäftsgeheimnis bezeichneten Untertitel zum Titel A.4.2.1 „(i) Kontakte im April-Mai 2006“ (Rz 52-61) und der in Tabelle 3 sowie den Randziffern 206-218 abgedeckten Stellen nicht vor, weshalb sie die darin enthaltenen Informationen als Geschäftsgeheimnisse betrachtet. Den abgedeckten Stellen ist gemeinsam, dass sie sich auf eine Kontaktaufnahme zwischen Flamco und zwei Konkurrenzunternehmen in Deutschland beziehen.

38. Soweit vor allem aus den abgedeckten Rz 52, 59, 61 und Tabelle 3 hervorgeht, dass Flamco im Rahmen ihrer Selbstanzeige Informationen an das Sekretariat geliefert hat, kann auf die oben unter Rz 4.1. gemachten Ausführungen verwiesen werden. Mit Blick auf die restlichen in den abgedeckten Passagen enthaltenen Informationen ist festzuhalten, dass es sich dabei um eine Auflistung von E-Mails und Vorbringen Flamcos im Rahmen ihrer beiden Stellungnahmen sowie die dazugehörigen Würdigungen des Sekretariats handelt. Aus den Passagen folgt, dass das Sekretariat das Bestehen von Abreden unter Berücksichtigung der von Flamco vorgebrachten Beweismittel beweisen kann.

39. In Übereinstimmung mit der bereits erwähnten Rechtsprechung und Lehre kann der Text einer unzulässigen Abrede von vornherein mangels objektivem Geheimhaltungsinteresse nicht unter das Geschäftsgeheimnis fallen, wenn sie zur kartellgesetzlichen Beweisführung notwendig ist.<sup>36</sup> Aus der Beweiswürdigung muss hervorgehen, welche Beweismittel die Behörde als geeignet erachtet, um die rechtserheblichen Tatsachen zu beweisen.<sup>37</sup> Dazu gehört auch, dass von den Parteien vorgebrachte rechtsrelevante Argumente und Beweismittel berücksichtigt werden.<sup>38</sup>

40. Der Umstand, dass sich die vorliegenden Beweismittel auf Vorgänge in der EU beziehen ist für die Qualifikation dieser Passagen als Geschäftsgeheimnisse nicht relevant. Wie in der Verfügung vom 10. Mai 2010 darge-

tan wird, haben sich diese Vorgänge auf die Schweiz ausgewirkt und sind deshalb gleich zu behandeln, wie wenn sie sich in der Schweiz abgespielt hätten (vgl. Art. 2 Abs. 2 KG).<sup>39</sup>

#### B.4.3 Bezugnahme auf konzerninterne Preisfestlegung

41. Flamco bringt des Weiteren vor, dass die Erläuterungen des „konzerninternen Preisbildungsmechanismus“ Geschäftsgeheimnisse darstellen, ohne ihren Standpunkt zu begründen. Ebenso wenig spezifiziert Flamco, welche Randziffern aus ihrer Sicht auf den Preisbildungsmechanismus Bezug nehmen. Aus Sicht der verfügenden Behörde thematisieren die Randziffern 116-124 den mutmasslichen Preisbildungsmechanismus.

42. Konkret wird in den betreffenden Passagen ausgeführt, ob das Flamco-Mutterhaus Einfluss auf die Preiserhöhungspolitik der Tochtergesellschaften nimmt. Der Beweis dieser Einflussnahme spielte im Rahmen der Verfügungsbegründung insofern eine Rolle, als sich dadurch die Auswirkungen konkreter Abreden in der EU auf die Schweiz nachweisen liessen. Die Beweisführung wurde basierend auf E-Mails des Mutterhauses an die Tochtergesellschaften und Parteiaussagen vorgenommen. Schliesslich wurden wiederum die von Flamco im Rahmen ihrer Stellungnahme vorgebrachten Einwände in der Würdigung der Beweismittel aufgeführt.

43. Auch die Darstellung dieser Einflussnahme auf die Tochtergesellschaft vermag im Sinne der Rechtsprechung (vgl. Rz 20 ff.) kein objektives Geheimhaltungsinteresse zu begründen. Anhand der Darlegung kann aufgezeigt werden, dass Abreden in der EU einen Einfluss auf die Schweiz hatten und mit dafür verantwortlich waren, dass Flamco sanktioniert wurde.

44. Im Übrigen stellt alleine der Umstand, dass die Muttergesellschaft bei Preiserhöhungen Einfluss auf die Tochtergesellschaften nimmt, keine Tatsache dar, die den in der gleichen Branche tätigen Konkurrenzunternehmen mit einem ähnlichen Unternehmensaufbau nicht bereits bekannt wäre. Ihm kommt daher kein Geheimnischarakter zu.

45. Aus den in den Rz 116-124 der Verfügung genannten Beweismitteln wird zudem in keiner Weise ersichtlich, wie genau die Produktpreise kalkuliert werden. Vielmehr handelt es sich um Hinweise auf die Stahlpreiserhöhungen und Anweisungen, die Produktpreise in einem bestimmten Rahmen nachzuvollziehen. Dabei werden die prozentualen Angaben nicht offen gelegt.

<sup>36</sup> RPW 2006/1, 80 Rz 114, *Kreditkarten – Interchange Fee*; Entscheid der REKO/WEF vom 26. Dezember 2002 RPW 2002/4, 712, *Vertrieb von Tierarzneimitteln*; BSK KG-BANGERTER (Fn 16), Art. 25 KG N 54; SCHMIDHAUSER (Fn 26), in: Homburger et al., Art. 25 KG N 18; SHK-ZENHHÄUSERN (Fn 26), Art. 25 KG N 15.

<sup>37</sup> ZIMMERLI (Fn 10), Dogmatik, 614.

<sup>38</sup> Vgl. dazu STEFAN BILGER, *Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen*, 2002, 305.

<sup>39</sup> JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, *Kartellgesetz*, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 KG N 49; BERNHARD RUBIN/MATTHIAS COURVOISIER, in: Stämpfli Handkommentar zum *Kartellgesetz*, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 2 KG N 31.

Selbst wenn diese Angaben offen gelegt werden würden, bestünde kein Geheimhaltungsinteresse, da die in den betreffenden Abschnitten genannten Informationen mehrheitlich aus dem Jahr 2006 stammen. Lediglich eine Information datiert vom 30. Juni 2008 und liegt somit im Publikationszeitpunkt mindestens zwei Jahre zurück. Sämtliche genannten Preiserhöhungen sind folglich schon längstens auf dem Markt bekannt. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern den betreffenden Informationen ein wirtschaftlicher Wert zukommt und inwieweit die Offenlegung Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis haben könnten. Es handelt sich folglich somit auch nicht um durch die Bundesrechtsprechung geschützte Geschäftsgeheimnisse.

#### B.4.4 Zahlenangaben mit Bezug auf die Sanktionsberechnung

46. Flamco erachtet die Offenlegung der Sanktionsberechnung in der Verfügung vom 10. Mai 2010 als Geschäftsgeheimnis und sieht lediglich den Sanktionsbetrag nicht als Geschäftsgeheimnis an. Auch diesen Umstand begründet Flamco nicht.

47. In der Sanktionsberechnung werden die Berechnungen der Wettbewerbsbehörden aufgezeigt. Die Auflistung enthält keine unternehmensinternen Daten oder Informationen über den Stand oder die Entwicklungen des Unternehmens. Vielmehr trägt sie dem Verfassungsprinzip der Rechtssicherheit Rechnung, indem sie die Behördenpraxis aufzeigt und dafür sorgt, dass die Sanktionsbemessung nachvollzogen werden kann. Die detaillierte Berechnung der Sanktion stellt gemäss der jüngsten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts eine behördliche Pflicht dar.<sup>40</sup> Insbesondere ist es für die Rechtssicherheit unabdingbar, dass ein rechtssuchendes Unternehmen nachvollziehen kann, wie der Dauerzuschlag, mildernde und erschwerende Umstände sowie die Reduktion der Sanktion durch die Bonusmeldung prozentual gewichtet werden. Die einzelnen Frankenbeträge sind dabei nicht zentral und können abgedeckt werden. Auch reicht es aus, wenn lediglich grob gerundete Sanktionsbeträge angegeben werden.<sup>41</sup> Diese Darstellungsweise ermöglicht einerseits den Einblick in die Schwere der Sanktion, verunmöglicht es anderen Unternehmen aber andererseits, ausgehend von der Sanktion auf die genauen Umsätze auf den relevanten Märkten zu schliessen.

48. Erst die Einsicht in die Berechnung der Sanktion ermöglicht es den Entscheid der Wettbewerbsbehörden nachzuvollziehen. Die Praxis wird auf diese Weise transparent, da sich die verschiedenen Fälle vergleichen und Ableitungen für das zukünftige behördliche Verhalten machen lassen. Es besteht somit auch diesbezüglich kein objektives Geheimhaltungsinteresse.

#### B.4.5 Die Randziffer 300

49. Schliesslich bezeichnet Flamco die Randziffer 300 der Verfügung vom 10. Mai 2010 integral als Geschäftsgeheimnis.

50. Randziffer 300 lautet folgendermassen:

Flamco bringt weiter vor, dass sie intensiv von Pneumatex konkurrenziert werde. Flamco habe ihren Umsatz stärker gesteigert als Pneumatex und dem-

entsprechend Marktanteile hinzugewonnen. Von einem Fehlen wirksamen Wettbewerbs könne keine Rede sein. Der Umstand, dass Flamco ihre Umsätze steigern konnte bzw. Marktanteile hinzugewinnen konnte, weist jedoch nicht auf wirksamen Wettbewerb hin. Die Umsatzzugewinne von Flamco fallen nicht derart ins Gewicht, als dass daraus auf wirksamen Wettbewerb geschlossen werden könnte. Abgesehen davon wird dadurch der Umstand, dass die verschiedenen Anbieter von Druckhaltesystemen und Zubehör Informationen über zukünftige Preiserhöhungen ausgetauscht haben und damit den Preiswettbewerb weitestgehend verunmöglicht haben, nicht aufgewogen.

51. Die Vorbringen, dass Flamco intensiv konkurrenziert wird und Marktanteile hinzugewonnen hat, lassen keine spezifischen Schlüsse auf unternehmensinterne Daten zu. Derart generellen Äusserungen kommt im Sinne der oben aufgeführten Rechtsprechung kein Geheimnischarakter zu. Die darin festgehaltenen Beobachtungen, sofern man von deren Richtigkeit ausgeht, können in dieser Allgemeinheit von jedem Marktteilnehmer ohne weiteres aufgrund von eigenen Marktbeobachtungen angestellt werden.

52. Beim unterstrichenen Teil der Randziffer handelt es sich um eine Würdigung der Wettbewerbsbehörden, mit welcher sie ihrer gesetzlichen und verfassungsmässigen Pflicht zur Begründung nachkommt. In der Würdigung wird kein Bezug auf geschäftsinterne Überlegungen genommen. Vielmehr wird ein Argument von Flamco entkräftet und auf den Umstand hingewiesen, dass Flamco Teil eines Kartells war. Dieser Umstand schliesst gemäss der Rechtsprechung (vgl. Rz 23) ein objektives Geheimhaltungsinteresse aus.

#### B.4.6 Fazit

53. Insgesamt besteht bei keiner der aufgeführten Verfügungsstellen ein objektives Geheimhaltungsinteresse von Flamco. Sämtliche erwähnten Passagen können demnach sowohl online als auch nach Abschluss des entsprechenden Verfahrens vor der EU-Kommission in der RPW publiziert werden.

#### C Kosten

54. Nach Art. 2 Abs. 1 Gebührenverordnung KG<sup>42</sup> ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat. Die Verfügungsadressatin hat um den Erlass der vorliegenden Verfügung ersucht und sie daher verursacht. Den von Flamco bezeichneten Angaben kommt zudem keine Geschäftsgeheimnisqualität zu. Aus diesen Gründen werden Flamco die Gebühren vollumfänglich auferlegt. Da die Verfahrenskosten des Hauptverfahrens bereits rechtskräftig verlegt wurden, werden die Kosten der vorliegenden Verfügung separat berechnet.

<sup>40</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-2977/2007 vom 27. April 2010, v.a. E. 8.3.7, *Publigruppe*.

<sup>41</sup> Vgl. RPW 2001/2, 376 Rz 16 f., *Qualifizierung und Umschreibung von Geschäftsgeheimnissen*; Entscheid der REKO/WEF, RPW 2002/4, 715, *Vertrieb von Tierarzneimitteln*.

<sup>42</sup> Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).



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

56. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz CHF 200.-. Die aufgewendete Zeit beträgt 24 Stunden. Gebührenpflichtige Zusatzkosten gemäss Art. 6 Allgemeine Gebührenverordnung<sup>43</sup> sind keine angefallen. Demnach beläuft sich die Gebühr auf CHF 4'800.-.

#### **D Dispositiv**

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt das Sekretariat der WEKO mit einem Mitglied des Präsidiums:

1. Es wird festgestellt, dass die von der Gesuchstellerin mit Schreiben vom 23. Juni 2010 bezeichneten Angaben keine Geschäftsgeheimnisse darstellen. Sie werden im Rahmen der Publikation nicht abgedeckt.
2. Nach Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung wird die Verfügung der WEKO vom 10. Mai 2010 in der beigelegten Form veröffentlicht.
3. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 4'800.-- Franken werden der Gesuchstellerin auferlegt.
4. Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 3000 Bern 14, Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerdeschrift muss die Rechtsbegehren und deren Begründung mit Angabe der Beweismittel enthalten und vom Beschwerdeführer oder seinem Vertreter unterzeichnet sein. Die angefochtene Verfügung ist der Beschwerdeschrift beizulegen.
5. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
  - Flamco AG, in Küsnacht am Rigi, vertreten [...].

---

<sup>43</sup> Allgemeine Gebührenverordnung vom 8.9.2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

B 2	<b>8. BGBM</b> LMI LMI
B 2.8	<b>1. Interkantonaler Marktzugang einer Assistenz Zahnärztin aus dem Kanton Appenzell A. Rh.</b>

*Gutachten vom 16. Juli 2012 zuhanden der Gesundheitsdirektion Zürich betreffend Marktzugang einer Assistenz Zahnärztin aus dem Kanton Appenzell A. Rh.*

## A Sachverhalt

1. A. \_\_\_\_\_ erlangte am 24.03.2000 an der Universität X. \_\_\_\_\_ in Brasilien das Diplom als Zahnärztin (Cirurgiã Dentista). Am 30.03.2006 wurde ihr von der Universität Y. \_\_\_\_\_ ebenfalls in Brasilien der Dokortitel in Odontologie verliehen.

2. A. \_\_\_\_\_ zog im Februar 2006 in die Schweiz und ist seither in der Stadt Zürich wohnhaft. Seit Oktober 2006 ist sie in der Fachpraxis für Kieferorthopädie im Kanton Appenzell A. Rh. bei B. \_\_\_\_\_ als Assistenz Zahnärztin angestellt.

3. B. \_\_\_\_\_ meldete dem Gesundheitsdepartement des Kantons A. Rh. mit Mitteilung vom 13.09.2006 die Anstellung von A. \_\_\_\_\_ als Assistentin in seiner Zahnarztpraxis. Mit Schreiben vom 15.09.2006 teilte das Gesundheitsdepartement B. \_\_\_\_\_ mit, dass die sanitätspolizeilichen Voraussetzungen für die Assistenz Tätigkeit von A. \_\_\_\_\_ erfüllt seien. A. \_\_\_\_\_ durfte damit unter der Aufsicht und Verantwortung von B. \_\_\_\_\_ als angestellte Assistenz Zahnärztin in der Praxis von B. \_\_\_\_\_ tätig werden. Die selbständige Berufsausübung auf eigene Rechnung ist hingegen ausgeschlossen.

4. Das Migrationsamt des Kantons Appenzell A. Rh. erteilte A. \_\_\_\_\_ mit Verfügung vom 03.10.2006 gestützt auf Art. 8 Abs. 2 des damaligen Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 16. März 1931 (ANAG) eine Arbeitsbewilligung.

5. Mit Eingabe vom 23.03.2012 beantragte A. \_\_\_\_\_ bei der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich die Erteilung einer Bewilligung für die „unselbständige Berufsausübung als Zahnärztin im Kanton Zürich“. Präzisierend geht aus der Eingabe hervor, dass mit dem Begriff der „unselbständigen Berufsausübung“ die unselbständige Erwerbstätigkeit als Zahnärztin gemeint ist, womit sich der Begriff der „Unselbständigkeit“ nicht auf die Frage der fachlichen Eigenverantwortung bezieht. Entsprechend beantragt A. \_\_\_\_\_ eine Bewilligung, um im Kanton Zürich unselbständig erwerbstätig, aber in fachlicher Eigenverantwortung als Zahnärztin tätig werden zu können.

6. A. \_\_\_\_\_ macht sinngemäss geltend, ihr dürfe gestützt auf das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM, SR 943.02) der freie Marktzugang im Kanton Zürich

nicht verweigert werden. Die Einschränkungsvoraussetzungen gemäss Art. 3 BGBM seien vorliegend nicht erfüllt.

7. Die Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich beauftragte die Wettbewerbskommission mit E-Mail vom 30.03.2012 gestützt auf Art. 10 Abs. 1 BGBM um Erstellung eines Gutachtens zur Frage der Anwendung des Binnenmarktgesetzes auf den vorliegenden Sachverhalt.

8. Der Wettbewerbskommission liegen als Grundlage für dieses Gutachten folgende Dokumente vor:

- Gesuch von A. \_\_\_\_\_ vom 23.03.2012 um Bewilligung der unselbständigen Berufsausübung im Kanton Zürich;
- Schreiben des Gesundheitsdepartements Kanton Appenzell A. Rh. vom 15.09.2006 an B. \_\_\_\_\_ betreffend Anstellung von A. \_\_\_\_\_;
- Arbeitsbewilligung für A. \_\_\_\_\_ vom 03.10.2006;
- Brasilianische Diplome von A. \_\_\_\_\_.

9. Aufgrund der vorliegenden Dokumente liess sich nicht abschliessend klären, welche Tätigkeiten A. \_\_\_\_\_ im Kanton Appenzell A. Rh. gestützt auf das kantonale Gesundheitsrecht konkret ausüben darf bzw. mit welchen Auflagen und Bedingungen die Tätigkeit von A. \_\_\_\_\_ verbunden ist. Mit Begehren um Amtshilfe vom 3.04.2012 wandte sich die Wettbewerbskommission gestützt auf Art. 8a BGBM mit einem Fragebogen an das Gesundheitsdepartement des Kantons Appenzell A. Rh., um die Rechtslage nach kantonalen Gesundheitsgesetzgebung abzuklären. Mit Schreiben vom 20.04.2012 antwortete das Gesundheitsdepartement Appenzell A. Rh. auf das Amtshilfegesuch der Wettbewerbskommission.

## B Erwägungen

### B.1 Zuständigkeit

10. Gemäss Art. 10 Abs. 1 BGBM kann die Wettbewerbskommission gestützt auf Anfrage einer kantonalen Verwaltungsbehörde ein Gutachten über die Anwendung des Binnenmarktgesetzes erstatten. Ein Gutachten im Sinne von Art. 10 Abs. 1 BGBM soll der Behörde bei der Beurteilung eines konkreten Falles Hilfe leisten.<sup>1</sup> Die Wettbewerbskommission und deren Sekretariat entscheiden frei darüber, ob ein Auftrag für ein Gutachten

<sup>1</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 23. November 1994, BBl 1995 I 1213, 1276.

angenommen wird oder nicht. Die gutachterliche Tätigkeit der Wettbewerbskommission ist insbesondere für binnenmarktrechtlich komplizierte Fälle vorbehalten.

11. Nach Durchsicht des Gutachtensauftrags sowie das dem Auftrag beiliegende Gesuch vom 23.03.2012 um Bewilligung der unselbständigen Berufsausübung im Kanton Zürich von A. \_\_\_\_\_, inkl. Beilagen („Gesuch“) und den Ausführungen des Kantons Appenzell A. Rh. über die Rechtslage im Kanton Appenzell A. Rh. vom 20.04.2012, entscheidet die Wettbewerbskommission, den Gutachtensauftrag der Gesundheitsdirektion Zürich anzunehmen.

## **B.2 Rechtsgrundlagen der Tätigkeit als Assistenz-zahnärztin**

12. A. \_\_\_\_\_ ist im Kanton Appenzell A. Rh. als Assistenzzahnärztin tätig. Die Frage der Rechtmässigkeit ihrer Tätigkeit wie auch die mit ihrer Tätigkeit verbundenen Rechte und Pflichten ergeben sich ausschliesslich aus dem kantonalen Recht. Das Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die universitären Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz, MedBG, SR 811.11) regelt nur die Zulassung und Freizügigkeit von universitären Medizinalpersonen, die ihren Beruf selbständig ausüben (Art. 34 ff. MedBG). Der Begriff der „selbständigen Berufsausübung“ im Sinne von Art. 34 MedBG stellt indes nicht auf die fachliche Eigenverantwortung ab, sondern auf das Abgrenzungskriterium der selbständigen oder unselbständigen Erwerbstätigkeit.<sup>2</sup> Entsprechend findet das Medizinalberufegesetz keine Anwendung auf die Zulassung von universitären Medizinalpersonen, die zwar in fachlicher Eigenverantwortung tätig, aber unselbständig erwerbstätig sind.

### **B.2.1 Regelung des Kantons Appenzell A. Rh.**

13. Gemäss Art. 31 Abs. 1 der alten Verordnung des Kantons Appenzell A. Rh. zum Gesundheitsgesetz vom 8. Dezember 1986 (aGesV AR) waren kantonal approbierte Zahnärzte im Kanton Appenzell A. Rh. befugt, auf eigene Verantwortung einen Assistenten anzustellen. Die Bestimmung lautete wie folgt:

„Kantonal approbierte Zahnärzte sind befugt, unter Meldung an die Sanitätsdirektion auf ihre Verantwortung einen Assistenten anzustellen, sofern dieser die an einen Vertreter gestellten Anforderungen (Art. 30 Abs. 1) erfüllt.“

14. Die Bestimmung in Art. 30 Abs. 1 aGesV AR sah folgende Voraussetzungen vor:

„Ist ein praktizierender kantonal approbierter Zahnarzt wegen Krankheit, Militärdienstes, Ferien oder aus einem anderen wichtigen Grund vorübergehend verhindert, seinen Beruf auszuüben, so ist er befugt, sich unter Meldung an die Sanitätsdirektion auf seine Verantwortung durch einen ebenfalls kantonal approbierten Zahnarzt oder durch einen Zahnarzt mit gleichwertiger Ausbildung oder durch einen Studierenden der Zahnheilkunde einer schweizerischen Hochschule, der mindestens drei klinische Semester beendet hat, vertreten zu lassen.“

15. Der kantonal approbierte Zahnarzt war somit lediglich verpflichtet, die Anstellung vorgängig dem Gesund-

heitsdepartement zu melden. Eine Bewilligungspflicht für den Assistenten bestand nicht.

16. Die Tätigkeit von A. \_\_\_\_\_ richtet sich somit nach Art. 31 Abs. 1 i.V.m. Art. 30 Abs. 1 aGesV AR. A. \_\_\_\_\_ darf folglich ihre zahnärztliche Tätigkeit nur als Assistenzzahnärztin unter der Aufsicht und Verantwortung von einem approbierten Zahnarzt ausführen. Hingegen verfügt sie nicht über eine Bewilligung zur Ausübung des Berufs als Zahnärztin in fachlicher Eigenverantwortung.

17. Mit der Inkraftsetzung des derzeit geltenden Gesundheitsgesetzes vom 25. November 2007 (GesG AR; bGS 811.1) wurde die Bewilligungspflicht für Gesundheitsfachpersonen neu geregelt.

18. Als „Gesundheitsfachpersonen“ im Sinne des Gesundheitsgesetzes gelten Personen, die in unmittelbarem Kontakt mit ihren Patientinnen und Patienten Leistungen (Untersuchung, Pflege, Therapie) erbringen, und deren Tätigkeit im Interesse der öffentlichen Gesundheit der Kontrolle bedarf (Art. 34 Abs. 1 GesG AR). In diesem Zusammenhang ist nicht von Bedeutung, ob die Tätigkeit im Sinne von Art. 34 Abs. 1 GesG AR auf eigene Rechnung (selbständig erwerbstätig) oder in einem Anstellungsverhältnis (unselbständig erwerbstätig) ausgeübt wird. Unselbständig erwerbende Zahnärzte, die in fachlicher Eigenverantwortung tätig sind, gelten ebenfalls als Gesundheitsfachpersonen im Sinne von Art. 34 Abs. 1 GesG AR.

19. Gesundheitsfachpersonen benötigen eine Bewilligung des Departements Gesundheit, wenn sie selbständig und berufsmässig oder sonstwie gegen Entgelt im Sinne von Art. 35 Abs. 1 GesG AR ärztlich tätig sind. Im Unterschied zum Medizinalberufegesetz unterscheidet das kantonale Recht mit Bezug auf die Bewilligungspflicht nicht zwischen selbständig und unselbständig erwerbstätigen Zahnärzten. Beide unterstehen gemäss Art. 35 Abs. 1 GesG AR derselben Bewilligungspflicht.

20. Zwar sieht Art. 35 Abs. 2 GesG AR vor, dass für die „unselbständige“ Tätigkeit keine Bewilligung erforderlich ist. Der Begriff der „Unselbständigkeit“ ist jedoch gesetzlich definiert als Tätigkeit „unter der Verantwortung und direkten Aufsicht einer zur Berufsausübung berechtigten Gesundheitsfachperson“. Gemäss Auskunft des Gesundheitsdepartements Appenzell A. Rh. geht es dabei um die fachliche Unselbständigkeit. Daher betrifft diese Bestimmung insbesondere Personen in Ausbildung, also mitunter Praktikanten und Unterassistenten. Personen in Ausbildung gelten nicht als Gesundheitsfachpersonen im Sinne von Art. 34 Abs. 1 GesG AR und unterstehen folglich nicht der Bewilligungspflicht nach Art. 35 Abs. 1 GesG AR. Schliesslich regelt Art. 39 GesG AR die Voraussetzungen, unter denen die nach Art. 35 Abs. 2 GesG AR bewilligungsfrei tätigen Personen im Falle einer Verhinderung der zuständigen Gesundheitsfachperson als Stellvertreter quasi in Eigenverantwortung tätig sein dürfen.

<sup>2</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz, MedBG) vom 3. Dezember 2004, BBl 2005 173, 224: „Im MedBG wird lediglich die selbstständige Tätigkeit geregelt. Die Regelung der Voraussetzungen zur unselbstständigen Tätigkeit obliegt weiterhin den Kantonen.“; dazu ausführlich Thomas Gächter, Selbständige Berufsausübung im Sinne des Medizinalberufegesetzes (MedBG) und des Psychologieberufegesetzes (PsyG), Jusletter 19. Januar 2009, Rz 19 ff.

21. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass gemäss kantonalem Gesundheitsgesetz alle in fachlicher Eigenverantwortung tätigen Gesundheitsfachpersonen derselben Bewilligungspflicht unterstehen, unabhängig davon, ob sie selbständig oder unselbständig erwerbstätig sind. Das kantonale Recht erlaubt zwar die bewilligungsfreie, unselbständige Tätigkeit, doch diese ist grundsätzlich für Personen in Ausbildung vorbehalten.

22. Gemäss Auskunft des Gesundheitsdepartements Appenzell A. Rh. erfüllt A. \_\_\_\_\_ die Voraussetzungen für eine Bewilligung als Gesundheitsfachperson nicht. Das Gesundheitsdepartement Appenzell A. Rh. verlangt gestützt auf Art. 35 Abs. 1 GesG AR auch von unselbständig erwerbstätigen Gesundheitsfachpersonen, dass sie über ein eidgenössisches oder gemäss Medizinalberufegesetz anerkanntes Zahnarzt Diplom verfügen (vgl. Zulassungsvoraussetzungen gemäss der kantonalen Verordnung über die Gesundheitsfachpersonen vom 11. Dezember 2007 [bGS 811.13, „Verordnung“], Art. 36 Abs. 1 Bst. a bis e GesG AR und Art. 36 und Art. 15 MedBG). A. \_\_\_\_\_ erfüllt diese Voraussetzung nicht, da ihre brasilianischen Diplome gemäss Medizinalberufegesetz nicht anerkannt werden.

23. Aufgrund der Besitzstandgarantie nach Art. 67 GesG AR ist es A. \_\_\_\_\_ jedoch gestattet, weiterhin ohne fachliche Eigenverantwortung als Assistenz Zahnärztin im Sinne der aGesV AR tätig zu sein.

### B.2.2 Zusammenfassung und Gegenüberstellung zur Regelung des Kantons Zürich

24. Der Kanton Appenzell A. Rh. unterscheidet zwischen Gesundheitsfachpersonen und „unselbständig tätigen“ Personen. Eine Bewilligung für Gesundheitsfachpersonen wird nur an Inhaber eines eidgenössischen oder eines gemäss Medizinalberufegesetz anerkannten Zahnarzt Diploms ausgestellt. Gesundheitsfachpersonen arbeiten in fachlicher Eigenverantwortung, unabhängig davon, ob sie selbständig oder unselbständig erwerbstätig sind. Als „unselbständig tätige“ Personen gelten hingegen Personen in Ausbildung, die unter der Verantwortung einer Gesundheitsfachperson tätig sind.

25. A. \_\_\_\_\_ verfügt über eine Bewilligung zur unselbständigen Erwerbstätigkeit unter der Verantwortung einer Gesundheitsfachperson, obschon sie sich nicht in Ausbildung befindet. Diese Tätigkeitsform ist im heute geltenden Gesundheitsrecht des Kantons Appenzell A.

Rh. nicht mehr vorgesehen, weshalb sich die Tätigkeit von A. \_\_\_\_\_ auf die Besitzstandgarantie stützt.

26. Wie das Gesundheitsrecht des Kantons Appenzell A. Rh. unterscheidet auch das zürcherische Gesundheitsgesetz vom 2. April 2007 (GesG ZH, 810.1) zwischen der selbständigen und der unselbständigen Berufsausübung. Wer fachlich eigenverantwortlich sowie berufsmässig als Zahnarzt tätig ist, braucht eine Berufsausübungsbewilligung (§§ 3 und 4 GesG ZH). Die Bewilligungsvoraussetzungen sind wie vorstehend erwähnt auf Bundesebene geregelt und richten sich nach dem Medizinalberufegesetz.

27. Selbständig tätige Zahnärzte haben die Möglichkeit, unter ihrer fachlichen Verantwortung Personen zu beschäftigen. Dazu ist ebenfalls eine Bewilligung notwendig (§ 6 GesG ZH). Diese wird unter der Voraussetzung erteilt, dass die zu beschäftigende, unselbständig – d.h. ohne fachliche Eigenverantwortung – tätige Person die Voraussetzungen gemäss § 4 GesG ZH erfüllt. § 4 Abs. 1 Bst. a GesG ZH sieht vor, dass die „von der Gesetzgebung verlangten fachlichen Anforderungen“ erfüllt sein müssen. Dabei handelt es sich um einen Verweis auf die zürcherische Verordnung über die universitären Medizinalberufe (MedBV ZH, 811.11), die in §§ 5 ff. die unselbständige Tätigkeit regelt.

28. Als unselbständig tätige Personen gelten Assistenten (§ 6 MedBV ZH) und Praktikanten (§ 7 MedBV ZH). Gemäss § 6 Abs. 1 MedBV ZH werden Zahnärzte nur zur Assistenz bewilligt, wenn sie die bundesrechtlichen Bewilligungsvoraussetzungen nach Art. 15 und 36 MedBG erfüllen. Assistenz Zahnärzte benötigen somit ein eidgenössisches oder gemäss Medizinalberufegesetz anerkanntes Zahnarzt Diplom. Die Praktikantenbewilligung ist für Personen in Ausbildung vorbehalten, die über einen Bachelorabschluss verfügen und an einem Masterstudiengang immatrikuliert sind (§ 7 MedBV ZH). Die Regelung der Kanton Appenzell A. Rh. und Zürich ist in Tabelle 1 nachfolgend gegenübergestellt.

29. Die Tätigkeit von A. \_\_\_\_\_ im Kanton Appenzell A. Rh. entspricht im Wesentlichen der im Kanton Zürich vorgesehenen Assistenz Tätigkeit gemäss § 6 MedBV ZH. Der Kanton Zürich verlangt für diese Tätigkeit ein eidgenössisches oder gemäss Medizinalberufegesetz anerkanntes Zahnarzt Diplom. Diese Voraussetzung erfüllt A. \_\_\_\_\_ nicht.

Tabelle 1: Gegenüberstellung Kantone Appenzell A. Rh. / Zürich

Tätigkeitsform	Appenzell A. Rh.	Zürich
selbständig	Gesundheitsfachperson	Zahnarztbewilligung
unselbständig mit fachlicher Eigenverantwortung	Gesundheitsfachperson	[nicht vorgesehen]
unselbständig unter Verantwortung eines selbständigen Zahnarztes	bewilligungsfrei [für Personen in Ausbildung vorbehalten]	Bewilligung für - Assistenten [mit eidg. od. gem. MedBG anerkanntem Zahnarzt Diplom] - Praktikanten in Ausbildung

### B.3 Grundsatz des freien Marktzugangs

30. Die Bestimmung in Art. 2 Abs. 1 BGBM verleiht den Personen im Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes einen individual-rechtlichen Anspruch auf freien Marktzugang. In Konkretisierung des Anspruchs auf freien Marktzugang im Sinne von Art. 2 Abs. 1 BGBM statuieren Abs. 3 und 4 das Herkunftsprinzip. Das Herkunftsprinzip gilt sowohl für die Wirtschaftstätigkeit über Binnengrenzen hinaus als auch für die Begründung einer (Zweit-)Niederlassung:

- 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. Massgebend sind dabei die Vorschriften des Kantons oder der Gemeinde der Niederlassung des Anbieters (Art. 2 Abs. 3 BGBM).
- Nach Art. 2 Abs. 4 BGBM hat jede Person, die eine Tätigkeit rechtmässig ausübt, das Recht, sich zwecks Ausübung dieser Tätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz niederzulassen und diese Tätigkeit nach den Vorschriften des Orts der Ersteniederlassung auszuüben. Dies gilt auch dann, wenn die Tätigkeit am Ort der Ersteniederlassung aufgegeben wird.

31. Das Herkunftsprinzip basiert auf der gesetzlichen Vermutung, wonach die verschiedenen kantonalen und kommunalen Marktzugangsregelungen gleichwertig sind (Art. 2 Abs. 5 BGBM).

32. Das Recht auf freien Marktzugang nach Massgabe der Herkunftsvorschriften gilt nicht absolut. Die Behörde des Bestimmungsorts kann den Marktzugang für ortsfremde Anbieter mittels Auflagen oder Bedingungen einschränken. Dafür muss die zuständige Behörde in einem ersten Schritt prüfen, ob die generell-abstrakten Marktzugangsregeln und die darauf beruhende Praxis des Herkunftsorts eines ortsfremden Anbieters einen gleichwertigen Schutz der öffentlichen Interessen vorsehen, wie die Vorschriften des Bestimmungsorts (Gleichwertigkeitsvermutung gemäss Art. 2 Abs. 5 BGBM). Ist die Gleichwertigkeitsvermutung in einem konkreten Fall nicht widerlegt, muss dem ortsfremden Anbieter ohne weiteres Marktzugang gewährt werden (BGE 135 II 12 E. 2.4).

33. Beschränkungen für ortsfremde Anbieter sind in der Form von Auflagen oder Bedingungen zulässig, sofern die Vorschriften des Herkunftsorts in einem konkreten Fall einen wesentlich tieferen Schutz der öffentlichen Interessen vorsehen als die Vorschriften des Bestimmungsorts (Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung) und 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 BGBM). Grundsätzlich immer unzulässig sind verdeckte Marktzutrittschranken zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen (Art. 3 Abs. 3 BGBM) und Marktzugangsverweigerungen (Art. 3 Abs. 1 BGBM).

34. Schliesslich gelten gemäss Art. 4 Abs. 1 BGBM kantonale oder kantonal anerkannte Fähigkeitsausweise zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz. Diese Bestimmung verleiht dem Ausweisinhaber einen Anerkennungsanspruch. Sie stellt eine Ergänzung des Rechts auf freien Marktzugang nach Massgabe der Herkunftsvorschriften dar.

35. Im Folgenden ist zu prüfen, ob A. \_\_\_\_\_ gestützt auf Art. 4 BGBM und/oder Art. 2 Abs. 1, 3 und 4 BGBM über einen Anspruch auf Marktzugang im Kanton Zürich als unselbständig erwerbende Zahnärztin in fachlicher Eigenverantwortung verfügt.

### B.4 Anerkennung von Fähigkeitsausweisen (Art. 4 BGBM)

36. Die Bestimmungen gemäss Art. 4 BGBM sehen drei verschiedene Anerkennungsregime vor, namentlich (i) die schweizweite Geltung von Fähigkeitsausweisen gemäss Art. 4 Abs. 1 und 3 BGBM, (ii) die in Art. 4 Abs. 4 BGBM vorgesehene Anerkennung gemäss Konkordat sowie (iii) die in Art. 4 Abs. 3<sup>bis</sup> BGBM vorgesehene Anerkennung gemäss den Vorschriften des Freizügigkeitsabkommens (FZA, SR 0.142.112.681).<sup>3</sup> Der Inhaber des Fähigkeitsausweises kann sich auf das für ihn vorteilhafteste Anerkennungsregime berufen.<sup>4</sup> Für die Anerkennung von Fähigkeitsausweisen im Bereich der Zahnmedizin besteht zwischen den Kantonen Appenzell A. Rh. und Zürich kein Konkordat, weshalb nachfolgend die Anerkennung nach Art. 4 Abs. 1 sowie nach Art. 4 Abs. 3<sup>bis</sup> BGBM zu prüfen ist.

#### B.4.1 Schweizweite Geltung von Fähigkeitsausweisen (Art. 4 Abs. 1 und 3 BGBM)

37. Als Fähigkeitsausweis gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung „ein Ausweis [...] welcher dem Inhaber definitiv attestiert, über die Fähigkeit zur Ausübung einer bestimmten (Erwerbs-)Tätigkeit zu verfügen.“<sup>5</sup> Darunter fallen insbesondere auch Berufsausübungsbewilligungen.<sup>6</sup>

38. Gemäss Art. 4 Abs. 1 BGBM gelten kantonale Fähigkeitsausweise auf dem gesamten Gebiet der Schweiz. Diese Anerkennungspflicht unterstützt den Anspruch auf Marktzugang nach Massgabe der Herkunftsvorschriften gemäss Art. 2 Abs. 1, 3 und 4 BGBM. Mit der Anerkennungspflicht soll verhindert werden, dass der Anspruch auf Marktzugang durch unterschiedliche Bewilligungsvoraussetzungen unterlaufen werden kann.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> BGE 136 II 470 E. 3.2 (Lehrerbewilligung); zu diesem Urteil Nicolas Diebold, Anerkennung einer Unterrichtsberechtigung im schweizerischen Binnenmarkt, Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, Push-Service Entscheide, publiziert am 10. November 2010.

<sup>4</sup> BGE 136 II 470 E. 3.3, 5.3.

<sup>5</sup> BGE 125 II 315 E. 2b/bb; 136 II 470 E. 3.2

<sup>6</sup> WEKO-Gutachten vom 17. Dezember 2001 zuhanden des Gesundheitsdepartements des Kantons St. Gallen betreffend Auslegung des Begriffs "Fähigkeitsausweis" i.S.v. Art. 4 BGBM, RPW 2002, 207 ff., Rz 14 ff.; BGE 136 II 470 E. 5.3; MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, OFK-Wettbewerbsrecht II, BGBM 4 N 1.

<sup>7</sup> WEKO-Gutachten (Fn 6), Rz 34; Botschaft BGBM (Fn 1), 1266 f.

39. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 4 Abs. 1 BGBM in seiner ursprünglichen Fassung von 1995 waren die Kantone nicht verpflichtet, ein bloss von einzelnen Kantonen anerkanntes ausländisches Diplom anzuerkennen (sog. „indirekte Anerkennung“ oder „Anerkennung der Anerkennung“).<sup>8</sup> In der Lehre ist diese mit dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 BGBM nicht vereinbare Praxis berechtigterweise auf Kritik gestossen.<sup>9</sup> Ohnehin ist fraglich, ob diese Rechtsprechung zu Art. 4 Abs. 1 BGBM seit der Teilrevision des Binnenmarktgesetzes von 2005 noch begründet ist.<sup>10</sup> Wie nachfolgend unter B.4.2 auszuführen ist, besteht seit der Einführung von Art. 4 Abs. 3<sup>bis</sup> BGBM die Möglichkeit der indirekten Anerkennung zwischen den Kantonen nach Massgabe des EU-Anerkennungsverfahrens. Mit der Einführung von Art. 4 Abs. 3<sup>bis</sup> BGBM sollte gemäss Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vermieden werden, „dass Schweizer Bürgerinnen und Bürger auf Grund divergierender Anerkennungsregeln im Innenverhältnis gegenüber EU-Bürgerinnen und -Bürgern schlechter gestellt werden könnten. Konkret: Ein Däne mit portugiesischem Diplom könnte besser gestellt sein als ein Schweizer mit einem Abschluss aus den USA.“<sup>11</sup> Zusätzlich zur Verhinderung der Inländerdiskriminierung bezweckte die Übernahme des EU-Anerkennungsverfahrens insbesondere auch eine Vereinheitlichung der Anerkennungsregeln und damit eine Erleichterung des Vollzugs.<sup>12</sup>

40. Nachdem seit der BGBM-Novelle von 2005 die „Anerkennung der Anerkennung“ im Binnenverhältnis aufgrund von Art. 4 Abs. 3<sup>bis</sup> BGBM i.V.m. dem Anerkennungsregime gemäss FZA gewährleistet ist (dazu hinten, B.4.2), gibt es keinen Grund mehr, diese vom Geltungsbereich von Art. 4 Abs. 1 BGBM auszuschliessen. Vor diesem Hintergrund ist nach Auffassung der Wettbewerbskommission auch mit Bezug auf die Anwendung von Art. 4 Abs. 1 BGBM unerheblich, ob ein allfälliger kantonaler Fähigkeitsausweis auf der Basis einer im Ausland oder in der Schweiz absolvierten Ausbildung erteilt worden ist.<sup>13</sup>

41. Das Departement Gesundheit des Kantons Appenzell A. Rh. stellte mit Schreiben vom 15. September 2006 an B. \_\_\_\_\_ fest, dass „die sanitätspolizeilichen Voraussetzungen für die Assistenz Tätigkeit von A. \_\_\_\_\_ in [der Praxis von B. \_\_\_\_\_] gegeben sind.“ Da im genannten Schreiben festgestellt wurde, dass A. \_\_\_\_\_ die Voraussetzungen erfüllte, handelt es sich gemäss Auskunft des Gesundheitsdepartements des Kantons Appenzell A. Rh. um eine materielle Feststellungsverfügung. Die Zulassung als Assistentin setzte gemäss Art. 30 Abs. 1 aGesV AR voraus, dass A. \_\_\_\_\_ als Zahnärztin „mit gleichwertiger Ausbildung“ wie ein kantonal approbierter Zahnarzt qualifiziert wurde (vorn, Rz 13 f.). Entsprechend beurteilte das Departement Gesundheit im Rahmen seiner kantonalen Kompetenzen im Bereich der unselbständigen Berufsausübung die brasilianische Ausbildung von A. \_\_\_\_\_ als „gleichwertig“ im Sinne von Art. 30 Abs. 1 aGesV AR und verfügte gestützt darauf die Bewilligung zur Tätigkeit als Assistenz Zahnärztin im Kanton Appenzell A. Rh. (Art. 31 Abs. 1 aGesV AR). Aus den Akten geht hingegen nicht hervor, dass A. \_\_\_\_\_ über eine Bewilligung verfügt, um im Kanton Appenzell A. Rh. in fachlicher Eigenverantwor-

tung als Zahnärztin tätig zu sein. Die Verantwortung wurde vielmehr an B. \_\_\_\_\_ übertragen.

42. Die Anwendung von Art. 4 Abs. 1 BGBM setzt voraus, dass sowohl Herkunfts- als auch Bestimmungsort Fähigkeitsausweise für dieselbe Erwerbstätigkeit vorsehen.<sup>14</sup> Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt. Sowohl der Kanton Appenzell A. Rh. als auch der Kanton Zürich sehen im kantonalen Gesundheitsrecht die unselbständige Assistenz Tätigkeit von Zahnärzten ohne fachliche Eigenverantwortung vor (siehe vorn, B.2.2).

43. Vorliegend stellt sich die Frage, ob das Schreiben vom 15. September 2006 als Fähigkeitsausweis im Sinne von Art. 4 Abs. 1 BGBM zu qualifizieren ist. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt eine Bewilligung zur Ausübung einer Tätigkeit als Praktikant im Hinblick auf das Erlernen eines Berufes nicht als Fähigkeitsausweis; entsprechend qualifiziere beispielsweise die Rechtspraktikantenbewilligung nicht als Fähigkeitsausweis, sondern nur das Anwaltpatent.<sup>15</sup> Die Situation von A. \_\_\_\_\_ unterscheidet sich hingegen von der dieser Rechtsprechung zugrundeliegenden Konstellation. A. \_\_\_\_\_ wurde als Assistenz Zahnärztin zugelassen, ohne überhaupt die Voraussetzungen für eine berufliche Tätigkeit als Zahnärztin in fachlicher Eigenverantwortung erfüllen zu können. Während also der Rechtspraktikant ein Praktikum als Ausbildung im Hinblick auf das Erlangen des Anwaltpatents absolviert, arbeitet A. \_\_\_\_\_ hauptberuflich als Assistenz Zahnärztin ohne fachliche Eigenverantwortung. Assistenz Zahnarzt ist ein im kantonalen Gesundheitsrecht der Kantone Appenzell A. Rh. und Zürich vorgesehener Beruf, weshalb die Bewilligung zur Ausübung dieser Tätigkeit als Fähigkeitsausweis im Sinne von Art. 4 Abs. 1 BGBM zu qualifizieren ist. Ergänzend ist zu bemerken, dass das EU-Anerkennungsregime einzig für die Anerkennung zu beruflichen Zwecken und für Fähigkeitsausweise gilt, die direkt den Zugang zu einer Erwerbstätigkeit ermöglichen; hingegen gilt das EU-Anerkennungsregime nicht für die rein akademische Anerkennung.<sup>16</sup>

<sup>8</sup> BGE 125 I 267 E. 3e in fine; in BGE 132 II 135 E. 5 hat das Bundesgericht die Frage offen gelassen, ob Art. 9 Anhang I FZA die Anerkennung der Anerkennung erfasst.

<sup>9</sup> MATTHIAS OESCH, Zulassung von ausländischen universitären Medizinalpersonen zum Markt, in: Thomas Poledna/Reto Jacobs (Hrsg.), Gesundheitsrecht im wettbewerblichen Umfeld, Zürich/Basel/Genf 2010, 21 ff., 29 f. m.w.H.

<sup>10</sup> So auch THOMAS ZWALD, Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2. Aufl., Basel 2007, 399 ff. Rz 86.

<sup>11</sup> Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004, BBl 2005 465, 474; die Inländerdiskriminierung ist auch durch die Bestimmung in Art. 6 Abs. 1 BGBM untersagt, vgl. BGE 130 II 470 E. 3.2.

<sup>12</sup> BGE 130 II 470 E. 3.2; Zwald (Fn 10), 445 Fn 178.

<sup>13</sup> Vgl. auch BGE 135 II 12: A. verfügte über eine Berufsausübungsbewilligung als Psychotherapeutin des Kantons Graubünden, die ihr mitunter gestützt auf ihre Ausbildung in Österreich erteilt wurde; dieser bündnerische Fähigkeitsausweis berechtigte A. gestützt auf Art. 2 Abs. 5 BGBM in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 BGBM auch im Kanton Zürich als Psychotherapeutin tätig zu werden.

<sup>14</sup> BGE 125 I 276 E. 5c.

<sup>15</sup> BGE 125 II 315 E. 2/b/bb (Rechtspraktikantenbewilligung).

<sup>16</sup> BGE 136 II 470 E. 4.2, 5.3 (Lehrerbewilligung).

44. Gestützt auf diese Erwägungen gelangt die Wettbewerbskommission zum Schluss, dass die Bewilligung zur unselbständigen Tätigkeit als Assistenz Zahnärztin von A. \_\_\_\_\_ von der Gesundheitsdirektion Zürich gestützt auf Art. 4 Abs. 1 BGBM und unter Vorbehalt von Art. 4 Abs. 3 und Art. 3 Abs. 1 BGBM anzuerkennen ist. Soweit A. \_\_\_\_\_ die Anforderungen gemäss § 7 Bst. b i.V.m. § 4 GesG ZH und §§ 5 ff. MedBV ZH nur teilweise erfüllt, ist ihr der Nachweis zu ermöglichen, dass sie die erforderlichen Kenntnisse im Rahmen ihrer praktischen Tätigkeit erworben hat (Art. 4 Abs. 3 BGBM). Allfällige Einschränkungen des Marktzugangs in Form von Auflagen oder Bedingungen sind nur zulässig, sofern die Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 BGBM erfüllt sind. Die Gesundheitsdirektion Zürich muss folglich unter Berücksichtigung dieser Regeln prüfen, ob der Fähigkeitsausweis von A. \_\_\_\_\_ frei von Auflagen oder allenfalls mit Auflagen anzuerkennen ist.<sup>17</sup>

#### **B.4.2 Anerkennungsregime des FZA (Art. 4 Abs. 3<sup>bis</sup> BGBM)**

45. Gemäss der neu eingeführten Bestimmung in Art. 4 Abs. 3<sup>bis</sup> BGBM erfolgt die Anerkennung von Fähigkeitsausweisen für Erwerbstätigkeiten, die unter das Freizügigkeitsabkommen fallen, nach Massgabe dieses Abkommens.<sup>18</sup>

46. Das Freizügigkeitsabkommen sieht im Verhältnis Schweiz-EU grundsätzlich zwei Anerkennungsregime vor. Im Vordergrund stehen die sekundärrechtlichen Anerkennungsregeln gemäss Richtlinie 2005/36/EG vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, die im Verhältnis Schweiz-EU als direkt anwendbar erklärt werden (Art. 9 i.V.m. Anhang III FZA). 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.<sup>19</sup>

47. Vorliegend stellt sich die Frage, ob eine Person im Geltungsbereich des Freizügigkeitsabkommens mit einem Zeugnis aus einem Drittstaat, das von einem Mitgliedstaat anerkannt worden ist, gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen Anspruch auf Anerkennung in der Schweiz hat (sog. indirekte Anerkennung oder „Anerkennung der Anerkennung“).

48. Die Richtlinie 2005/36/EG stellt den Mitgliedstaaten frei, ob sie eine in einem Drittstaat erlangte Berufsqualifikation anerkennen oder nicht. Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 2005/36/EG sieht vor, dass jeder Mitgliedstaat gemäss dem nationalen Recht eine in einem Drittstaat erlangte Berufsqualifikation anerkennen kann. Hat ein Mitgliedstaat eine in einem Drittstaat erlangte Berufsqualifikation einmal anerkannt, richtet sich die indirekte Anerkennung nach Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2005/36/EG. Demgemäss ist die von einem Mitgliedstaat gestützt auf Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 2005/36/EG anerkannte Berufsqualifikation vom Geltungsbereich der Richtlinie erfasst, wenn die betroffene Person Unionsbürgerin ist und über drei Jahre Berufserfahrung im Hoheitsgebiet

desjenigen Mitgliedstaates verfügt, der den in einem Drittstaat ausgestellten Ausbildungsnachweis gemäss Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 2005/36/EG anerkannt hat. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, richtet sich die Anerkennung der Anerkennung nach den Regeln der Richtlinie 2005/36/EG.

49. Im Übrigen ist die Anerkennung der Anerkennung gemäss konstanter Rechtsprechung des EuGH auch aufgrund der primärrechtlichen Grundfreiheiten gemäss dem Vertrag über die Arbeitsweise der EU (AEUV)<sup>20</sup> gewährleistet. Ein Unionsbürger, dessen Ausbildungsnachweis aus einem Drittstaat in einem Mitgliedstaat anerkannt worden ist, hat Anspruch darauf, dass die Behörde des Aufnahmestaates auf sein Gesuch um Anerkennung der 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.<sup>21</sup> Diese Praxis des EuGH gilt für alle Konstellationen, die nicht in den Geltungsbereich der sekundärrechtlichen Anerkennungsregeln fallen.<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup>

50. Aufgrund von Art. 4 Abs. 3<sup>bis</sup> BGBM gelten diese primär- und sekundärrechtlichen Anerkennungsregeln auch im Innenverhältnis zwischen den Kantonen. Übertragen auf das Innenverhältnis und auf den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die indirekte Anerkennung der in Brasilien erlangten Berufsqualifikation von A. \_\_\_\_\_ vom Geltungsbereich der Richtlinie 2005/36/EG erfasst wird. Wie vorstehend unter Rz 41 ausgeführt, hat das

<sup>17</sup> Vgl. BGE 136 II 470 E. 5.3.

<sup>18</sup> Das EU-Anerkennungsregime gilt einzig für die Diplomanerkennung zu beruflichen Zwecken, nicht aber für die rein akademische Anerkennung, BGE 136 II 470 E. 4.2.

<sup>19</sup> 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, ohne die Frage vertieft zu prüfen; so auch BGE 133 V 33 E. 9.4; NINA GAMMENTHALER, Diplomanerkennung und Freizügigkeit, Diss., Zürich 2010, 364. Die WEKO schliesst sich dieser Praxis an, auch wenn die Frage nach Auffassung des Bundesamts für Berufsbildung und Technologie BBT noch nicht abschliessend geklärt sein mag; in den früheren Entscheidungen BGE 132 II 135 und BVGer Urteil C-89/2007 vom 2. Juli 2007 wurde die Frage, ob die Praxis des EuGH zur primärrechtlichen Diplomanerkennung im Rahmen des FZA zu übernehmen ist, nicht behandelt.

<sup>20</sup> Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 13. Dezember 2007 (Vertrag von Lissabon), ABI. C 83 vom 30.3.2010 S. 47.

<sup>21</sup> Urteil des EuGH vom 14.9.2008 C-238/98 *Hocsman*, Slg. 2000 I-6623 Rz 23 f., 34, 37-40.

<sup>22</sup> Urteile des EuGH vom 7.5.1991 C-340/89 *Vlassopoulou*, Slg. 1991 I-2357, Rz 16; vom 10.12.2009 C-345/08 *Pešla*, Slg. 2009 I-11677, Rz 23-24, 34-41.

<sup>23</sup> Urteil des EuGH vom 22.1.2002 C-31/00 *Dreessen*, Slg. 2002 I-663, Rz 24 f.

Departement Gesundheit des Kantons Appenzell A. Rh. im Rahmen seiner kantonalen Kompetenzen im Bereich der unselbständigen Berufsausübung und gestützt auf sein kantonales Gesundheitsrecht die in Brasilien erlangten Berufsqualifikationen anerkannt (Art. 2 Abs. 2 Richtlinie 2005/36/EG). Die Wettbewerbskommission geht davon aus, dass der Kanton Appenzell A. Rh. im Rahmen des Verfahrens zur Zulassung von A. \_\_\_\_\_ als Assistenz Zahnärztin einen Vergleich zwischen der brasilianischen und der schweizerischen Ausbildung angestellt und diese gemäss Art. 30 Abs. 1 aGesV AR als gleichwertig beurteilt hat. Damit ist gewährleistet, dass die brasilianische Ausbildung nach Auffassung des Kantons Appenzell A. Rh. den Mindestanforderungen an die Ausbildung gemäss Titel III Kapitel III der Richtlinie 2005/36/EG entspricht und die Voraussetzung für eine Erstanerkennung gemäss Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 2005/36/EG erfüllt ist. A. \_\_\_\_\_ ist inzwischen Schweizer Staatsbürgerin geworden und verfügt über mehr als drei Jahre Berufserfahrung im Kanton Appenzell A. Rh. (Art. 3 Abs. 3 Richtlinie 2005/36/EG). Damit ist die Anwendung der Richtlinie 2005/36/EG gegeben.

51. In einem nächsten Schritt ist gestützt auf Art. 10 Bst. g der Richtlinie 2005/36/EG nach der allgemeinen Regelung gemäss Titel III Kapitel I zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen der Kanton Zürich die Appenzell-ausserrhodische Anerkennung der brasilianischen Berufsqualifikation von A. \_\_\_\_\_ anerkennen muss (Anerkennung der Anerkennung). In diesem Zusammenhang ist in Erinnerung zu rufen, dass sich die Appenzell-ausserrhodische Anerkennung der brasilianischen Berufsqualifikation auf die Tätigkeit als Assistenz Zahnärztin beschränkt. Entsprechend wäre auch eine Anerkennung der Anerkennung durch den Kanton Zürich auf die im Kanton Zürich vorgesehene Assistenz Tätigkeit beschränkt (vgl. Art. 1 der Richtlinie 2005/36/EG).

52. 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 Behörde des Aufnahmemitgliedstaates prüft, welches Niveau von a bis e gemäss ihren eigenen Vorschriften für die Aufnahme der Tätigkeit erforderlich ist, und welchem Niveau die Qualifikation des ortsfremden Anbieters entspricht. Gemäss Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie wird die Anerkennung der Qualifikation gewährt, wenn die Qualifikation des ortsfremden Anbieters dem erforderlichen Niveau des Aufnahmemitgliedstaates entspricht oder unmittelbar unter dem geforderten Niveau liegt. Entsprechend ist die Gesundheitsdirektion Zürich verpflichtet, sämtliche Ausbildungsnachweise und Berufserfahrung von A. \_\_\_\_\_ mit den Anforderungen über die Zulassung von Assistenz Zahnärzten ohne fachliche Eigenverantwortung gemäss den zürcherischen Vorschriften (§ 6 MedBV ZH) zu vergleichen.

53. Sind die Anerkennungsvoraussetzungen erfüllt, kann die Gesundheitsdirektion unter den Voraussetzungen von Art. 14 Abs. 1 bis 5 der Richtlinie 2005/36/EG gegebenenfalls Ausgleichsmassnahmen ergreifen und verlangen, dass A. \_\_\_\_\_ einen Eignungstest oder einen Anpassungslehrgang absolviert.<sup>24</sup> Diese Regelung betreffend Ausgleichsmassnahmen entspricht im Wesentlichen Art. 3 Abs. 1 BGBM, wonach die Anerkennung von

Fähigkeitsausweisen gemäss Art. 4 Abs. 1 und 3 BGBM mit Auflagen oder Bedingungen verbunden werden kann.

### **B.5 Marktzugang nach Massgabe der Herkunftsvorschriften (Art. 2 Abs. 1-4 BGBM)**

54. Gemäss Art. 2 Abs. 4 BGBM hat jede Person, die eine Erwerbstätigkeit rechtmässig ausübt, das Recht, sich zwecks Ausübung dieser Tätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz niederzulassen und diese Tätigkeit unter Vorbehalt von Art. 3 BGBM nach den Vorschriften des Herkunftsorts auszuüben. Es ist somit zu prüfen, ob A. \_\_\_\_\_ gestützt auf Art. 2 Abs. 4 BGBM über einen Anspruch auf eine Bewilligung für die unselbständige Berufsausübung als Zahnärztin im Kanton Zürich verfügt.

55. Die Marktzugangsrechte gemäss Art. 2 Abs. 1, 3 und 4 BGBM beruhen auf dem Grundsatz des Herkunftsprinzips.<sup>25</sup> Sie verleihen den Personen im Geltungsbereich des BGBM das Recht, am Bestimmungsort nach den Vorschriften des Herkunftsorts tätig zu werden. Im Rahmen der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit gemäss Art. 2 Abs. 1, 3 und 4 BGBM ist unerheblich, ob die Tätigkeit am Herkunftsort auf der Grundlage einer im Ausland oder in der Schweiz absolvierten Ausbildung bewilligt wurde.<sup>26</sup> Relevant ist einzig die Rechtmässigkeit der Tätigkeit am Herkunftsort. Der Bestimmungsort darf nur von den Herkunftsvorschriften abweichen, wenn die Gleichwertigkeit der Marktzutrittsvorschriften nicht gegeben ist (Art. 2 Abs. 5 BGBM) und die Einschränkungsvoraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 BGBM erfüllt sind.

56. A. \_\_\_\_\_ verfügt damit gestützt auf Art. 2 Abs. 1, 3 und 4 BGBM und unter Vorbehalt von Art. 2 Abs. 5 und Art. 3 Abs. 1 BGBM über einen Anspruch, im Kanton Zürich unter denselben Voraussetzungen und Bedingungen tätig zu werden, denen sie gegenwärtig im Kanton Appenzell A. Rh. untersteht.

### **C Ergebnis**

57. Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen kommt die Wettbewerbskommission zu folgenden Ergebnissen:

1. A. \_\_\_\_\_ verfügt gestützt auf Art. 4 Abs. 1 und 3 sowie auf Art. 4 Abs. 3<sup>bis</sup> BGBM und unter Vorbehalt von Ziff. 2 über einen Anspruch auf Anerkennung des Appenzell-ausserrhodischen Fähigkeitsausweises als Assistenz Zahnärztin.

<sup>24</sup> Gemäss Art. 14 Abs. 3 Abschnitt 2 der Richtlinie 2005/36/EG kann A. \_\_\_\_\_ nicht wählen, ob eine allfällige Ausgleichsmassnahme in Form eines Eignungstests oder eines Anpassungslehrgangs durchgesetzt wird.

<sup>25</sup> NICOLAS DIEBOLD, Das Herkunftsprinzip im Binnenmarktgesetz zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, ZBI 111/2010, 129 ff.

<sup>26</sup> Vgl. auch BGE 135 II 12 und die diesbezüglichen Ausführungen in Fn 13.



- 
2. Soweit A. \_\_\_\_\_ die Anforderungen gemäss § 7 Bst. b i.V.m. § 4 GesG ZH und §§ 5 ff. MedBV ZH nur teilweise erfüllt, kann die Gesundheitsdirektion Zürich unter Berücksichtigung sämtlicher Diplome sowie der Berufserfahrung von A. \_\_\_\_\_ (Art. 4 Abs. 3 und Art. 4 Abs. 3<sup>bis</sup> BGBM) die Anerkennung unter den Voraussetzungen des öffentlichen Interesses, der Verhältnismässigkeit und der Nichtdiskriminierung mit Auflagen oder Bedingungen verbinden (Art. 3 Abs. 1 BGBM) bzw. Ausgleichsmassnahmen in Form eines Eignungstests oder eines Anpassungslehrgangs ergreifen (Art. 4 Abs. 3<sup>bis</sup> BGBM i.V.m. Anhang III FZA und Art. 14 Abs. 1 bis 5 der Richtlinie 2005/36/EG).
  3. A. \_\_\_\_\_ verfügt gestützt auf Art. 2 Abs. 1, 3 und 4 BGBM und unter Vorbehalt von Art. 2 Abs. 5 und Art. 3 Abs. 1 BGBM über einen zu Art. 4 BGBM parallelen Anspruch, im Kanton Zürich unter denselben Voraussetzungen und Bedingungen tätig zu werden, denen sie gegenwärtig im Kanton Appenzell A. Rh. untersteht.
  4. A. \_\_\_\_\_ verfügt über keinen binnenmarktrechtlichen Anspruch gestützt auf Art. 2 Abs. 1, 3 und 4 oder Art. 4 BGBM auf eine Bewilligung des Kantons Zürich zur selbständigen Tätigkeit als Zahnärztin.
-

B 3	<b>Bundesverwaltungsgericht</b> Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale
B 3	<b>1. Beschluss des Bundesstrafgerichts vom 11. Juli 2012 – Entsiegelung (Art. 50 Abs. 3 VStrR)</b>

*Beschluss vom 11. Juli 2012 der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts Wettbewerbskommission gegen A. SA – Gegenstand: Entsiegelung (Art. 50 Abs. 3 VStrR)*

#### Sachverhalt:

**A.** Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend "Sekretariat") eröffnete am 22. November 2011 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission eine Untersuchung gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gegen verschiedene Sanitär-grosshändler in der Schweiz, darunter auch gegen die A. SA (vgl. act. 1.2 und 4.4). Der Untersuchung liegt der Verdacht zu Grunde, dass die betroffenen Unternehmen im Sanitär-grosshandel unzulässige Preisabsprachen und Gebietsabreden getroffen und damit gegen Art. 5 KG verstossen haben könnten (vgl. act. 1.2, S. 1 und act. 4.4). Im Rahmen dieser Untersuchung führte das Sekretariat am 22. November 2011 bei der A. SA eine Hausdurchsuchung durch und stellte hierbei verschiedene Unterlagen und Datenträger sicher (act. 1.1). Die A. SA verlangte anlässlich der Hausdurchsuchung die Versiegelung des Datenträgers "Contenu CD données saisies M. B." (act. 1.1). Das Sekretariat versuchte in der Folge, mit dem Einverständnis der A. SA den entsprechenden Datenträger informell zu entsiegeln. Der Vertreter der A. SA teilte dem Sekretariat mit E-Mail vom 19. März 2012 jedoch mit, diese möchte das formelle Entsiegelungsverfahren in Anspruch nehmen (act. 1.6).

**B.** Mit Gesuch vom 5. April 2012 gelangte das Sekretariat an die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts und beantragt Folgendes (act. 1):

"Es sei unter Kostenfolge die Entsiegelung des am 22. November 2011 sichergestellten und versiegelten Datenträgers der C. Holding AG anzuordnen und deren Durchsuchung durch die Mitarbeiter des Sekretariats der Wettbewerbskommission zu gestatten.

Eventualiter: Sollten sich vereinzelt durch das Anwaltsgeheimnis geschützte Dokumente auf dem Datenträger befinden, seien diese durch die Beschwerdekammer auszuscheiden. Die Durchsuchung des auf diese Weise bereinigten Datenträgers sei durch die Mitarbeiter des Sekretariats der Wettbewerbskommission zu gestatten. Alles unter Kostenfolge."

Die A. SA beantragt in ihrer Gesuchsantwort vom 27. April 2012 was folgt (act. 4):

"1. Das Gesuch der Gesuchstellerin vom 5. April 2012 sei abzuweisen und die bei der Gesuchsgegnerin (...) sichergestellte und versiegelte DVD mit Daten von B. sei an die Gesuchsgegnerin herauszugeben.

Eventualiter:

2. Es seien durch das Bundesstrafgericht sämtliche Daten auszusondern und vom Datenträger zu löschen, die von externen Rechtsanwältinnen/Anwaltskanzleien erstellt, von diesen oder an diese übermittelt wurden oder damit im Zusammenhang stehen, insbesondere Daten betreffend:

- D.
- E.
- F.
- G.
- H.

3. Es sei die Gesuchstellerin anzuweisen, anlässlich der Durchsuchung diejenigen Daten auszuscheiden und vom Datenträger zu löschen, die mit dem Gegenstand der Untersuchung offensichtlich in keinem Zusammenhang stehen und keinen Bezug zu den in Frage stehenden Tatbeständen aufweisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Staates."

Die Gesuchsantwort wurde dem Sekretariat am 2. Mai 2012 zur Kenntnis gebracht (act. 5).

Auf die Ausführungen der Parteien und die eingereichten Akten wird, soweit erforderlich, in den folgenden rechtlichen Erwägungen Bezug genommen.

#### Die Beschwerdekammer zieht in Erwägung:

##### 1.

**1.1** Für die Verfolgung und die Beurteilung strafbarer Handlungen nach dem KG gelten die Bestimmungen des VStrR (Art. 57 Abs. 1 KG). Verfolgende Behörde ist hierbei das Sekretariat der Wettbewerbskommission im Einvernehmen mit einem Mitglied von deren Präsidium. Urteilende Behörde ist die Wettbewerbskommission (Art. 57 Abs. 2 KG). Die Wettbewerbsbehörden können Hausdurchsuchungen anordnen und Beweisgegenstände sicherstellen. Für diese Zwangsmassnahmen sind die Art. 45 - 50 VStrR sinngemäss anwendbar (Art. 42 Abs. 2 KG).

**1.2** Werden im Verwaltungsstrafverfahren Papiere und Datenträger (vgl. hierzu BGE 108 IV 76 E. 1) durchsucht, so ist dem Inhaber derselben wenn immer möglich vor der Durchsuchung Gelegenheit zu geben, sich über deren Inhalt auszusprechen. Erhebt er gegen die Durchsuchung Einsprache, so werden die Papiere vorläufig versiegelt und verwahrt (Art. 50 Abs. 3 VStrR). Zur Einsprache gegen die Durchsuchung ist nur der Inhaber der Papiere legitimiert (Urteil des Bundesgerichts 1S.28/2005 vom 27. September 2005, E. 2.4.2, mit Hinweis auf den Entscheid des Bundesstrafgerichts BV.2005.20 vom 23. Juni 2005, E. 2.1.1). Über die Zulässigkeit der Durchsuchung entscheidet die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts (Art. 50 Abs. 3 VStrR i.V.m. Art. 37 Abs. 2 Bst. b StBOG).

### 1.3

**1.3.1** Die Gesuchsgegnerin bringt in formeller Hinsicht vor, die Gesuchstellerin habe vor dem Hintergrund der in Art. 248 Abs. 2 StPO vorgesehenen Frist von 20 Tagen zu lange mit der Einreichung des vorliegenden Gesuchs zugewartet. Das Gesuch sei daher als verspätet abzuweisen (act. 4, Rz. 76 ff.).

**1.3.2** Die Durchsuchung von Papieren im Verwaltungsstrafrecht richtet sich nach Art. 50 VStrR. Die entsprechende Regelung enthält keine zeitlichen Vorgaben, innerhalb welcher Frist die ersuchende Behörde der Beschwerdekammer ihr Entsigelungsgesuch zu unterbreiten hat (Beschluss des Bundesstrafgerichts BE.2011.6 vom 27. März 2012, E. 1.1.; Entscheid des Bundesstrafgerichts BE.2009.21 vom 14. Januar 2010, E. 1.4; siehe auch Eicker/Frank/Achermann, Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahrensrecht, Bern 2012, S. 210), währenddem der am 1. Januar 2011 in Kraft getretene Art. 248 Abs. 2 StPO der Strafbehörde diesbezüglich eine Verwirkungsfrist von 20 Tagen setzt. Die von der Gesuchsgegnerin angeregte Anwendung von Art. 248 Abs. 2 StPO auf das vorliegende, im Rahmen eines Verwaltungsstrafverfahrens des Bundes gestellte Entsigelungsgesuch erweist sich aber als unzulässig. Art. 1 Abs. 2 StPO sieht vor, dass Verfahrensvorschriften anderer Bundesgesetze [gegenüber den Bestimmungen der StPO] vorbehalten bleiben. Zu den Verfahrensgesetzen, die nicht von der StPO abgelöst wurden, sondern bestehen blieben, gehört das VStrR (Wohlers, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 1 StPO N. 13; Straub/Weltert, Basler Kommentar, Basel 2011, Art. 1 StPO N. 12). Diese wurde vom Gesetzgeber bei der Vereinheitlichung des Strafprozessrechts bzw. beim Erlass der StPO bewusst ausgeklammert (vgl. hierzu die Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 S. 1086, 1127; Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, Bern 2001, S. 31; Aus 29 mach 1 - Konzept einer eidgenössischen Strafprozessordnung, Bericht der Expertenkommission "Vereinheitlichung des Strafprozessrechts", Bern 1997, S. 70). Im Bereich des Verwaltungsstrafrechts des Bundes sind daher nur jene Regeln der StPO zur Anwendung zu bringen, auf welche das VStrR explizit verweist (so z. B. in Art. 22 Abs. 2, Art. 41 Abs. 2, Art. 43 Abs. 2 VStrR u. a. mehr). Wo das VStrR - wie im Bereich der Durchsuchung von Papieren - eine eigene und von der Einfüh-

rung der StPO nicht tangierte Regelung vorsieht, geht diese gegenüber den Bestimmungen der StPO als *lex specialis* vor (Arn/Steiner, *Commentaire romand*, Bâle 2011, n° 27 ad art. 1 CPP; Bernasconi, *Codice svizzero di procedura penale - Commentario*, Zurigo/San Gallo 2010, n. 22 ad art. 1 CPP). Entsprechend ist die Abweisung des vorliegenden Gesuchs infolge Fristablaufs nicht möglich. Dem von der Beschwerdekammer in ihrem Entscheid BE.2009.21 vom 14. Januar 2010, E. 1.4 gemachten Hinweis an die Gesuchstellerin, sich bei weiteren Entsigelungsgesuchen an der Frist von 20 Tagen (gemäss Art. 248 Abs. 2 StPO) zu orientieren, kommt lediglich der Charakter einer Empfehlung zu, mit welcher dem auch im Verwaltungsstrafverfahrensrecht zu wählenden Beschleunigungsgebot gebührend Rechnung getragen werden soll.

**1.4** Die Gesuchsgegnerin ist Inhaberin des versiegelten Datenträgers und daher zur Einsprache legitimiert. Auf das Entsigelungsgesuch ist nach dem Gesagten einzutreten.

**2.** Gemäss konstanter Praxis der Beschwerdekammer entscheidet diese bei Entsigelungsgesuchen in einem ersten Schritt, ob die Durchsuchung im Grundsatz zulässig ist und, sofern dies bejaht wird, in einem zweiten Schritt, ob die Voraussetzungen für eine Entsigelung erfüllt sind. Von einer Durchsuchung von Papieren, bei der es sich um eine strafprozessuale Zwangsmassnahme handelt, wird gesprochen, wenn Schriftstücke oder Datenträger im Hinblick auf ihren Inhalt oder ihre Beschaffenheit durchgelesen bzw. besichtigt werden, um ihre Beweiseignung festzustellen und sie allenfalls zu den Akten zu nehmen. Eine derartige Durchsuchung ist nur zulässig, wenn ein hinreichender Tatverdacht besteht, anzunehmen ist, dass sich unter den sichergestellten Papieren Schriften befinden, die für die Untersuchung von Bedeutung sind (Art. 50 Abs. 1 VStrR) und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit respektiert wird. Die Durchsuchung von Papieren ist dabei mit grösster Schonung der Privatgeheimnisse und unter Wahrung der Berufs- und Amtsgeheimnisse durchzuführen (Art. 50 Abs. 1 und 2 VStrR; vgl. zum Ganzen den Entscheid des Bundesstrafgerichts BE.2010.17 vom 12. November 2010, E. 2 m.w.H.).

### 3.

**3.1** Im Entsigelungsentscheid ist vorab zu prüfen, ob ein hinreichender Tatverdacht für eine Durchsuchung besteht. Dazu bedarf es zweier Elemente: Erstens muss ein Sachverhalt ausreichend detailliert umschrieben werden, damit eine Subsumtion unter einen oder allenfalls auch alternativ unter mehrere Tatbestände des Strafrechts überhaupt nachvollziehbar vorgenommen werden kann. Zweitens müssen ausreichende Beweismittel oder Indizien angegeben und vorgelegt werden, die diesen Sachverhalt stützen. In Abgrenzung zum dringenden setzt dabei der hinreichende Tatverdacht gerade nicht voraus, dass Beweise oder Indizien bereits für eine erhebliche oder hohe Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung sprechen (vgl. zum Ganzen ausführlich den Entscheid des Bundesstrafgerichts BE.2006.7 vom 20. Februar 2007, E. 3.1 m.w.H.; die dort angeführten Überlegungen gelten gleichermaßen auch für das Verwaltungsstrafverfahren, gibt es doch diesbezüglich kei-

nen sachlichen Grund für eine unterschiedliche Rechtsanwendung).

**3.2** Die Gesuchstellerin begründet ihr Gesuch mit dem Verdacht, wonach die Gesuchsgegnerin als eines der dem Verband I. angeschlossenen Mitglieder an unzulässigen Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG) und/oder an unzulässigen Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG) beteiligt sei (act. 1, Rz. 8 - 17). Die entsprechende Untersuchung wurde ausgelöst durch verschiedene Anzeigen und Meldungen von Dritten (act. 1.8). In der Meldung vom 22. September 2011 berichtet der Anzeigerstatter, er habe beim Einholen von Offerten festgestellt, dass die Preise der Gesuchsgegnerin und diejenigen der Konkurrentin J. sehr nahe beieinander gelegen hätten. Weiter habe er festgestellt, dass beide Anbieter jeweils zu Beginn des Jahres ihre Preise um 5 % anheben würden, währenddem die entsprechenden Produkte im Ausland deutlich billiger seien (45 % - 60 %) und nicht teurer geworden seien bzw. der EURO-Wechselkurs bereits zu sinken begonnen habe. Einer weiteren Meldung ist zu entnehmen, dass sich im Bereich der Sanitäranlagen bei Internetangeboten die Preise meist gleichen bzw. nicht weit auseinander liegen würden. Die Meldung beinhaltet auch Links auf Diskussionen in einschlägigen Internet-Foren, in welchen auch andere Nutzer diesen Umstand thematisieren. Nebst einer Meldung vom 1. November 2011, mit welcher ein Architekt auf angeblich "massiv überhöhte Preise im Baugewerbe" hinweist, legt die Gesuchstellerin eine weitere Anzeige vom 10. Oktober 2011 vor, mit welcher ebenfalls auf den Umstand hingewiesen wird, dass die Katalogpreise aller Anbieter von Sanitäranlagen in der Schweiz (so auch der Gesuchsgegnerin) dieselben seien, währenddem in Deutschland dieselben Produkte 2,6 x billiger zu haben seien. Die Tatsache, dass trotz Margen in diesem Bereich kein Anbieter finanziell attraktivere Angebote mache, deute auf das Fehlen von echtem Wettbewerb bzw. auf das mögliche Bestehen wettbewerbsbeschränkender Abreden hin. Gestützt auf diese Eingaben erstellte die Gesuchstellerin im Zeitraum vom 24. bis 26. September 2011 einen Preisvergleich verschiedener Sanitäranlagen von insgesamt zehn Anbietern. Als Ergebnis dieses Vergleichs (act. 1.9) fällt auf, dass tatsächlich fast alle Anbieter für eine Reihe verschiedener Produkte exakt denselben Preis verlangen. Allenfalls bestehende Preisdifferenzen bewegen sich derweil in einem relativ kleinen Umfang.

An dieser Stelle ist daran zu erinnern, dass zu Beginn eines Strafverfahrens eine substantiierte Strafanzeige zur Begründung eines hinreichenden Tatverdachts genügen kann (vgl. hierzu den Entscheid des Bundesstrafgerichts BE.2004.10 vom 22. April 2005, E. 3.3.2). Die hier vorliegende Mehrzahl - meist konkret formulierter - Anzeigen sowie die eigene Marktbeobachtung der Gesuchstellerin liefern demnach - entgegen den Ausführungen der Gesuchsgegnerin (siehe act. 4, Rz. 40 - 42) genügend konkrete Hinweise, welche im jetzigen Zeitpunkt zu Beginn der Untersuchung den hinreichenden Verdacht begründen, wonach im Markt der Sanitäranlagen unzulässige Preisabreden bestehen könnten. Die von der Gesuchsgegnerin diesbezüglich vorgebrachten

Einwendungen und Bestreitungen vermögen daran nichts zu ändern, wie nachfolgend aufzuzeigen ist.

**3.3** Die Ausführungen der Gesuchsgegnerin, wonach die Gesuchstellerin die Begriffe der Vermutung und des hinreichenden Verdachts vermische (act. 4, Rz. 45 ff.), müssen als konfus bezeichnet werden. Wie oben erwähnt, zeichnet sich der hinreichende Tatverdacht gerade dadurch aus, dass dieser noch keine erhebliche oder hohe Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung bedeutet (siehe E. 3.1 mit Hinweis). Die Unschuldsvermutung, auf welche sich die Gesuchsgegnerin an anderer Stelle selber beruft, untersagt es den staatlichen Behörden, die beschuldigte Person als schuldig hinzustellen oder zu behandeln, solange die allfällige Schuld nicht auf gesetzmässige Weise vom zuständigen Gericht festgestellt worden ist (Verbot der Vorverurteilung; BGE 124 I 327 E. 3b). An den von der Gesuchsgegnerin kritisierten Formulierungen in act. 1.3 und 1.4, wonach vermuthungsweise eine Preisabrede bzw. eine vermutete Widerhandlung vorliege, ist demnach nichts zu beanstanden.

Aus den Hinweisen auf die Entscheide des Bundesstrafgerichts BE.2009.21 vom 14. Januar 2010 und BE.2007.10 vom 14. März 2008 vermag die Gesuchsgegnerin ebenso nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Im letztgenannten Fall lag zur Begründung des Tatverdachts eine Selbstanzeige vor; im anderen Fall stammte die Anzeige ebenfalls von einer Person, welche hinsichtlich der Vorwürfe über sehr gute (interne) Detailkenntnisse verfügte. Im vorliegenden Fall stammen die Anzeigen von Kunden der nunmehr beschuldigten Unternehmen, welche naturgemäss keinen Einblick in Internas dieser Firmen haben. Demzufolge kann der Konkretisierungsgrad der vorliegenden Meldungen nicht mit demjenigen einer Selbstanzeige verglichen werden. Entscheidend ist, dass die hier vorliegenden Meldungen und Anzeigen hinreichend konkret und anhand eigener Beobachtungen der Gesuchstellerin auf ihre Stichhaltigkeit hin ein erstes Mal überprüft worden sind.

Sofern die Gesuchsgegnerin weiter eigene Erklärungsansätze sowohl hinsichtlich des Vorwurfs der Gebietsabreden (historisch gewachsene Tätigkeitsgebiete der einzelnen Anbieter; act. 4, Rz. 55 f.) als auch der Preisabreden (Rabattwettbewerb; act. 4, Rz. 57 ff.) vorbringt, so wird der weitere Verlauf der Untersuchung aufzeigen müssen, ob sich der momentan bestehende Verdacht der unzulässigen Wettbewerbsabreden weiter erhärten lassen kann oder nicht. Zumindest hinsichtlich des Rabattwettbewerbs kann den erwähnten Diskussionen in den Internet-Foren (siehe E. 3.2) entnommen werden, dass dieser angeblich nicht (immer) spielt.

Abschliessend macht die Gesuchsgegnerin unter Hinweis auf eine am 11. Oktober 2006 abgeschlossene Vorabklärung bzw. auf eine in den Jahren 2010/11 durchgeführte Marktbeobachtung der Gesuchstellerin geltend, dass das vorliegende Verfahren bereits weit fortgeschritten sei und die Verdachtslage daher einer strengeren Prüfung zu unterziehen sei (act. 4, Rz. 60 ff.). Was die im Jahre 2006 abgeschlossene Vorabklärung anbetrifft, so betraf diese offensichtlich Sachverhalte, welche sich in den Jahren 2004 und 2005 ereigneten. Die nun vorliegende Untersuchung wurde am 22. No-

vember 2011 eröffnet, offenbar nach einer entsprechenden Vorabklärung im Sinne von Art. 26 KG. Die Hausdurchsuchung, welche zur Sicherstellung des vorliegend interessierenden Datenträgers führte, fand ebenfalls am 22. November 2011 statt. Von einem weit fortgeschrittenen Verfahren kann demnach keine Rede sein.

#### 4.

**4.1** Weiter ist zu prüfen, ob anzunehmen ist, dass sich unter den zu durchsuchenden Papieren Schriften befinden, die für die Untersuchung von Bedeutung sind (Art. 50 Abs. 1 VStrR). Die Untersuchungsbehörden müssen hierbei jedoch noch nicht darlegen, inwiefern ein konkreter Sachzusammenhang zwischen den Ermittlungen und einzelnen versiegelten Dokumenten besteht (vgl. TPF 2004 12 E. 2.1).

**4.2** Der vorliegend bei der Gesuchsgegnerin sichergestellte Datenträger ist B. zuzuordnen. Er ist Mitglied des Verwaltungsrates der Gesuchsgegnerin, der C. Holding SA, der K. AG sowie der L. SA. Diese Unternehmen sind alle Teil der C. Holding SA. Er ist zudem unternehmensinterner Rechtsberater (act. 1.1, 1.5). Wie die Erfahrungen der Gesuchstellerin bestätigt haben, befinden sich Beweismittel zu allfälligen Abreden in der Regel in den Geschäftsräumlichkeiten bzw. auf den Computerservern und weiteren elektronischen Geräten in den Geschäftsräumlichkeiten der potentiellen Abredeteilnehmer. Die Durchsuchung des hier interessierenden Datenträgers ist demnach erforderlich und geeignet im Hinblick auf die Feststellung des Vorhandenseins von allfälligen Beweismitteln im Hinblick auf den Untersuchungsgegenstand. Den Einwendungen der Gesuchsgegnerin, wonach die Hausdurchsuchung selbst unverhältnismässig gewesen sei (act. 4, Rz. 71 ff.), fehlt es im vorliegenden Verfahren an Relevanz.

#### 5.

**5.1** Papiere sind mit grösstmöglicher Schonung der Privatgeheimnisse zu durchsuchen (Art. 50 Abs. 1 VStrR). Zudem sind bei der Durchsuchung das Amtsgeheimnis sowie Geheimnisse, die Geistlichen, Rechtsanwälten, Notaren, Ärzten, Apothekern, Hebammen und ihren beruflichen Gehilfen in ihrem Amte oder Beruf anvertraut wurden, zu wahren (Art. 50 Abs. 2 VStrR).

**5.2** Die Gesuchsgegnerin macht geltend, B. habe als Leiter des Rechtsdienstes des Offeren mündlichen und schriftlichen Kontakt zu externen Rechtsanwälten. Die entsprechende sich in den versiegelten Daten befindliche Korrespondenz und damit zusammenhängende Aufzeichnungen unterlägen daher dem Anwaltsgeheimnis (act. 4, Rz. 97). Sie beruft sich unter dem Aspekt des Geheimnisschutzes auf die Art. 264 Abs. 1 Bst. c i.V.m. Art. 171 Abs. 1 StPO (act. 4, Rz. 95 f.). Wie bereits oben ausgeführt, sind die Bestimmungen des VStrR zur Durchsuchung von Papieren vom Gesetzgeber bei der Schaffung der StPO bewusst nicht verändert worden (siehe E. 1.3.2). Der vom Bundesrat vorgeschlagenen Modifikation des Art. 46 Abs. 3 VStrR (siehe hierzu die Botschaft vom 26. Oktober 2011 zum Bundesgesetz über die Anpassung von verfahrensrechtlichen Bestimmungen zum anwaltlichen Berufsgeheimnis; BBl 2011 S. 8187 f., 8193) kommt keine gesetzlich vorgesehene Vorwirkung zu (siehe hierzu den Beschluss des Bun-

desstrafgerichts BE.2011.6 vom 27. März 2012, E. 4.2.1.2). Es bleibt daher bei der Anwendung von Art. 50 VStrR (siehe in diesem Sinne auch BGE 137 IV 145 E. 1.1), wobei auch die bisher zu dieser Bestimmung ergangene Rechtsprechung weiterhin zu beachten ist.

**5.3** Vorliegend macht die Gesuchsgegnerin zu Recht nicht geltend, der sichergestellte Datenträger unterstehe dem Anwaltsgeheimnis, weil er dem Leiter ihres Rechtsdienstes zuzuordnen sei, denn das Anwaltsgeheimnis im Sinne von Art. 50 Abs. 2 VStrR gilt grundsätzlich nur für den unabhängigen und selbständigen Anwalt, nicht aber für den Unternehmensanwalt (TPF 2008 20 E. 6.2 und 6.3).

Soweit sie geltend macht, die sich bei ihr befindende Korrespondenz mit Anwälten sei durch das Anwaltsgeheimnis geschützt, geht ihre Argumentation fehl. In ihrem Entscheid BK\_B 189/04 vom 28. Februar 2005 hat sich die Beschwerdekammer ausführlich zur Thematik des Schutzes der sich beim Beschuldigten befindenden Korrespondenz zwischen diesem und seinem Anwalt geäußert (vgl. dort E. 3.1 - 3.5). Zusammenfassend kam sie zum Schluss, dass sich der Klient als Inhaber der sichergestellten Papiere nicht auf das Anwaltsgeheimnis berufen könne, um sich der Durchsuchung zu widersetzen (E. 3.1; insofern übereinstimmend mit dem Urteil des Bundesgerichts 1B\_101/2008 vom 28. Oktober 2008, E. 4.4.1). Vielmehr stehe dem Beschuldigten gestützt auf die Verfahrensgarantien gemäss Art. 6 Ziff. 3 Bst. b und c EMRK bzw. Art. 31 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV das Recht zu, mit seinem Verteidiger frei zu verkehren. Hieraus ergebe sich zu dessen Gunsten auch der Anspruch, wonach die im Rahmen des gegen ihn laufenden Strafverfahrens ergangene Korrespondenz zwischen ihm und seinem Verteidiger nicht durchsucht werden dürfe (E. 3.5). Andere von Anwälten erstellte Dokumente, die sich beim Beschuldigten befinden, unterlägen demgegenüber grundsätzlich der Beschlagnahme bzw. könnten durch die Strafverfolgungsbehörden eingesehen werden (mit Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 1P.133/2004 vom 13. August 2004, E. 3.3; vgl. zum Ganzen auch den Beschluss des Bundesstrafgerichts BE.2011.6 vom 27. März 2012, E. 4.2.1, sowie den Entscheid des Bundesstrafgerichts BE.2009.21 vom 14. Januar 2010, E. 4.2). Dass es sich bei Teilen der vorliegend sichergestellten elektronischen Daten um geschützte Korrespondenz mit dem Verteidiger handelt, wird von der Gesuchsgegnerin nicht geltend gemacht. Angesichts des zeitlichen Ablaufs, bei welchem die Eröffnung der Untersuchung quasi mit der Hausdurchsuchung zusammen fiel, ist Solches auch nicht möglich.

**6.** Nach dem Gesagten ist das Entsiegelungsgesuch gutzuheissen und es ist die Gesuchstellerin zu ermächtigen, den eingereichten Datenträger zu entsiegeln und zu durchsuchen.

**7.** Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Gesuchsgegnerin als unterliegende Partei die Gerichtskosten zu tragen (Art. 25 Abs. 4 VStrR i.V.m. Art. 66 Abs. 1 BGG analog, siehe dazu TPF 2011 25 E. 3). Die Gerichtsgebühr ist auf Fr. 1'500.-- festzusetzen (Art. 8 des Reglements des Bundesstrafgerichts vom 31. August

---

2010 über die Kosten, Gebühren und Entschädigungen in Bundesstrafverfahren [BStKR; SR 173.713.162]).

**Demnach erkennt die Beschwerdekammer:**

1. Das Gesuch wird gutgeheissen.

2. Die Gesuchstellerin wird ermächtigt, den eingereichten Datenträger zu entsiegeln und zu durchsuchen.

3. Die Gerichtskosten von Fr. 1'500.- werden der Gesuchsgegnerin auferlegt.

[Rechtsmittelbelehrung]

---

## E Divers Divers Diversi

E 2	<b>Gutachten</b> Avis Pareri
E 2	<b>1. Avis de droit FTTH Lausanne – Projet d'accord de coopération entre les Services industriels de Lausanne et Swisscom (Schweiz) AG</b>

Avis de droit du 17 avril 2012 concernant FTTH Lausanne – Projet d'accord de coopération entre les Services industriels de Lausanne et Swisscom (Schweiz) AG

### Introduction

1. Par courrier du 27 décembre 2011, les SIL ont souhaité obtenir l'avis du Secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: Secrétariat) concernant trois questions en lien avec le projet qu'ils mènent en partenariat avec Swisscom pour le développement d'un réseau de fibre optique jusque dans les foyers – «*Fiber to the Home*» (ci-après: FTTH).

2. Les informations à dispositions du Secrétariat pour déterminer l'état de fait à la base du présent avis sont celles que les SIL ont transmis dans leur requête et celles qui sont accessibles au public, notamment par le portail électronique des SIL. Les contrats et/ou projets de contrat n'ont pas été annexés à la requête.

3. Sur le plan matériel, par souci de concision, il sera renvoyé dans la mesure du possible au rapport final du 5 septembre 2011.<sup>1</sup> Ce rapport a exposé de manière détaillée la position du Secrétariat concernant plusieurs clauses des accords de coopération FTTH dans les villes de Bâle, Berne, Lucerne, Zurich et St-Gall. Les clauses examinées avaient été annoncées par les partenaires de coopération de ces villes dans le cadre de l'art. 49a al. 3 let. a LCart. Dans leur requête, les SIL se réfèrent expressément à ce rapport.<sup>2</sup>

### 1 Etat de fait

4. Les services industriels de Lausanne (ci-après: SIL) et Swisscom (Schweiz) AG (ci-après: Swisscom) envisagent de coopérer dans la construction et l'exploitation d'un réseau de fibre optique sur plusieurs communes vaudoises dont la ville de Lausanne. Selon les SIL, le câble coaxial sera dépassé à moyen ou long terme par les technologies de nouvelle génération, c'est-à-dire notamment par la fibre optique.<sup>3</sup> Le déploiement d'un réseau de fibre optique pour remplacer, à terme, le télé-réseau actuel est prévu en partenariat avec Swisscom dans le but de réduire les coûts d'investissement.<sup>4</sup> Le maintien d'un réseau au faite de la technologie à moindre coût ainsi que la concurrence nouvelle de Swisscom constituent les buts affichés par les SIL dans le projet de coopération FTTH avec Swisscom.<sup>5</sup> La cons-

truction en commun d'un réseau de fibre optique permet en outre à la collectivité publique d'éviter une multiplication des travaux de fouille et de permettre le développement d'une infrastructure que la collectivité publique ne serait pas en mesure de financer intégralement.<sup>6</sup>

### 1.1 Parties et infrastructures

5. En main de la commune, les SIL sont un câblo-opérateur actif sur le marché, dont le télé-réseau s'étend au territoire de Lausanne et d'une partie de la région environnante.<sup>7</sup> 85'000 unités d'utilisation (logements ou locaux commerciaux) sont raccordées.<sup>8</sup> Les prestations basées sur le télé-réseau sont regroupées sous la marque Citycable qui fournit des connexions à 75'000 clients pour la télévision et la radio, plus de 16'000 pour internet et 3'000 pour la téléphonie.<sup>9</sup> Si pour l'heure, la technologie utilisée repose essentiellement sur les câbles coaxiaux et le standard DOCSIS 3.0,<sup>10</sup> le développement du réseau des SIL passera au cours des prochaines années par la fibre optique.<sup>11</sup>

<sup>1</sup> Rapport final du 5 septembre 2011 concernant l'enquête préalable Glasfaser St.Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel (à publier). Une version de document est accessible électroniquement sur le site [www.weko.ch](http://www.weko.ch). Les références à ce document dans le présent avis correspondent à la version disponible électroniquement.

<sup>2</sup> Requête des SIL du 27.12.2011, 2.

<sup>3</sup> Requête des SIL du 27.12.2011, 3.

<sup>4</sup> Rapport d'activité 2010, 32, accessible à: <http://www.lausanne.ch/Tools/GetLinkedDoc.asp?File=22897.pdf&Title=Rapport+d%27activit%20E9+2010> (consulté la dernière fois le 16.4.2012).

<sup>5</sup> Requête des SIL du 27.12.2011, 3.

<sup>6</sup> Requête des SIL du 27.12.2011, 3.

<sup>7</sup> Requête des SIL du 27.12.2011, 2.

<sup>8</sup> Requête des SIL du 27.12.2011, 2.

<sup>9</sup> Source: Site Internet SIL, cf. <http://www.lausanne.ch/view.asp?docId=33825&domId=64885&language=D> (consulté la dernière fois le 1.2.2012).

<sup>10</sup> Requête des SIL du 27.12.2011, 2.

<sup>11</sup> Source: Site Internet SIL, cf. <http://www.lausanne.ch/view.asp?docId=33825&domId=64885&language=D> (consulté la dernière fois le 1.2.2012).

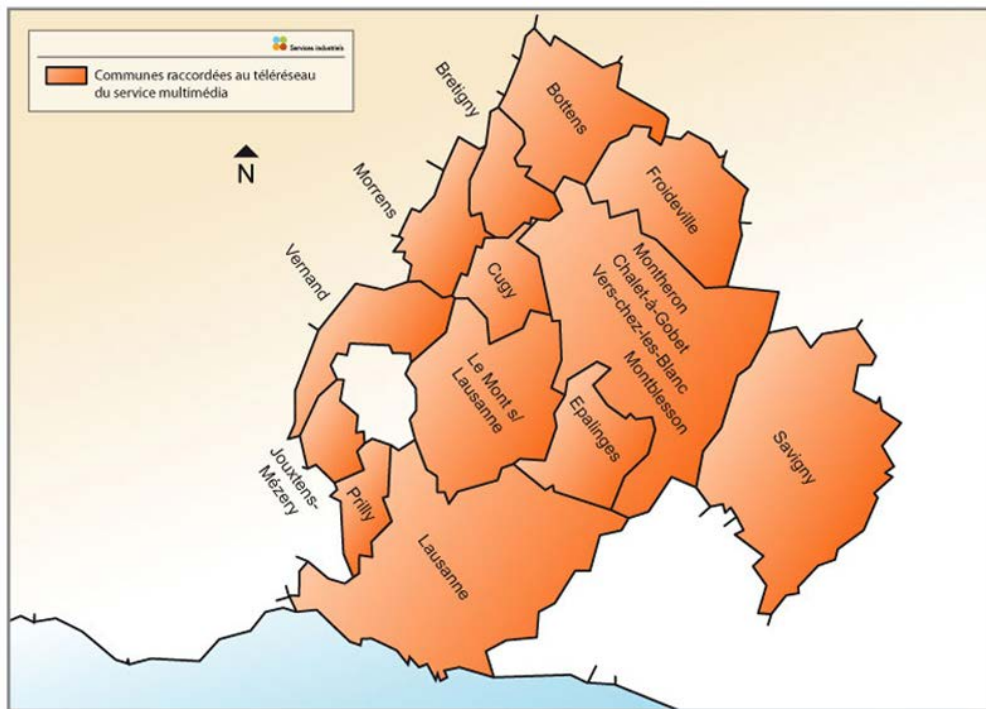


Illustration graphique 1: Territoire couvert par le télé-réseau des SIL<sup>12</sup>

6. Swisscom est une société anonyme de droit public régie par la loi fédérale du 30 avril 1997 sur l'organisation de l'entreprise fédérale de télécommunications (Loi sur l'entreprise de télécommunications, LET; RS 784.11). L'entreprise a pour but de fournir, en Suisse et à l'étranger, des services de télécommunication et de radiodiffusion ainsi que des produits et des services connexes (art. 2 al. 1 LET). Elle opère, en tant que fournisseur de télécommunication (ci-après: FST), un réseau mobile dans toute la Suisse et, en tant que concessionnaire de service universel, un réseau cuivré au niveau du raccordement.

## 1.2 Accord de coopération

7. Sur le plan technique, la coopération FTTH à Lausanne concerne les secteurs Drop et Inhouse, c'est-à-dire le tronçon du réseau compris entre l'OTO et le DP.<sup>13</sup> Le secteur Feeder n'est pas affecté par la coopération envisagée.<sup>14</sup> L'architecture se base fondamentalement sur le modèle multifibre, mais les SIL et Swisscom prévoient de déployer des standards techniques et technologiques différents. Il s'agit là d'une spécificité de la coopération FTTH à Lausanne telle que les SIL et Swisscom semblent l'envisager. Les conséquences sur la concurrence de cette spécificité commandent un exposé plus détaillé sur ce point.<sup>15</sup>

8. La possibilité d'exploiter l'ensemble du réseau par les deux partenaires de coopération est garantie par l'octroi mutuel d'IRU.<sup>16</sup> Les IRU sont concédés pour une longue durée, la requête évoquant une durée de 70 ans, [...].<sup>17</sup> Au surplus, le raccordement de deux zones pilotes a permis de préciser les modalités techniques de collaboration.<sup>18</sup>

9. Sur le plan contractuel, les SIL affirment que l'accord envisagé ne prévoit aucune clause d'exclusivité, de protection de l'investissement, d'indemnité compensatoire

ou d'échange d'informations commerciales au sens des clauses de ce type annoncées dans les coopérations déjà analysées par le Secrétariat dans le rapport final du 5 septembre 2011.<sup>19</sup> [...] A ces éléments, pas nécessairement contradictoires, mais au demeurant non explicités dans la requête, s'ajoute que les SIL affirment que Swisscom a déjà commencé la construction des secteurs Drop et Inhouse sur le territoire concerné par la coopération.<sup>20</sup> Dans cet ordre d'idée, les SIL exposent que «si le contrat de coopération se conclut tel qu'actuellement projeté, 50 % des quartiers de Lausanne définis d'un commun accord entre les parties sera transféré aux SIL moyennant paiement d'un prix de cession à Swisscom.»<sup>21</sup> Parallèlement à cette cession, les SIL exposent brièvement que les quartiers à construire seront répartis en tenant compte de la densité des unités d'utilisation par bâtiment, des coûts de raccordement des quartiers et de la qualité des propriétaires (Ville de Lausanne par exemple).<sup>22</sup> Finalement, en ce qui concerne les nouveaux immeubles, les partenaires de coopération exposent que ceux-là seront en principe raccordés par les SIL.<sup>23</sup>

<sup>12</sup> Source: Site Internet SIL, cf. <http://www.lausanne.ch/view.asp?docId=33943&domId=64885&language=D> (consulté la dernière fois le 1.2.2012).

<sup>13</sup> Requête des SIL du 27.12.2011, 3. Pour une description des éléments techniques des réseaux de fibre optique, cf. rapport final du 5 septembre 2011 (n. 1), B.3.3.1, N 192 s.

<sup>14</sup> Requête des SIL du 27.12.2011, 3.

<sup>15</sup> Cf. infra N 18 s.

<sup>16</sup> Requête des SIL du 27.12.2011, 3-4.

<sup>17</sup> Requête des SIL du 27.12.2011, 4.

<sup>18</sup> Rapport d'activité 2010, 32, accessible à: <http://www.lausanne.ch/Tools/GetLinkedDoc.asp?File=22897.pdf&Title=Rapport+d%27activit%27E9+2010> (consulté la dernière fois le 16.4.2012).

<sup>19</sup> Requête des SIL du 27.12.2011, 2.

<sup>20</sup> Requête des SIL du 27.12.2011, 3.

<sup>21</sup> Requête des SIL du 27.12.2011, 3.

<sup>22</sup> Requête des SIL du 27.12.2011, 3.

<sup>23</sup> Requête des SIL du 27.12.2011, 4.



10. Dans l'exploitation du réseau, les SIL déclarent que chaque entreprise sera libre dans la formation de ses prix, dans la poursuite de sa stratégie commerciale et ne communiquera pas d'informations commerciales à l'autre partie.<sup>24</sup>

11. En résumé, au-delà des zones d'incertitude, il semble que le projet en cause prévoit au moins une double transaction. La première a pour objet le transfert de propriété du réseau multifibre existant (construit par Swisscom) ; la deuxième, la répartition des zones pour la poursuite de la construction – zones existantes non raccordées et nouveaux immeubles. En d'autres mots, il est convenu non seulement de la cession de 50 % du réseau – niveaux Drop et Inhouse – déjà construits par Swisscom, mais encore de la répartition des travaux de construction pour la poursuite du développement du réseau à ces mêmes niveaux.

### 1.3 Accord avec les propriétaires d'immeuble

12. Les accords conclus entre, d'une part, les partenaires de coopération et, d'autre part, les propriétaires concernent le tronçon final de l'infrastructure, c'est-à-dire l'équipement de la colonne montante ou, en termes plus techniques, le tronçon du BEP à l'OTO (Inhouse). Cet équipement Inhouse requiert le passage de câbles à fibre optique dans les canalisations situées à l'intérieur du bâtiment.

13. La participation financière des utilisateurs finaux pour l'équipement Inhouse est en principe limitée à deux situations selon les SIL. Il s'agit des cas où le propriétaire d'un immeuble requiert l'équipement en une seule fois de toutes les unités d'utilisation (ci-après: UU) de son immeuble et, semble-t-il,<sup>25</sup> si la capacité de la colonne montante existante n'est pas suffisante pour tirer le câble à fibre optique.<sup>26</sup> Dans tous les autres cas, le financement est pris en charge par les partenaires de coopération et les UU sont en principe raccordées selon les besoins des utilisateurs finaux, c'est-à-dire à la demande.

14. Les coûts de l'équipement Inhouse varient notamment selon la disponibilité des canalisations intérieures, de la taille et de l'âge de l'immeuble et du nombre d'unités d'utilisation.<sup>27</sup> En l'espèce, des données chiffrées concernant les coûts prévus ou réels de cet équipement n'ont pas été fournies. [...]

15. L'objectif de la prise en charge des coûts est de dynamiser le taux de pénétration malgré la faiblesse de la demande d'équipement de la colonne montante. [...]

16. Pour donner un cadre juridique aux relations avec les propriétaires d'immeuble, Swisscom a développé un contrat-type. Ce contrat-type a été présenté à l'Association suisse des propriétaires fonciers (ASPF) et a débouché, notamment en ce qui concerne le canton de Vaud, sur un accord de partenariat.<sup>28</sup>

17. La question des SIL porte sur l'une des clauses prévues par ce contrat-type et concerne la convention d'une exclusivité d'une durée minimale de 20 ans en contrepartie du câblage Inhouse gratuit. Il sera revenu plus avant sur cette clause dans le cadre de l'appréciation juridique.<sup>29</sup>

## 2 Questions

Dans le cadre défini par l'art. 23 al. 2 LCart, les SIL soumettent par l'intermédiaire de leur mandataire les questions suivantes au Secrétariat:

1. *Un accord de coopération entre les SIL et Swisscom, portant sur la construction d'un réseau de fibre optique par Swisscom et le transfert de la moitié de ce réseau à terme aux SIL, respectivement l'échange d'IRU entre les entreprises participant à l'accord, est-il acceptable en droit de la concurrence, s'il ne s'accompagne pas de clauses portant sur la commercialisation des services par chaque entreprise ?*
2. *Sous l'angle du droit de la concurrence, un fournisseur de services de télécommunication peut-il offrir aux propriétaires d'immeubles la réalisation de la colonne montante à fibre optique selon les modalités exposées dans la section 1.4 de la présente requête ?*
3. *Si oui, peut-il demander en contrepartie une «exclusivité» de l'utilisation de fibres optiques individuelles selon les modalités exposées dans la section 1.4 de la présente requête pour une durée de 20 ans sans violer le droit de la concurrence ?*

## 3 Fondements techniques

18. Au niveau des fondements techniques et économiques, le projet FTTH à Lausanne appelle une description approfondie, dans la mesure où le déploiement de l'infrastructure de fibre optique envisagée se distingue des autres coopérations FTTH analysées jusqu'à maintenant. Cette section complète ainsi les fondements techniques exposés dans le rapport final du 5 septembre 2011.<sup>30</sup>

19. Techniquement, le développement de l'infrastructure de fibre optique peut prendre de nombreuses formes. Lorsque les entreprises mettent en œuvre un scénario FTTH, tous les niveaux du réseau sont composés de fibre optique – Inhouse, Drop et Feeder. Dans ces situations, la fibre optique est déployée si profondément dans le réseau qu'elle est tirée jusque dans la prise de l'UU. Il s'agit ainsi d'un système optique complet. L'infrastructure de fibre optique permet alors que des débits de plusieurs Gb/s soient disponibles.<sup>31</sup>

<sup>24</sup> Requête des SIL du 27.12.2011, 4.

<sup>25</sup> Cela semble être la seule interprétation logique du passage entre parenthèse du dernier paragraphe de la page 7 de la requête des SIL du 27.12.2011.

<sup>26</sup> Requête des SIL du 27.12.2011, 7.

<sup>27</sup> Requête des SIL du 27.12.2011, 7.

<sup>28</sup> Requête des SIL du 27.12.2011, 6. Cf. généralement <http://www.cvi.ch/documents-a-télécharger/index.html> (consulté la dernière fois le 16.4.2012).

<sup>29</sup> Cf. *infra* 4.2.

<sup>30</sup> Rapport final du 5 septembre 2011 (n. 1), B.3.3.1.1, N 194 s.

<sup>31</sup> Cf. rapport final du 5 septembre 2011 (n. 1), B.3.3.1.1.2, N 289, 56 et réf. citées.

### 3.1 Architecture de réseau

20. Les réseaux de télécommunication – indépendamment du support technique – peuvent présenter des architectures différentes. On distingue principalement entre les réseaux point-à-point (ci-après: P2P) et les réseaux point-à-multipoints (ci-après: PON)<sup>32</sup>. Dans une architecture P2P, une fibre optique est dédiée à chaque UU depuis l'ODF/OMDF.<sup>33</sup> L'architecture de réseau est alors comparable à celle déployée en Suisse et basée sur la paire torsadée métallique – dans le jargon le cuivre. L'infrastructure cuivre prévoit une ligne dédiée à chaque UU depuis la centrale de raccordement de Swisscom (ci-après: CO) jusqu'à l'utilisateur final.<sup>34</sup>

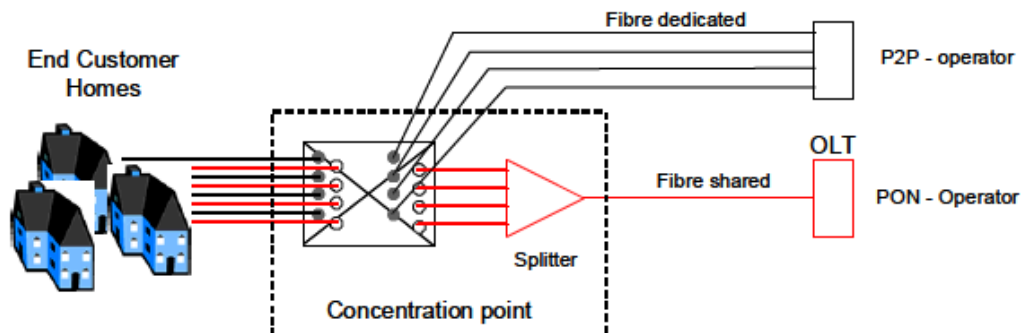


Illustration graphique 2: Exemple comparé des architectures P2P et PON<sup>35</sup>

### 3.2 Accès à l'infrastructure

22. En matière de réseau de télécommunications, l'élément clé sous l'angle de la concurrence repose sur les possibilités d'accès à l'infrastructure. En tant que telle, une architecture multifibre n'est pas plus prône à stimuler la concurrence qu'une infrastructure reposant sur une fibre unique. Selon les modalités pour accéder au réseau de fibre optique par les opérateurs tiers, un modèle multifibre peut en effet potentiellement se révéler plus fermé et moins flexible à long terme qu'une infrastructure à fibre unique, éventuellement régulée, par exemple. La question de l'accès est ainsi centrale. L'architecture de réseau définit le cadre des possibilités pour déterminer cet accès, mais en fixe nullement les modalités concrètes. En d'autres mots, une architecture multifibre offre potentiellement plus de possibilités de déterminer un accès favorable au développement de la concurrence qu'une architecture reposant sur une fibre unique, mais elle ne garantit nullement qu'un tel accès favorable à la concurrence soit proposé dans les faits.

23. Techniquement, l'accès peut être proposé à plusieurs points d'un réseau. Sa détermination est centrale et influence toutes les relations économiques liées à l'infrastructure. Les possibilités techniques sont intimement liées à l'architecture déployée. Dans une architecture P2P, le point d'accès ne pose pas de difficultés particulières. Le CO de Swisscom est traditionnellement le point de connexion le plus opportun, car il correspond à l'endroit où les opérateurs tiers ont consenti leurs investissements depuis la libéralisation.

21. A la différence de l'architecture P2P, l'architecture PON ne dédie pas au niveau de l'ODF une fibre optique à chaque UU. Plusieurs utilisateurs finaux doivent ainsi se partager une fibre à ce niveau. Le partage est rendu possible grâce à des *splitters* – ou coupleurs – optiques passifs à un point plus proche de l'utilisateur final, par exemple dans le *manhole*. Dans ce cas, les utilisateurs finaux bénéficient d'une fibre optique dédiée entre le Splitter optique passif et leur OTO, mais le trafic entre ledit Splitter et l'ODF est partagé entre plusieurs utilisateurs finaux.

24. Dans une architecture PON, l'accès octroyé au point de concentration et l'accès octroyé à l'OMDF se distinguent fondamentalement. D'une part, l'accès physique à une fibre dédiée ne peut être proposé que depuis le point de concentration. En effet, c'est seulement après le Splitter qu'une fibre optique dédiée intégralement peut être louée jusqu'à l'utilisateur final. Partant, les opérateurs tiers sont confrontés à l'obligation de déployer leur propre infrastructure (beaucoup) plus profondément, c'est-à-dire à un niveau de réseau significativement plus proche de l'UU pour obtenir un accès à l'infrastructure physique, comme par exemple le DP.<sup>36</sup> Pour tirer un parallèle, cela aurait consisté à prévoir le dégroupage du cuivre non pas au niveau du CO, mais plus près des UU, dans le DP. L'une des conséquences principales des considérations sur la concurrence est que les économies

<sup>32</sup> L'abréviation PON correspond à Passive Optical Network.

<sup>33</sup> L'abréviation ODF correspond à Optical Distribution Point. Dans la mesure où ce point se situe généralement au même endroit que le Main Distribution Point (MDF, paire torsadée métallique), il est parfois appelé OMDF (Optical Main Distribution Point), cf. rapport final du 5 septembre 2011 (n. 1), A.1, N 3, 5. Le terme OMDF couvre également le PoP des SIL, selon la terminologie utilisée dans la requête de ceux-ci.

<sup>34</sup> Techniquement, le CO correspond au Main Distribution Point (MDF), cf. au surplus note de bas de page précédente.

<sup>35</sup> Source de l'illustration graphique: BEREC, Next Generation Access – Implementation Issues and Wholesale Products, BoR (10) 08, B.2.1.1, 23, accessible à [http://erg.eu.int/doc/berec/bor\\_08.pdf](http://erg.eu.int/doc/berec/bor_08.pdf) (consulté la dernière fois le 10.4.10).

<sup>36</sup> BEREC (n. 35), BoR (10) 08, B.2.1.1, 24.

d'échelles déterminantes dans la décision de dégroupage des opérateurs tiers se laissent beaucoup plus difficilement atteindre. Le dégroupage d'un OMDF peut être amorti sur un nombre plus élevé d'utilisateurs finaux potentiels qu'un dégroupage à un niveau plus proche de l'UU. En d'autres mots, pour une même base de clients finaux potentiels, de plus nombreux dégroupages sont nécessaires, ce qui se répercute directement sur la capacité concurrentielle de l'opérateur tiers.<sup>37</sup>

25. D'autre part, l'accès à l'infrastructure à l'OMDF est fondamentalement différent que dans une architecture P2P. Il requiert en effet une technologie basée sur l'attribution de fréquences. Le modèle est connu sous le nom de WDM-PON.<sup>38</sup> De manière succincte, le système repose sur l'attribution pour chaque UU d'une fréquence. Le dégroupage repose ainsi sur l'attribution à chaque opérateur de la fréquence correspondant à l'utilisateur final, au cas par cas. Il s'agit ainsi d'une sorte de dégroupage virtuel. Techniquement, deux formes de WDM-PON sont possibles: «*grey optics*» et «*physical unbundling of transponder*». Ces deux formes se répercutent différemment sur les paramètres de concurrence entre les opérateurs.<sup>39</sup> Aucune indication à ce sujet n'est contenue dans la requête des SIL.

### 3.3 Infrastructure FTTH à Lausanne

26. En Suisse, le modèle multifibre – épousé par le groupe de travail FTTH conduit par l'OFCOM – a été justifié par la stimulation de la concurrence résultant d'un tel système, ce qui s'inscrit dans le but visé par la COMCOM dans la mise sur pied des tables rondes FTTH lancées en 2008.<sup>40</sup> Les éléments exposés plus haut concernant l'accès valent indépendamment de la qualité multifibre de l'infrastructure. Le modèle multifibre crée la possibilité pour l'utilisateur final d'obtenir en parallèle des produits de plusieurs opérateurs. Cette possibilité n'existe pas dans une architecture à fibre unique. Ces éléments ne modifient cependant pas la question de l'accès qui se trouve en amont. En effet, si l'accès à l'infrastructure est entravé, les avantages du multifibre ne peuvent être perçus par les utilisateurs finaux.

27. Globalement, l'infrastructure FTTH à Lausanne telle que prévue par les partenaires de coopération n'appartient intégralement pas à l'un des deux types – P2P et PON – présenté ci-dessus. Bien plus, elle constitue une combinaison des deux, puisque l'un des partenaires déploie une architecture P2P – Swisscom – alors que l'autre partenaire déploie une architecture PON – SIL. Partant, si Swisscom sera apte à proposer un accès physique à partir du CO, les SIL pourront offrir un accès physique aux opérateurs tiers uniquement à partir du DP. Ils pourront, au moins en théorie, offrir un accès virtuel à partir de l'OMDF – c'est-à-dire de leurs PoP – avec les réserves techniques émises plus haut. Les SIL indiquent au surplus que le Feeder ne fait aucunement l'objet de l'accord de coopération envisagé, ce qui exclut la possibilité pour les SIL de garantir un accès à des opérateurs tiers depuis la centrale de Swisscom, contrairement à ce qui est généralement prévu dans d'autres régions.

28. Cette situation, au demeurant particulière, impose plusieurs constatations. Premièrement, à Lausanne, seul Swisscom sera techniquement en mesure de proposer

aux tiers un accès physique (non virtuel) à l'infrastructure depuis le CO. A ce même niveau du réseau, les SIL pourraient, au mieux, proposer un accès virtuel au niveau de l'OMDF. Deuxièmement, la manière avec laquelle les SIL prévoient d'offrir l'accès à l'infrastructure aux opérateurs tiers depuis l'OMDF n'est pas explicitée, si tant est que l'octroi d'un accès aux tiers soit envisagé. Troisièmement, il s'en suit qu'en tout état de cause un accès physique homogène à l'infrastructure pour les FST tiers ne peut exister, à Lausanne, qu'à partir du DP. Cet élément limite fortement la dynamique concurrentielle qui pourrait provenir de ces FST. Quatrièmement, les deux remarques précédentes impliquent que les avantages du système à quatre fibres à Lausanne peuvent être sérieusement remis en question. L'architecture mixte ne permettra en effet en aucun cas une utilisation des quatre fibres depuis le niveau des OMDF.

29. Les éléments techniques qui précèdent soulèvent de nombreuses questions relatives à l'accès à l'infrastructure à Lausanne. La requête n'était aucunement cette problématique et les questions posées ne portent nullement sur ces aspects. Dans la mesure où l'accès à l'infrastructure constitue le produit du marché relevant, les considérations qui précèdent ont une répercussion directe sur l'analyse des questions soumises par les SIL.

30. On remarquera finalement qu'il ne peut être exclu, dans les circonstances d'espèce, que la définition du marché formulée dans le rapport final du 5 septembre 2011 doive être affinée concernant la coopération à Lausanne. En effet, un accès physique au niveau du DP (Drop) n'est pas substituable à un accès au CO ou au PoP, dans la mesure où il présuppose que le FST dispose d'une infrastructure de Feeder propre. Une analyse approfondie serait en outre indispensable pour évaluer la substituable entre un accès physique virtuel de type WDM-PON et un accès physique «standard» au CO. Une analyse de ces questions n'est nullement possible eu égard aux informations à disposition et au cadre légal de cet avis.

## 4 Appréciation juridique au sens de la Loi sur les cartels

Les SIL affirment être soumis à une pression concurrentielle de la part de Swisscom notamment.<sup>41</sup> A Lausanne, cette concurrence a lieu en l'état déjà au niveau de l'infrastructure, étant donné que les SIL et Swisscom opèrent chacun leur propre réseau. Il s'agit ainsi d'un projet de coopération entre deux entreprises concurrentes non seulement au niveau de l'infrastructure, mais encore sur de nombreux autres marchés, dans la mesure où les deux entreprises sont verticalement intégrées et proposent actuellement des services aux utilisateurs finaux.

<sup>37</sup> BEREK (n. 35), BoR (10) 08, B.2.1.1, 24.

<sup>38</sup> Cf. BEREK (n. 35), BoR (10) 08, C.4.2, 32 s.

<sup>39</sup> Cf. BEREK (n. 35), BoR (10) 08, C.4.2, 33 s.

<sup>40</sup> Cf. par exemple communiqué de presse de l'OFCOM du 16.1.2012, accessible à: <http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/medieninformationen/00471/index.html?lang=fr&msg-id=43030> (consulté la dernière fois le 15.2.2012).

<sup>41</sup> Requête des SIL du 27.12.2011, 3.

#### 4.1 Accord de coopération FTTH

31. La première question soulève des considérations de trois types dans l'application de la Loi sur les cartels. Premièrement, s'il n'est pas possible de déterminer les contours précis de la cession envisagée sur la base des informations qui nous ont été transmises, la transaction implique nécessairement, à un moment ou à un autre, la cession d'une infrastructure de la part de Swisscom en faveur des SIL. Indépendamment des modalités de la cession, il convient d'analyser si une telle opération devait constituer une opération de concentration d'entreprise sujette à notification, voire qui aurait dû être notifiée. Deuxièmement, et en particulier pour ce qui concerne la démarche future de coopération convenue contractuellement, l'art. 5 LCart constitue le cadre d'analyse principal du projet de coopération. Finalement, les SIL souhaitent également évaluer les risques cartellaires au regard du contrôle des abus de position dominante.

##### 4.1.1 Concentration

32. Par concentration d'entreprises, l'art. 4 al. 3 LCart entend la fusion de deux ou de plusieurs entreprises jusque-là indépendantes les unes des autres ainsi que toute opération par laquelle une ou plusieurs entreprises acquièrent, notamment par prise de participation au capital ou 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. L'art. 1 de l'ordonnance du 17 juin 1996 sur les concentrations d'entreprises (OCCE; RS 251.4) précise cette disposition légale. Une entreprise est réputée acquérir le contrôle d'une entreprise jusque-là indépendante lorsque, par la prise de participations au capital ou par tout autre moyen, elle est en mesure d'exercer une influence déterminante sur l'activité de cette entreprise. Constituent notamment, seuls ou combinés, des moyens de contrôle les droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens de l'entreprise ainsi que les droits ou les contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes de l'entreprise.

33. Au sens de l'art. 4 al. 3 let. b LCart en relation avec l'art. 1 OCCE, non seulement une entreprise indépendante mais aussi une partie d'entreprise peut être l'objet d'une prise de contrôle. C'est le cas lorsque cette partie d'entreprise revêt une présence certaine sur le marché ou une signification commerciale stratégique et qu'un chiffre d'affaire peut lui être attribuée.<sup>42</sup> Le transfert d'une division complète d'une entreprise constitue également une telle partie d'entreprise, tout comme le transfert d'une infrastructure technique et d'autres biens ou contrats (contrats de bail ou/et de travail notamment).<sup>43</sup>

34. Dans le cas *Teilerwerb der Hallwag AG durch die Buechler Grafino AG*, le transfert des droits d'édition de deux revues ainsi que des actifs correspondants (infrastructure, contrats et rapports de travail) a été qualifié de partie d'entreprise.<sup>44</sup> Dans l'affaire *Swisscom AG/Verizon Switzerland*, le transfert des contrats des clients, du personnel de Verizon lié à la gestion de ceux-ci ainsi que de divers autres biens – mobilier, autres contrats, know-how, livres de compte, etc. – a également été considéré comme une partie d'entreprise.<sup>45</sup>

35. Selon le droit de l'Union européenne, reposant en la matière sur le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (ci-après: RE-Concentrations),<sup>46</sup> une concentration est réputée réalisée lorsqu'un changement durable du contrôle résulte, d'une part, de la fusion de deux ou de plusieurs entreprises ou parties de telles entreprises ou, d'autre part, de l'acquisition, par une ou plusieurs personnes détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou par une ou plusieurs entreprises, du contrôle direct ou indirect de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs autres entreprises, que ce soit par prise de participations au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen (art. 3 al. 1 RE-Concentrations). Le contrôle découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise, et notamment des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise, des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise (art. 3 al. 2 RE-Concentrations). Le contrôle est acquis par la ou les personnes ou entreprises qui sont titulaires de ces droits ou bénéficiaires de ces contrats, ou qui, n'étant pas titulaires de ces droits ou bénéficiaires de ces contrats, ont le pouvoir d'exercer les droits qui en découlent (art. 3 al. 3 RE-Concentrations).

36. La notion de concentration est définie plus précisément dans la communication consolidée sur la compétence de la Commission (ci-après: Communication juridictionnelle),<sup>47</sup> ainsi que par la pratique de l'autorité européenne. Une opération peut donner lieu à une prise de contrôle selon un certain nombre d'éléments de fait et/ou de droit ; la prise de contrôle peut être réalisée par l'acquisition d'actions, éventuellement combinée avec un pacte d'actionnaires en cas de contrôle en commun, ou par l'acquisition d'éléments d'actifs (ch. 17 Communication juridictionnelle). Cependant, l'acquisition d'un contrôle par le biais d'éléments d'actifs ne peut être assimilée à une concentration que si ces éléments d'actifs constituent l'ensemble ou une partie d'une entreprise, c'est-à-dire une activité se traduisant par la présence sur un marché et à laquelle un chiffre d'affaires peut être rattaché sans ambiguïté (ch. 24 Communication juridictionnelle). C'est par exemple le cas, lorsqu'une acquisition porte sur une capacité de production constituée de

<sup>42</sup> JÜRIG BORER Wettbewerbsrecht I Kommentar, 3ème éd., Zürich 2011, art. 4, N 29 ; SILVIO VENTURI, Ad Art. 4 al. 3 N. 18, in: Pierre Tercier/Christian Bovet (Ed.), Commentaire Romand – Droit de la concurrence, Genève/Bâle/Munich 2002.

<sup>43</sup> Cf. RETO JACOBS, Kartellrechtliche Rahmenbedingungen des IT-Outsourcing, 271 s., 275, in: Rolf H. Weber/Mathis Berger/Rolf auf der Maur, IT-Outsourcing, ICT Rechtspraxis I, Zürich/Basel/Genève 2003.

<sup>44</sup> DPC 2001/1, 136 s., *Teilerwerb der Hallwag AG durch die Buechler Grafino AG*

<sup>45</sup> DPC 2008/3, 416 s., *Swisscom AG/Verizon Switzerland*.

<sup>46</sup> JO L 24/1 du 29.1.2004.

<sup>47</sup> JO L 43/10 du 21.2.2009. Cette référence au journal officiel correspond au rectificatif à la communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, lequel remplace la publication initiale du texte (JO C 95/01 du 16.4.2008).

plusieurs éléments.<sup>48</sup> Dans tous les cas, une modification durable du contrôle de la partie d'entreprise et de la structure du marché est requise selon le cons. 20 RE-Concentrations en relation avec le ch. 17 Communication juridictionnelle.

37. En l'espèce, le stade d'avancement des relations entre les partenaires de coopération et les modalités du projet soulèvent plusieurs interrogations, mentionnées plus haut.<sup>49</sup> Il ressort cependant sans ambiguïté de la requête des SIL que le transfert de propriété du réseau multifibre existant (construit par Swisscom) constitue l'un des éléments de la transaction envisagée par les partenaires de coopération.<sup>50</sup>

38. Les partenaires de coopération prévoient un transfert de propriété. Il s'agit de l'un des moyens de contrôle mentionnés par l'art. 1 OCCE. L'objet de la transaction est une infrastructure de fibre optique construite sur le modèle multifibre, laquelle constitue un bien de l'entreprise partenaire. En ce qui concerne les moyens et l'objet du contrôle, les critères de notification définis par la Loi sur les cartels sont réalisés. Il en irait de même en d'application du droit de l'Union européenne.

39. L'analyse de la signification commerciale stratégique et de l'existence d'un chiffre d'affaire propre pourrait indiquer une opération de concentration. L'exploitation de l'infrastructure contient en principe un volet commercial constitué notamment par les revenus générés par les prestations préalables et les IRU. Partant, d'une part, la mesure dans laquelle les prestations préalables sont commercialisées revêt un caractère stratégique essentiel dans les marchés – libéralisés – des télécommunications. Elle a notamment une influence immédiate sur les opportunités de marché des autres fournisseurs de services de télécommunication. D'autre part, un chiffre d'affaires peut généralement être associé à la commercialisation de l'infrastructure. Il est d'ailleurs parfois non négligeable. Dans d'autres régions, certains gestionnaires de réseau – par exemple certains services industriels locaux ayant développé, à l'instar des SIL, une activité dans le domaine des télécommunications – ont décidé de se vouer exclusivement à la commercialisation de l'infrastructure multifibre.<sup>51</sup>

40. La modification durable de la structure du marché pourrait également être supposée en l'espèce. En effet, la vente d'une infrastructure complète sur une zone définie complétée par l'échange d'IRU sur l'ensemble du territoire de coopération de la part de l'un des partenaires de coopération envers l'autre, modifie durablement la structure du marché du point de vue des partenaires à l'échange que sont les FST et les utilisateurs finaux.

41. Il ressort de ce qui précède que l'une des parties de la transaction envisagée pourrait constituer une opération soumise au contrôle des concentrations prévu par la Loi sur les cartels aux art. 9 s. LCart. Sur la base des informations transmises et publiquement disponibles, il ne peut cependant être établi si la transaction serait soumise au contrôle des concentrations.

## 4.1.2 Accord en matière de concurrence

### Contexte général

42. Indépendamment du fait que l'une des parties de la transaction envisagée pourrait déclencher une procédure de contrôle des concentrations, le projet tel que présenté par les SIL commande essentiellement une analyse sous l'angle de l'art. 5 LCart.

43. Les accords en matière de concurrence sont l'objet de l'attention des autorités de la concurrence selon le cadre prévu par l'art. 5 LCart. Cet article concrétise le principe de concurrence lorsqu'un accord entre entreprises existe. La disposition détermine trois catégories d'accord: les accords qui n'influencent pas la concurrence sur le marché de manière notable, les accords qui l'influencent et les accords qui la suppriment.<sup>52</sup> Les premiers accords mentionnés sont licites. Les derniers sont illicites sans qu'un examen de l'efficacité de l'accord ne soit mené. Les accords fixant directement ou indirectement les prix, restreignant les quantités ou attribuant des territoires de distribution sont notamment présumés entraîner la suppression de la concurrence (art. 5 al. 3 et 4 LCart). Les accords qui influencent la concurrence de manière notable, mais ne la suppriment pas, peuvent être justifiés par des motifs d'efficacité économique.

44. Fondamentalement, la formulation de l'art. 5 LCart s'inscrit dans une application ex post, d'une part, et revêt une fonction préventive, d'autre part. L'application ex post de l'art. 5 LCart repose sur le fait qu'un accord remplissant les éléments de fait légaux de cette disposition est considéré comme illicite, peut par conséquent être interdit par voie décisionnelle et même mener, dans les situations visées par l'art. 5 al. 3 et 4 LCart, à la sanction des entreprises participant à l'accord selon l'art. 49a LCart. La fonction préventive revêtue par l'art. 5 LCart doit en particulier être saisie en relation avec la possibilité de sanctions de l'art. 49a LCart. Le risque de sanction doit en effet prévenir les entreprises de ne pas participer à de tels accords.<sup>53</sup>

45. Cependant, l'art. 5 LCart trouve parallèlement une application ex ante dans la procédure d'annonce introduite en 2005 par l'art. 49a al. 3 let. a LCart. Lorsqu'une – ou plusieurs – entreprise saisit la possibilité offerte par cette procédure d'annoncer une restriction à la concurrence avant que celle-ci ne déploie ses effets, l'analyse des autorités de la concurrence s'inscrit dans une perspective ex ante, dans la mesure où la restriction à la concurrence n'existe que sur le plan théorique. En effet, l'accord présenté se trouve en principe au stade de projet, c'est-à-dire avant qu'il puisse même produire des effets.

<sup>48</sup> Cf. affaire COMP/M. 3867 du 22 décembre 2005 – *Vattenfall/Elsam et E2 Assets*.

<sup>49</sup> Cf. *supra* N 9 ss.

<sup>50</sup> Requête des SIL du 27.12.2011, 3.

<sup>51</sup> Notamment EWZ (Zurich) et IWB (Bâle).

<sup>52</sup> JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I Kommentar, 3ème éd., Zürich 2011, art. 5, N 2.

<sup>53</sup> Cf. Message du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la Loi sur les cartels, FF 2002 1911, ch 2.1, 1922.

46. Lorsque le Secrétariat est appelé à donner son avis sur un projet, sa tâche consiste principalement à améliorer la sécurité juridique pour les parties à l'accord. La procédure d'annonce est «un correctif nécessaire à l'imprécision du texte normatif, sans lequel le rattachement de sanctions directes à la présomption d'illicéité [...] serait délicat du point de vue constitutionnel.<sup>54</sup>» Selon le Tribunal fédéral, il s'agit d'une procédure s'inscrivant en complément de l'activité de conseil prévue par l'art. 23 LCart et devant permettre une première appréciation du projet en cause sous l'angle cartellaire.<sup>55</sup>

47. En l'espèce, l'avis du Secrétariat intervient sur une requête fondée sur l'art. 23 LCart et, selon les affirmations des SIL, en amont de la concrétisation du projet de coopération. L'analyse du Secrétariat se base donc fondamentalement sur une approche *ex ante* de l'art. 5 LCart.

#### *Champ d'application et prescription réservée*

48. Le champ d'application et les prescriptions réservées ne commandent en l'espèce aucune remarque spécifique s'écartant des considérants formulés dans le rapport du final du 5 septembre 2011.<sup>56</sup>

#### *Qualification de l'accord*

49. Par accords en matière de concurrence, la Loi sur les cartels entend les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées d'entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents, dans la mesure où elles visent ou entraînent une restriction à la concurrence (art. 4 al. 1 LCart). Un accord en matière de concurrence suppose ainsi deux composantes. Il s'agit (1) d'une action collective consciente et voulue de la part des entreprises concernées (2) visant ou entraînant effectivement une restriction à la concurrence.

50. En l'espèce, la requête des SIL traite expressément du contrat de coopération, si bien que le projet de coopération FTTH envisagé par les partenaires repose en principe sur une – ou plusieurs – convention avec force obligatoire au sens de l'art. 1 de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (CO; RS 220).<sup>57</sup> Cette convention manifeste une action collective consciente et voulue de la part des entreprises concernées.<sup>58</sup>

51. L'accord entre dans le champ d'application de la Loi sur les cartels lorsqu'il a pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence, l'élément central reposant dans la restriction à la concurrence.<sup>59</sup> D'une part, l'accord peut avoir pour objet – selon la lettre de la Loi sur les cartels «viser» – une restriction à la concurrence. Cela signifie que l'accord ou la pratique concertée peut être objectivement qualifiée pour restreindre la concurrence, par exemple lorsque l'accord porte sur la fixation de prix. Les intentions des parties concernées sont à ce titre accessoires. D'autre part, l'accord peut générer une restriction à la concurrence. L'accord, sans avoir pour objet de restreindre la concurrence, cause néanmoins des effets sur la concurrence et constitue ainsi un accord en matière de concurrence.<sup>60</sup> L'examen de l'effet intervient traditionnellement à l'aune de l'art. 5 LCart. La distinction n'a cependant en l'état pas trouvé d'écho sur la pratique des autorités de la concurrence en Suisse.

On remarquera à toutes fins utiles qu'un accord ne visant pas et n'entraînant pas effectivement une restriction à la concurrence mènerait à la non application de la Loi sur les cartels et exempterait un tel accord de tout risque de sanction ou d'interdiction fondé sur cette loi.

52. Selon la requête des SIL, le contrat de coopération porte sur la construction du réseau et le transfert de la moitié de ce réseau aux SIL, respectivement l'échange d'IRU entre les partenaires de coopération, mais ne contient pas de clauses portant sur la commercialisation des services par chaque entreprise.<sup>61</sup> Les différents éléments de ce résumé proposé par les SIL de la coopération FTTH commandent plusieurs remarques sous l'angle de l'art. 5 LCart.

53. Premièrement, à titre de rappel, des clauses qui porteraient sur la commercialisation des services par chaque entreprise seraient très probablement problématique au regard des dispositions cartellaires. En effet, elles introduiraient une coordination au niveau de la commercialisation, ce qui sort naturellement du contexte d'un projet visant une construction en commun. Des clauses de ce type – notamment l'exclusivité d'offres en Layer 1 au bénéfice de l'un des partenaires, prix minimaux de commercialisation convenus (parfois appelés clauses de protection de l'investissement) – ont été analysées dans le rapport final du 5 septembre 2011 concernant les coopérations FTTH des villes de Bâle, Berne, Lucerne, St-Gall et Zurich. Le Secrétariat de la COMCO est parvenu à la conclusion que celles-ci pourraient, conjointement mais aussi individuellement, supprimer la concurrence efficace, à tout le moins sur le marché de l'accès à l'infrastructure physique permettant une vitesse de connexion basée sur la fibre optique.<sup>62</sup> En l'espèce, les SIL affirment expressément ne pas avoir conclu de clauses portant sur une exclusivité, sur la protection de l'investissement, sur les indemnités compensatoires ou sur l'échanges d'informations commerciales.<sup>63</sup> Si des clauses différentes mais menant à des effets comparables sous l'angle de la concurrence devaient trouver place dans l'accord à Lausanne, l'analyse conduirait en principe au même résultat.

<sup>54</sup> Cf. Message du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la Loi sur les cartels, FF 2002 1911, ch 2.1, 1924; cf. généralement RHINOW R., Gutachten über die Verfassungsmässigkeit der Einführung von direkten Sanktionen im Kartellgesetz zuhanden des Generalsekretariats des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements (EVD), DPC 2001/3, 592.

<sup>55</sup> DPC 2009/1, consid. 3.4, 115-116, *Maestro*.

<sup>56</sup> Rapport final du 5 septembre 2011 (n. 1), B.1, N 43 s. et B.2, N 47 s.

<sup>57</sup> Cf. notamment requête des SIL du 27.12.2011, 4.

<sup>58</sup> THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in : Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Ed.), 2010, art. 4 al. 1 LCart N 78 s. et réf. citées.

<sup>59</sup> BSK KG-NYDEGGER/NADIG (n. 58), art. 4 al. 1 LCart N 40.

<sup>60</sup> BSK KG-NYDEGGER/NADIG (n. 58), art. 4 al. 1 LCart N 68.

<sup>61</sup> Requête des SIL du 27.12.2011, 7.

<sup>62</sup> La définition du marché relevant est neutre sur le plan technologique dans la mesure où elle se fonde sur la vitesse (cf. rapport final du 5 septembre 2011 (n. 1), B.3.3.2, N 226 s.). Ce n'est que par simplification et pour faciliter la lecture de cet avis qu'une forme parfois écourtée – «l'accès physique à la fibre optique» par ex. – omet la référence à la vitesse.

<sup>63</sup> Requête des SIL du 27.12.2011, 2.

54. Deuxièmement, la construction, l'échange d'IRU et le transfert d'une partie du réseau composent le noyau de l'accord de coopération FTTH à Lausanne. Fondamentalement, tel qu'il ressort au demeurant sans équivoque des prises de positions du Secrétariat, ces éléments, sous réserve du *caveat* formulé plus haut concernant le dernier mentionné de ces éléments,<sup>64</sup> la construction en commun d'une nouvelle infrastructure ne soulève pas d'incompatibilité de principe avec la Loi sur les cartels. Partant, au sens strict, la réponse à la première question posée par les SIL doit recevoir une réponse affirmative – un tel accord est donc sur le principe acceptable.

55. Troisièmement, l'acceptabilité de principe de la coopération FTTH envisagée ne doit cependant pas masquer certains risques que le cadre du présent avis ne permet pas d'évaluer, non seulement de par sa nature *ex ante*, mais surtout du nombre restreint d'informations à disposition. Sans qu'ils soient exhaustifs, plusieurs commentaires peuvent être exposés. D'abord, il ne peut pas être exclu que des clauses, même si elles ne concernent pas «la commercialisation des services par chaque entreprise», affectent la concurrence. En effet, s'il est relativement aisé de distinguer construction et exploitation – ou commercialisation – sur le plan théorique, il ne peut être exclu que certaines clauses aient une portée ambivalente. Dans un tel cas de figure, le critère déterminant ne serait alors pas l'intention des partenaires de coopération, ni la nomenclature de la clause, mais bien son appréciation sous l'angle de la concurrence, à savoir sa capacité à avoir des effets sur la concurrence efficace. Il convient ainsi, pour limiter le risque cartellaire, de porter une attention particulière au fait que les termes de la coopération, précisément sur le plan de la construction, limitent le plus raisonnablement possible le risque d'effets sur la concurrence efficace. Ce sera particulièrement nécessaire dans la détermination des modalités de la répartition des coûts de construction qu'il convient d'agencer de manière à ce que des effets sur la concurrence efficace puissent être écartés. Un tel effet dommageable résulterait en particulier si des surcoûts de construction devaient être répercutés sur les clients, concurrents – dans le cadre de prestations préalables – ou utilisateurs finaux. D'autres situations ne peuvent être exclues.

56. Ensuite, la garantie de l'accès physique à la fibre optique à des conditions raisonnables, commandée par la décision de principe de déployer les niveaux Drop et Inhouse conformément au standard multifibre issu des tables rondes de l'OFCOM, commande une vigilance particulière à Lausanne. Premièrement, les deux partenaires de coopérations sont verticalement intégrés et proposent des services aux consommateurs finaux, ce qui signifie qu'ils ne sont, pour des raisons commerciales évidentes, pour le moins pas naturellement incités à permettre l'accès physique à des tiers, lesquels deviendraient des concurrents directs sur la plupart – voire l'ensemble – des marchés en aval. Deuxièmement, le projet de coopération à Lausanne implique les deux (seules) entreprises disposant en l'état d'une infrastructure de télécommunication. Ainsi, aucun tiers ne peut discipliner les partenaires de coopération au niveau de l'infrastructure. En effet, les SIL sont le câblo-opérateur présent sur le territoire en cause et, en l'état,<sup>65</sup> aucun

accès n'est régulé, ni dans une approche neutre technologiquement, ni au niveau concret de la fibre optique.

57. Finalement, le standard développé par l'un des partenaires de coopération au niveau du feeder prévoit un réseau PON en lieu et place d'une liaison P2P.<sup>66</sup> Les SIL avancent que «à terme, chaque entreprise [participant à la construction] pourra fournir des prestations identiques, sous réserve des possibilités liées à l'architecture des réseaux qui reste différente.» La mesure dans laquelle l'architecture pourrait déterminer la mise sur le marché de produits différents n'est pas étayée plus avant. La survenance de difficultés voire d'incompatibilités techniques pour les tiers qui souhaiteraient accéder au réseau ne peut être exclue.<sup>67</sup> Ces éléments pourraient jouer un rôle important sur le plan concurrentiel. L'architecture mixte du réseau FTTH à Lausanne crée dans tous les cas un défi de taille à ce niveau.

58. En résumé, sous l'angle de la Loi sur les cartels, la construction, l'échange d'IRU et le transfert d'une partie du réseau, sous réserve du *caveat* formulé plus haut concernant le dernier mentionné de ces éléments,<sup>68</sup> la construction en commun d'une nouvelle infrastructure ne soulève pas d'incompatibilité de principe. Partant, au sens strict, la réponse à la première question posée par les SIL doit recevoir une réponse affirmative – un tel accord est donc sur le principe acceptable. Plus avant, les paragraphes qui précèdent signifient qu'en cas d'accord portant sur les paramètres visés expressément par l'art. 5 al. 3 LCart, mais également en cas d'affectation notable de la concurrence efficace, le renversement de la présomption et, cas échéant, la justification d'un accord pour des motifs d'efficacité économique pourraient s'avérer délicats pour les partenaires de coopération. Il semble en effet *prima vista* qu'une analyse de la concurrence externe et interne ainsi que des effets indirects ne seraient pas aptes à renverser une éventuelle présomption. Cas échéant, dans l'hypothèse d'une affectation notable, il conviendrait alors de procéder *in concreto* à l'analyse des éléments quantitatif et qualitatif de la notabilité ainsi que des éventuelles justifications d'efficacité. Cette analyse serait menée conformément au cadre d'analyse déterminé dans le rapport final du 5 septembre 2011.<sup>69</sup> A toutes fins utiles, on remarquera qu'étant donnée la situation de concurrence à Lausanne, les remarques émises dans le rapport final du 16 février concernant la coopération FTTH à Genève valent *a fortiori* en l'espèce.<sup>70</sup>

<sup>64</sup> Cf. *supra* 4.1.1, N 32 s.

<sup>65</sup> Cf. cependant le Rapport complémentaire du Conseil fédéral du 28 mars 2012 sur l'évaluation du marché des télécommunications, section 6.4.1, 44, accessible à: <http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00512/03498/index.html?lang=fr> (consulté la dernière fois le 16.4.2012).

<sup>66</sup> Cf. *supra* 3, N 18 s.

<sup>67</sup> Cf. *supra* N 26 s.

<sup>68</sup> Cf. *supra*, N 32 s.

<sup>69</sup> Cf. rapport final du 5 septembre 2011 (n. 1), dès B.3.4, N 387 s.

<sup>70</sup> Rapport final du 16 février 2012 concernant l'enquête préalable concernant FTTH Genève, dès B.3.4, N 315 s. (à publier).

### 4.1.3 Conduite d'entreprise en position dominante

59. La requête des SIL concerne non seulement une analyse de compatibilité concurrentielle vis-à-vis de l'art. 5 LCart, mais également de l'art. 7 LCart.<sup>71</sup> Le Secrétariat n'a pas été amené à s'exprimer sur la question de l'art. 7 LCart en relation avec les coopérations FTTH examinées jusqu'à maintenant. En effet, aucune des annonces faites au Secrétariat - concrètement, les coopérations FTTH à Bâle, Berne, Fribourg, Genève, Lucerne, St-Gall et Zurich - n'avait pour objet une éventuelle restriction à l'art. 7 LCart. Les remarques exposées sous 4.1.2 concernant l'application respectivement *ex ante* et *ex post* valent également pour l'analyse dans le cadre de l'art. 7 LCart.

60. L'art. 7 LCart condamne les pratiques d'entreprises ayant une position dominante lorsque celles-ci abusent de leur position. Les deux éléments de cette définition - position dominante et abus - sont précisés respectivement dans l'art. 4 al. 2 LCart et dans le catalogue d'exemples d'abus de l'art. 7 al. 2 LCart. Ils doivent être tous deux réunis pour déclencher une conséquence juridique. L'art. 49a LCart prévoit la possibilité d'une sanction lorsque les conditions posées par l'art. 7 LCart sont réunies. L'analyse requiert, en particulier lorsque, comme en l'espèce, la cause présente des rapports économiques complexes et multiples, une définition du - ou des - marché relevant.<sup>72</sup>

#### Marché relevant

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

62. Dans son rapport final du 5 septembre 2010, le Secrétariat a pris position sur la question de la définition des marchés dans le contexte du développement de l'infrastructure de fibre optique.<sup>73</sup> Par la nature des choses, un projet visant le déploiement d'une infrastructure de télécommunications détient le potentiel d'affecter la concurrence sur de très nombreux marchés. Ex ante, une analyse exhaustive n'est pas réalisable. Partant, le Secrétariat s'est concentré sur le noyau de la coopération et a défini le marché relevant à partir de l'accès physique à l'infrastructure permettant une vitesse de transmission basée sur la fibre optique.<sup>74</sup> Il a ensuite également opéré une analyse de situation sur d'autres marchés importants, sans être exhaustif, avec lesquels une interdépendance pourrait, cas échéant, jouer un rôle dans l'analyse de concurrence sur le marché relevant.<sup>75</sup> Pour ce faire, il s'est notamment basé sur la pratique du Tribunal administratif fédéral, sur une étude de marché ayant inclus tous les principaux acteurs de la branche et sur les caractéristiques techniques des produits concernés. Il a en particulier apprécié les substituts actuels ou potentiels de l'accès pour fonder sa définition du marché relevant.

63. En l'espèce, il peut être renvoyé aux considérations relatives à la définition du marché relevant telles qu'exposées dans le rapport final du 5 septembre 2011. Malgré le caractère général de la question soumise par les SIL, une analyse à l'aune de l'art. 7 LCart du projet de coopération FTTH à Lausanne sur l'ensemble des marchés potentiellement affectés sortirait évidemment du cadre du présent avis, si tant est qu'elle soit réalisable. La présente analyse de concurrence se concentre ainsi sur l'accès physique à l'infrastructure permettant une vitesse de transmission basée sur la fibre optique. Géographiquement, le marché relevant correspond au territoire visé par la coopération en cause.

#### Position dominante individuelle

64. Par entreprises dominant le marché, l'art. 4 al. 2 LCart entend une ou plusieurs entreprises qui sont à même, en matière d'offre ou de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché (concurrents, fournisseurs ou acheteurs). Le degré d'indépendance requis pour admettre qu'une entreprise se trouve en position dominante est controversé. Il est admis que le fait qu'une entreprise dispose d'une puissance de marché ne suffit pas pour remplir l'énoncé de fait légal. En Suisse, le concept de position dominante relative a fait son apparition dans la pratique et, à tout le moins de manière indirecte,<sup>76</sup> dans la législation.<sup>77</sup>

65. Dans le domaine des télécommunications, l'élément de la position dominante constitue en outre la disposition centrale de l'articulation entre le droit de la concurrence sectoriel et général, c'est-à-dire concrètement entre la loi du 30 avril 1997 sur les télécommunications (LTC ; RS 784.10) et la LCart. Cette circonstance découle du concept de libéralisation et de re-régulation façonnant l'économie de la branche.<sup>78</sup> Traditionnellement, en matière de réseau de télécommunications, la question de la position dominante se pose au niveau de l'accès à l'infrastructure de cuivre appartenant au monopoliste historique - le «*incumbant*» - par les (nouveaux) acteurs économiques - les «*entrants*». Cette circonstance rend compte de la préoccupation principale du mouvement d'ouverture à la concurrence et commande deux remarques.

<sup>71</sup> Requête des SIL du 27.12.2011, 7.

<sup>72</sup> Arrêt du TAF, DPC 2010/2, 282 s. consid. 9.2, *Terminierungspreise im Mobilfunk*.

<sup>73</sup> Rapport final du 5 septembre 2011 (n. 1), dès B.3.3.2, N 226 s.

<sup>74</sup> Rapport final du 5 septembre 2011 (n. 1), dès B.3.3.2, N 226 s.

<sup>75</sup> Cf. en particulier rapport final du 5 septembre 2011 (n. 1), dès B.3.3.3, N 279 s.

<sup>76</sup> On fait allusion ici à l'introduction du passage entre parenthèses de l'art. 4 al. 2 LCart intervenue lors de la révision de 2004.

<sup>77</sup> JÜRIG BORER, *Wettbewerbsrecht I Kommentar*, 3ème éd., Zürich 2011, Ad art. 4, N 16.

<sup>78</sup> Cf. notamment pour un aperçu MATTHIAS AMGWERT, *Netzzugang in der Telekommunikation*, Zurich 2008, 92.



66. Premièrement, sur le plan conceptuel, l'articulation du droit de la concurrence sectoriel et général repose sur une notion commune dans le but d'assurer la cohérence de la pratique. Pour s'assurer que l'analyse de la position dominante soit menée selon une pratique uniforme, le législateur a volontairement lié les notions de position dominante contenues dans la LCart et la LTC, soumettant son interprétation dans le cadre de celle-ci à l'évolution de la pratique de la Loi sur les cartels.<sup>79</sup> L'application du concept de position dominante relative est donc *a priori* commandée par le législateur, également dans le domaine des télécommunications.<sup>80</sup> Force est cependant de constater que la rareté de la mise en œuvre par les autorités de la concurrence du concept de position dominante relative lui confère un caractère plutôt exceptionnel. Dans le domaine des télécommunications, il semble en outre que la prise en compte de la situation de concurrence sur les marchés proches et d'autres éléments d'ordre réglementaire notamment – dans l'analyse des effets indirects par exemple – réduit fortement la portée du concept en pratique.

67. Deuxièmement, l'analyse de la position sur le marché en matière de réseaux de prochaine génération se distingue du schéma historique, car elle présente la particularité que l'infrastructure projetée permet fondamentalement quatre accès physiques distincts et simultanés jusqu'à chaque utilisateur final. La propriété de l'infrastructure est détenue en commun par deux entreprises distinctes et verticalement intégrés, c'est-à-dire potentiellement actives à tous les niveaux – prestations préalables et offres aux utilisateurs finaux. Il y a donc deux gestionnaires de réseaux, chacun ayant non seulement la possibilité technique d'atteindre 100 % des utilisateurs finaux pour ses propres prestations en se réservant l'utilisation d'une fibre, mais encore de proposer un accès à la fibre nue pour atteindre l'ensemble des utilisateurs finaux par un ou plusieurs FST tiers. La disposition par chacun des partenaires de coopération de deux fibres optiques ouvre, sur le plan théorique, un plus grand espace pour la concurrence et, toujours sur le plan théorique, réduit la probabilité qu'une position dominante surgisse. Les considérations concurrentielles composent la raison d'être du modèle multifibre développé lors des tables rondes sous l'égide de la COMCOM.<sup>81</sup> Le modèle multifibre n'empêche cependant pas, per se, que l'un des partenaires de coopération puisse se retrouver dans une situation de position dominante individuelle. Par exemple, si l'un des partenaires de coopération devait convenir pour une longue durée avec un opérateur tiers la disposition d'une fibre optique sur l'ensemble du territoire visé, l'autre partenaire deviendrait l'unique gestionnaire de réseau apte à proposer un accès physique à l'infrastructure de fibre optique. C'est *a fortiori* le cas à Lausanne de par les particularités de l'architecture du réseau mentionnées plus haut.<sup>82</sup> D'autres scénarios menant à l'avènement d'une position dominante individuelle peuvent être imaginés. Cependant, d'autres scénarios, par exemple des avancées technologiques déterminantes sur d'autres infrastructures, peuvent se réaliser.

68. Ainsi, de par l'importance des circonstances de fait pour juger de la position sur le marché, seule une analyse de concurrence *ex post* sur la base d'une analyse

concrète permettrait de déterminer si l'un des partenaires de coopération détenait une position dominante individuelle. *Ex ante*, il peut être retenu qu'une position dominante individuelle de l'un des partenaires de coopération sur le marché de l'accès physique à l'infrastructure permettant une vitesse de transmission basée sur la fibre optique ne peut être exclue selon le développement du marché.

#### *Position dominante collective*

69. L'art. 7 LCart vise également les positions dominantes détenues collectivement. Force est cependant de constater d'emblée qu'en Suisse, aucune intervention des autorités de la concurrence n'a été fondée sur la base d'une dominance collective dans une procédure ouverte pour violation de l'art. 7 LCart. Jusqu'à maintenant, la question de la dominance collective n'a en Suisse été abordée que dans le contrôle des fusions, c'est-à-dire sous l'optique de l'éventualité que, de par l'opération de concentration, une situation de dominance collective puisse éclore sur un marché.<sup>83</sup>

70. La formulation explicite de l'art. 4 al. 2 LCart ne laisse planer aucun doute sur le fait que le législateur a envisagé qu'une position dominante pouvait être détenue par plusieurs entreprises collectivement.<sup>84</sup> La disposition correspondante au niveau de l'Union européenne, laquelle est à l'origine de la disposition initiale de la Loi sur les cartels, ainsi que sa mise en œuvre par les autorités de l'UE et des Etats membres confirment cette interprétation.<sup>85</sup> La notion de position dominante collective peut être en cause tant dans le contrôle des concentrations que sous l'angle de l'art. 7 LCart.

71. Le défaut de pratique indigène en la matière justifie de porter une attention particulière à l'état actuel du traitement de la question en droit de l'UE. Les tribunaux de l'UE se sont prononcés à plusieurs reprises sur ce sujet, tant sous l'angle du contrôle des concentrations que des abus de position dominante. Dans l'arrêt *Compagnie maritime belge transports c. Commission*, la Cour de justice des Communautés européennes (ci-après: CJCE) a constaté qu'une position dominante peut être détenue par deux ou plusieurs entités économiques, juridiquement indépendantes l'une de l'autre, à condition

<sup>79</sup> „Damit soll sichergestellt werden, dass die Anwendung dieser Bestimmung im Einklang mit dem Wettbewerbsrecht erfolgt und nicht unterschiedliche Behörden eine unterschiedliche Praxis für gleiche Tatbestände entwickeln.“ Botschaft vom 10. Juni zu revidierten Fernmeldegesetz, BBl 1996 1427. La révision subséquente de la LTC n'a pas revu cet élément, cf. MATTHIAS AMGWERT, Netzzugang in der Telekommunikation, Zurich 2008, 92, en particulier n. 490.

<sup>80</sup> Dans ce sens, MATTHIAS AMGWERT, Netzzugang in der Telekommunikation, Zurich 2008, 92.

<sup>81</sup> Cf. <http://www.bakom.admin.ch/themen/technologie/01397/03044/index.html?lang=fr>

<sup>82</sup> Cf. *supra* N 26 s.

<sup>83</sup> Cf. notamment DPC 2010/3, 499, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*, en particulier 528 s.

<sup>84</sup> JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I Kommentar, 3ème éd., Zurich 2011, art. 4, N 21.

<sup>85</sup> Cf. par ex. RICHARD WISH/DAVID BAILEY, *Competition Law*, 7ème éd., 2012, 571 s.

que, du point de vue économique, elles se présentent ou agissent ensemble sur un marché spécifique, comme une entité collective.<sup>86</sup> Il est nécessaire d'examiner les liens ou facteurs de corrélation économiques entre les entreprises concernées.<sup>87</sup> A cet égard il y a lieu notamment de vérifier si des liens économiques existent entre les entreprises concernées qui leur permettent d'agir ensemble indépendamment de leurs concurrents, de leurs clients et des consommateurs.<sup>88</sup>

72. La nature des liens économiques n'est pas déterminante selon la haute Cour. D'une part, le fait que les entreprises visées soient liées par un accord ne constitue pas, en soi, une base suffisante pour une telle constatation.<sup>89</sup> D'autre part, un accord, une décision ou une pratique concertée peut incontestablement, lorsqu'il est mis en œuvre, avoir pour conséquence que les entreprises concernées se sont liées quant à leur comportement sur un marché déterminé de manière qu'elles se présentent sur ce marché comme une entité collective à l'égard de leurs concurrents, de leurs partenaires commerciaux et des consommateurs.<sup>90</sup> Il est ainsi possible que des entreprises soient considérées en position dominante collective lorsque la nature oligopolistique du marché par exemple est telle que les entreprises sont amenées à se comporter de manière parallèle et, de la sorte, à apparaître comme une entité collective.<sup>91</sup> C'est aussi *a fortiori* le cas lorsqu'elles conviennent d'un contrat-type à utiliser avec certains clients par exemple.

73. L'arrêt *Compagnie maritime belge transports c. Commission* a défini le cadre, toujours actuel dans l'UE, de la notion de position dominante collective. Le traitement de ces situations de position dominante collective a été affiné depuis lors dans plusieurs arrêts de la Cour de première instance.<sup>92</sup> Dans un document de discussion publié en 2009 (ci-après: DP), la Commission européenne a exposé son approche.<sup>93</sup> Elle reprend en essence la jurisprudence des tribunaux et indique dans un premier temps les situations dans lesquelles l'hypothèse d'une position dominante collective est en particulier susceptible d'être constatée. Plus l'environnement économique du marché est simple et stable, plus il est facile et probable que les entreprises adoptent un entendement commun. Cela pourrait les amener à adopter une stratégie commune, maintenant un résultat de marché communément souhaité. La coordination mène alors généralement à un niveau de prix élevé, supérieur au niveau de concurrence efficace.

74. Dans un deuxième temps, la Commission européenne définit trois critères d'analyse pour apprécier une position dominante collective. Il s'agit en réalité de conditions cumulatives pour la constatation d'une position dominante collective.<sup>94</sup> Le premier critère consiste en la capacité pour chaque membre de l'oligopole dominant de connaître le comportement des autres membres et de pouvoir apprécier, de manière suffisamment précise et rapide s'ils adoptent la même ligne d'action.<sup>95</sup> Le deuxième critère repose sur la durabilité de la situation de coordination tacite. Il requiert l'analyse des incitations à suivre la ligne de conduite commune, cas échéant, des mécanismes de dissuasion.<sup>96</sup> Le troisième critère prévoit l'examen des pressions concurrentielles qui pourraient remettre en cause la mise en œuvre de la politique commune. Cet examen porte sur la marge de ma-

nœuvre des concurrents, de la force d'achat des clients – «*buyer power*» – et sur l'examen des barrières d'entrée sur le marché ainsi que de la probabilité que de tels entrées surviennent.<sup>97</sup>

75. En l'espèce, l'hypothèse d'une position dominante collective n'est pas dénuée de pertinence. Par l'accord de coopération, les partenaires FTTH se lient par un contrat formel au sens du droit privé, lequel ouvre ainsi la possibilité de recourir à l'intervention des tribunaux civils pour assurer sa mise en application. La présence d'un accord, au contraire de l'énoncé de l'art. 5 LCart pouvant être appliqué au demeurant en parallèle, n'est pas indispensable. Les facteurs de corrélation économiques, lesquels peuvent consister non seulement sur des éléments convenus contractuellement, mais également sur des facteurs tels que la structure du marché, sont l'élément clé. En coopérant au niveau de l'infrastructure, les partenaires de coopération se retrouvent, sur le marché relevant, en situation de duopole. Ils sont les seuls à pouvoir offrir un accès physique à l'infrastructure permettant une vitesse de transmission basée sur la fibre optique sur le territoire de coopération FTTH convenu. A Lausanne, la structure duopolistique pourraient en outre s'étendre sur d'autres marchés en aval dans la mesure où les entreprises participant à la coopération sont déjà en l'état verticalement intégrée et proposent des services aux utilisateurs finaux, mais en plus, par le fait qu'aucune pression concurrentielle de la part d'un concurrent disposant d'une infrastructure propre ne peut être considérée. Cet élément distingue à ce titre la coopération FTTH à Lausanne des autres coopérations examinées récemment par le Secrétariat.

76. L'examen des critères établis par la Commission européenne confirme la pertinence de l'hypothèse. Premièrement, la capacité d'apprécier – et se faisant, de surveiller – le comportement de l'autre entreprise pourrait être réalisée en l'espèce. Indépendamment de clauses visant expressément l'échange d'informations commerciales, les partenaires de coopération sont en

<sup>86</sup> Arrêt de la CJCE du 16 mars 2000 C-396/96 P *Compagnie maritime belge transport*, Rec. I-1365 point 36.

<sup>87</sup> Arrêt de la CJCE du 16 mars 2000 C-396/96 P *Compagnie maritime belge transport*, Rec. I-1365 point 41 et réf. citées.

<sup>88</sup> Arrêt de la CJCE du 16 mars 2000 C-396/96 P *Compagnie maritime belge transport*, Rec. I-1365 point 42.

<sup>89</sup> Arrêt de la CJCE du 16 mars 2000 C-396/96 P *Compagnie maritime belge transport*, Rec. I-1365 point 43.

<sup>90</sup> Arrêt de la CJCE du 16 mars 2000 C-396/96 P *Compagnie maritime belge transport*, Rec. I-1365 point 44.

<sup>91</sup> RICHARD WISH/DAVID BAILEY, *Competition Law*, 7ème éd., 2012, 578.

<sup>92</sup> Cf. notamment arrêt du TPI du 26 janvier 2005 T-183/02 *Laurent Piau/Commission*, Rec. 2005 I-209; arrêt de la CJCE du 10 juillet 2008 C-413/06 P *Bertelsmann et Sony Corporation of America/Impala*, Rec. 2008 I-4951.

<sup>93</sup> DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses (ci-après : DP), N 43 à 50, accessible à : <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf> (consulté la dernière fois le 14.4.2012).

<sup>94</sup> Arrêt du TPI du 26 janvier 2005 T-183/02 *Laurent Piau/Commission*, Rec. 2005 I-209, point 111; Arrêt du TPI du 8 juillet 2003 T-374/00 *Verband der freien Rohrwerke eV/Commission*, Rec. II-2275, point 121 et réf. citée.

<sup>95</sup> DP (n. 93), N 48.

<sup>96</sup> DP (n. 93), N 49.

<sup>97</sup> DP (n. 93), N 50.

mesure de par l'agencement convenu des droits de propriétés et d'IRU de se rendre compte en tout temps de l'utilisation effective du réseau. De plus, le fait que les entreprises soient actives sur plusieurs échelons de la chaîne de valeur ajoute aux sources potentielles d'informations sur le comportement de l'autre partenaire.

77. Deuxièmement, plusieurs éléments pourrait mener à la conclusion que la situation de coordination tacite serait durable. La longue durée prévue pour l'amortissement des investissements et la grande capacité technique de l'infrastructure,<sup>98</sup> tout comme sa non reproductibilité par des concurrents sont un premier élément indiquant que la coopération est destinée à s'inscrire dans la durée. En outre, on peut raisonnablement partir de l'idée que les stratégies des entreprises participant à l'investissement s'étendent également pour plusieurs années. La convention souhaitée d'une exclusivité pour une durée de 20 ans avec les propriétaires d'immeubles indique également que l'horizon temporel de la coopération s'étend sur un cycle relativement long. D'éventuels mécanismes de compensation ou de répartition liant les parts d'investissement avec le résultat de marché seraient, idéalement et sans ambiguïté, aptes dans ce sens à poser les jalons d'une action commune durable.

78. Troisièmement, il ne semble pas que la réaction prévisible des concurrents actuels et potentiels ainsi que des consommateurs serait apte à remettre en cause les résultats attendus de la ligne d'action commune. D'abord, le principal produit en cause consistant en l'accès à une infrastructure de réseau, la situation est particulière: sur le marché relevant, les partenaires de coopération réalisent une part de marché, durable, de 100 %. Aucune concurrence externe ne peut raisonnablement entrer en ligne de compte en l'état. Seuls des avancées technologiques inattendues – et relativement improbables étant donné la conviction de l'ensemble des acteurs de la branche que la fibre optique sera le (seul) support des réseaux de prochaine génération – pourraient modifier cet état de fait. Cas échéant, il conviendrait naturellement d'en tenir compte. Ensuite, il semble hasardeux d'admettre que la force d'achat des clients – utilisateurs finaux ou autres FST (prestations préalables) – serait apte à remettre en question la ligne d'action commune. La caractéristique du produit est à nouveau essentielle. Les clients ne sont pas en mesure de substituer l'accès. Ils sont condamnés à entrer en relation avec les gestionnaires de réseau que sont les partenaires de coopération. La situation est à Lausanne d'autant plus délicate de par le fait que non seulement les partenaires de coopération sont actifs sur tous les échelons du marché, mais qu'en plus, l'éventuelle et potentielle pression concurrentielle d'un tiers disposant d'une infrastructure propre, si tant est qu'elle serait suffisante,<sup>99</sup> par exemple un câblo-opérateur, fait défaut sur le territoire de la présente coopération. Finalement, sans qu'il apparaisse nécessaire de l'examiner plus avant à ce stade, la probabilité d'une entrée sur le marché est soumise à une sévère caution, à Lausanne encore plus qu'ailleurs.

79. Ainsi, l'hypothèse d'une position dominante, individuelle ou collective, ne peut être exclue en l'espèce. Individuellement, la constatation d'une position dominante dépend essentiellement du développement que va

connaître l'utilisation de l'infrastructure dans le futur. Seule une analyse au cas par cas serait apte à justifier une telle constatation et, dans ce sens, des éléments d'analyse plus pointus ne peuvent pas être apportés dans une démarche *ex ante* du présent type. Collectivement, la probabilité que les conditions reconnues par la jurisprudence européenne soient considérées comme réalisées est élevée. On peut, à ce stade, dans tous les cas relever que les parts de marché réalisées par le duopole mettraient les entreprises dans une situation parfois qualifiée de «super-dominance» dans la pratique de l'UE.<sup>100</sup> Selon les développements récents de la jurisprudence européenne, cette considération est pertinente pour l'évaluation des effets d'un abus.<sup>101</sup> Elle crée ainsi, en tout état de cause, à tout le moins une responsabilité particulière pour les entreprises concernées de se comporter conformément au droit de la concurrence.

#### *Conduite prétendument abusive*

80. Une position dominante, individuelle ou collective, ne viole en aucune mesure la Loi sur les cartels. L'art. 7 LCart, à l'instar de la disposition correspondante en droit de l'UE, vise uniquement les abus commis par des entreprises détenant une telle position.

81. La première question de la requête des SIL n'expose aucun comportement susceptible en tant que tel de constituer un abus au sens du catalogue d'exemples de l'art. 7 al. 2 LCart. Il en va différemment des questions 2 et 3. Ces deux questions seront traitées de manière spécifique plus bas sous le point 4.2.

82. De manière générale, deux remarques sont commandées. Premièrement, dans une situation de dominance collective, se pose la question de savoir si tous les membres de l'oligopole doivent être impliqués dans la commission de l'abus.<sup>102</sup> Le Tribunal de première instance de CJCE s'est prononcé sur cette question dans l'affaire *Irish Sugar plc./Commission*.<sup>103</sup> Il s'est prononcé de la manière suivante:<sup>104</sup>

*«En effet, si l'existence d'une position dominante collective se déduit de la position que détiennent ensemble les entités économiques concernées sur le marché en cause, l'abus ne doit pas nécessairement être le fait de toutes les entreprises en question. Il doit seulement*

<sup>98</sup> Cf. rapport final du 5 septembre 2011 (n. 1), B.3.3.1, N 192 s.

<sup>99</sup> Étant données les limitations techniques du réseau coaxial, la mesure dans laquelle les câblo-opérateurs seront aptes à concurrencer les entreprises disposant de réseaux FTTH n'est pas évidente. Cf. rapport final du 5 septembre 2011 (n. 1), B.3.3.1.1.2, N 203 s.

<sup>100</sup> Cf. opinion de l'avocat général FENNELLY dans l'arrêt de la CJCE du 16 mars 2000 C-396/96 P *Compagnie maritime belge transport*, Rec. I-1365, point 137.

<sup>101</sup> Cf. Arrêt de la CJUE du 17 février 2011 C-52/09 *Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB*, points 78-82, pas encore publié, accessible à : <http://curia.europa.eu>.

<sup>102</sup> Cf. IVO VAN BAELE/JEAN-FRANÇOIS BELLIS, *Competition Law of the European Community*, 4ème éd., 2005, 906 s.

<sup>103</sup> Arrêt du TPI du 7 octobre 1999 T-228/97, *Irish Sugar plc./Commission*, Rec. 1999 II-2969. Le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté en appel, cf. arrêt de la CJCE du 10 juillet 2001 C-497/99 P *Irish Sugar plc./Commission*, Rec. I-5333. Dans son jugement, la CJCE n'a pas été amenée à revoir les considérations du TPI sur la question de l'abus.

<sup>104</sup> Arrêt du TPI du 7 octobre 1999 T-228/97, *Irish Sugar plc./Commission*, Rec. 1999 II-2969, point 66.

*pouvoir être identifié comme l'une des manifestations de la détention d'une telle position dominante collective. Par conséquent, des entreprises occupant une position dominante collective peuvent avoir des comportements abusifs communs ou individuels. Il suffit que ces comportements abusifs se rapportent à l'exploitation de la position dominante collective que les entreprises détiennent sur le marché.»*

83. Par conséquent, la pratique de la Commission européenne a été confirmée par la jurisprudence et l'interprétation du droit de l'UE ne laisse aucun doute sur le fait que l'abus ne doit pas nécessairement être le fait de tous les membres de l'oligopoles. A première vue, aucun élément ne devrait mener les autorités suisses de la concurrence à une interprétation différente.

84. Deuxièmement, en matière FTTH, un entendement commun des partenaires de coopération sur le résultat de marché ou sur leurs parts de marché respectives, ainsi que les moyens engagés pour atteindre ces buts seraient, avec un degré de probabilité élevé, considérés comme un abus au sens de l'art. 7 LCart.

## **4.2 Clause d'exclusivité d'utilisation Inhouse**

85. Les questions 2 et 3 traitent de l'équipement et de l'exploitation de la colonne montante. Concrètement, elles visent les modalités des relations entre les partenaires de coopération et les propriétaires d'immeuble. Les deux questions appellent des considérations se complétant et seront par conséquent traitées de manière conjointe.

### **4.2.1 Contenu des clauses**

86. De par les impératifs du droit civil suisse, le câblage de la colonne montante est intégralement et exclusivement la propriété du propriétaire du bâtiment. Cet élément est repris dans l'art. 3.3 des « Conditions contractuelles Raccordement à fibre optique » (ci-après : CRAFO). Le cadre strict défini par les dispositions civiles réelles impliquent la nécessité pour les entreprises déployant le réseau de convenir dans un rapport d'obligation personnel plusieurs modalités pour garantir l'utilisation conforme à son but du câblage déployé. Dans ce sens, l'art. 2.4 CRAFO traite des droits de raccordement, d'accès et d'utilisation dans les termes suivants :

*«L'exploitant du réseau a le droit d'utiliser, pendant la durée du contrat [durée minimale de 20 ans selon l'art. 4.1 CRAFO], le câblage du bâtiment réalisé conformément aux présentes dispositions et de connecter pour ce faire la ligne de raccordement à fibre optique au câblage du bâtiment. A cette fin, le propriétaire accorde gratuitement à l'exploitant du réseau tous les droits nécessaires à la construction, au maintien, à l'exploitation et à l'entretien du câblage du bâtiment. Est également compris le droit d'utilisation originaire de l'exploitant du réseau sur toutes les fibres du câblage du bâtiment basé sur la fibre optique réalisé par lui-même, ainsi que le droit d'avoir accès aux câbles et aux installations de l'exploitant du réseau et du partenaire de coopération.*

*2L'exploitant du réseau jouit d'un droit d'utilisation gratuit, exclusif, intégral et transmissible sur une fibre du câblage du bâtiment par unité d'habitation et sur deux*

*fibres par unité de locaux commerciaux (fibres exclusives). Afin d'éviter les raccordements de colonnes montantes parallèles, l'exploitant du réseau accorde aux autres fournisseurs de services de télécommunication, qui concèdent à l'exploitant du réseau un droit comparable (principe de réciprocité), l'accès au câblage du bâtiment basé sur la fibre optique, sans discrimination et à des conditions appropriées, sous la forme d'un droit d'utilisation à long terme de fibres libres qui ne sont pas déjà attribuées au partenaire de coopération (fibres non exclusives).»*

87. Cette disposition détermine les modalités de l'utilisation de la colonne montante pour une durée minimale de 20 ans (art. 4.1 CRAFO). En outre, elle est également centrale dans l'optique d'une résiliation anticipée, dans la mesure où le refus injustifié de l'exploitant du réseau de permettre à ses concurrents – comme le prévoit le contrat – d'accéder au câblage du bâtiment basé sur la fibre optique et d'utiliser les fibres disponibles au niveau du raccordement des colonnes montantes constitue l'un des justes motifs de la liste exhaustive prévue par le contrat (art. 4.2 CRAFO).

88. L'analyse qui suit se limite à l'objet soumis par les SIL. Les autres éléments réglés par le « Contrat Raccordement à fibre optique » (ci-après : contrat RAFO et les CRAFO ne sont traités dans le présent avis que dans la mesure où ils sont liés à l'objet soumis. On remarquera cependant qu'à ce niveau, non seulement la construction, mais également l'exploitation est abordée dans le projet de coopération et que les partenaires de coopération apparaissent comme une entité commune par rapport aux partenaires contractuels.

### **4.2.2 Précisions concernant l'objet de la requête**

89. La formulation de la requête des SIL repose sur des éléments équivoques. Premièrement, les questions 2 et 3 se réfèrent à la section 1.4 de la requête. Cette section reprend partiellement, complète par endroit et renvoie de manière générale au contrat RAFO et spécifiquement aux CRAFO, lesquelles font partie intégrante du contrat RAFO (art. 2.1 CRAFO). Dans ces circonstances, il convient de focaliser l'analyse sur les documents que sont le contrat RAFO et les CRAFO et non de s'en tenir exclusivement aux modalités, incomplètes, exposées dans la section 1.4 de la requête. Il s'en suit qu'en ce qui concerne les éléments précis uniquement de manière partielle, le matériel permettant d'interpréter l'économie de la clause est, pour le moins, limité. L'élément de la réciprocité, explicite dans l'art. 2.4 CRAFO mais éludé dans la section 1.4 de la requête, soulève à ce titre une difficulté particulière à l'heure de produire une analyse cartellaire fondée.

90. Deuxièmement, les questions 2 et 3 ont pour sujet les FST, de manière générale. Il va de soi que l'analyse cartellaire peut varier considérablement selon les entités impliquées par un accord ou adoptant une telle conduite. Partant, il convient d'interpréter que par FST, les SIL se réfèrent logiquement exclusivement aux partenaires de coopération FTTH à Lausanne. Une interprétation contraire étendrait considérablement le champ de la requête et ne pourrait d'ailleurs pas, en tout état de cause, être traitée de manière exhaustive dans le présent avis.

### 4.2.3 Analyse cartellaire

91. En mars 2010, le BEREC a pris position sur de nombreux aspects liés à l'accès aux réseaux de prochaine génération et à ses implications sur le plan réglementaire.<sup>105</sup> Dans ce rapport, il a en particulier examiné l'accès au câblage Inhouse et s'est prononcé en ces termes:

*«In any case, exclusivity agreements (and/or total occupation of infrastructure) must be avoided, especially in respect of access to buildings, as such agreements would, from the outset, hinder other interested operators from being able to offer their products to these potential (new) customers.»*<sup>106</sup>

92. Cette position diamétralement opposée au concept d'une exclusivité doit être contrebalancée par les spécificités techniques du modèle multifibre développé de manière standard – exclusivement – en Suisse. En effet, le déploiement de quatre fibres optiques jusqu'à chaque UU permet à plusieurs opérateurs d'atteindre les utilisateurs finaux en parallèle.<sup>107</sup>

93. Dans ce contexte, les modalités concernant l'exclusivité telles que mentionnées dans l'art. 2.4 CRAFO apparaissent sous un jour quelque peu différent que celui qui pourrait résulter éventuellement de la requête des SIL. L'exclusivité prévue sur les fibres optiques que les gestionnaires de réseau se réservent par le contrat trouve ses limites dans l'obligation de permettre l'accès aux deux autres fibres par les FST tiers. Sans un tel agencement, les avantages du système multifibre seraient annihilés, puisque cela reviendrait à déployer un réseau à quatre fibres en partant de l'idée que deux d'entre elles ne seront pas ouvertes à la concurrence; pire, qu'elles seraient tirées pour ainsi dire «dans le vide».

94. Plus avant, il convient de constater que la question 2 ne peut obtenir sur le plan concurrentiel qu'une réponse nuancée. Le fait d'offrir, dans certains cas, aux propriétaires la réalisation de la colonne montante selon les principes prévues par le contrat RAFO et les CRAFO peut être toléré par le droit de la concurrence. C'est la mise en œuvre concrète des modalités qui reste cependant décisive en pratique. Si elle devait mener à des effets sur la concurrence, par exemple parce que les conditions considérées comme appropriées par les gestionnaires de réseaux devaient limiter l'accès ou voire exclure des concurrents du marché, une violation de la Loi sur les cartels, tant de l'art. 5 que de l'art. 7 LCart en l'occurrence, pourrait être constatée. En d'autres mots, les principes concernant l'accès et concept de financement en tant que tel ne soulèvent pas de problème cartellaire particulier. Cela n'exclut cependant pas que leur mise en œuvre mène à une violation de la Loi sur les cartels. Une réserve particulière doit être émise à cet endroit concernant le principe de réciprocité. Selon l'interprétation de ce principe, il se peut qu'il ait pour effet de fermer l'accès au câblage Inhouse par les tiers. Ce principe n'étant pas explicité, ni même abordé, dans la requête des SIL, une analyse prospective des effets potentiels de cet élément ne peut entrer dans le cadre du présent avis.

95. La formulation de la question 3 est ambiguë. En effet, l'exclusivité visée dans le contrat RAFO et les CRAFO ne porte que sur une fibre optique pour chacun des gestionnaires de réseau pour une durée de 20 ans, et non sur «l'utilisation des fibres optiques individuelles» qu'évoque la requête.<sup>108</sup> Or, les «fibres non exclusives» au sens des CRAFO ne sont logiquement pas affectées par l'exclusivité. Si des FST tiers demandent un accès physique au niveau du DP ou, plus proche encore de l'utilisateur final, au niveau du BEP, le système d'exclusivité prévu par le contrat RAFO et les CRAFO ne génère pas de problèmes particuliers.<sup>109</sup> En effet, l'accès peut depuis ces points être proposé en P2P par les deux partenaires de coopérations. Il en va tout autrement lorsque l'accès est demandé au niveau du Feeder, généralement dans le CO, et que l'un des partenaires déploie une technologie PON. Or, cela correspond précisément à la demande habituelle, étant donnés les investissements consentis par les FST dans le dégroupage du cuivre. Partant, le contrat-type peut soulever des difficultés à Lausanne. En effet, le concept prévu par le contrat-type s'inscrit fondamentalement dans une architecture P2P intégrale, c'est-à-dire que les deux partenaires de coopération déploient en P2P. Les quatre fibres optiques tirées peuvent être proposées depuis le Feeder à des FST tiers. En d'autres mots, les deux partenaires de coopération sont à même de proposer un accès physique (non virtuel) depuis le CO et éventuellement le PoP. L'architecture de réseau choisie par les SIL n'ouvre cependant pas cette possibilité, ce qui remet en question la portée du concept sur le plan concurrentiel.

96. La durée de 20 ans, durée certes élevée pour une exclusivité au sens du droit de la concurrence, peut dans une architecture P2P intégrale n'avoir qu'une répercussion faible sur la concurrence grâce à la mise à disposition, sans discrimination et à des conditions appropriées, des fibres non exclusives. Cette question sort cependant du cadre de la requête dans la mesure où une telle architecture n'est prévue que par l'un des partenaires de coopération à Lausanne. Elle peut donc rester ouverte. Il n'empêche qu'elle appelle la remarque suivante. L'éventualité de convenir d'une exclusivité sans soulever de graves problèmes cartellaires découle de la nature multifibre – et P2P – des trois parties du réseau que sont l'Inhouse, le Drop et le Feeder. La construction gratuite est échangée contre le droit d'utilisation exclusif d'une fibre optique pendant 20 ans, mais l'accès des FST tiers est garanti par la mise à disposition des fibres non exclusives, et depuis le Feeder. Un tel arrangement n'est techniquement pas possible dans une infrastructure basée sur un PON.

<sup>105</sup> BEREC (n. 35), BoR (10) 08.

<sup>106</sup> BEREC (n. 35) (10) 08, 22.

<sup>107</sup> Le BEREC a également relevé cet élément dans ledit rapport, cf. BEREC (n. 35), Bor (10) 08, 21.

<sup>108</sup> Requête des SIL du 27.12.2011, 7.

<sup>109</sup> Cf. cependant les réserves formulées *supra*, N 94.

97. En conclusion, c'est la mise en œuvre des principes couchés dans le contrat RAFO et les CRAFO qui sera déterminante et pourrait exposer les partenaires de coopération, intervenant sans équivoque sous la forme d'une entité collective sur le marché à cet égard, à une procédure cartellaire. Celle-ci serait en principe menée tant sous l'angle de l'art. 5 LCart que de l'art. 7 LCart. Au-delà de la mise en œuvre, une réserve est cependant de mise concernant la conformité cartellaire du principe de réciprocité, dont l'objet, à tout le moins selon l'interprétation qui peut lui en être donnée, soulève quelque interrogation sous l'angle du droit de la concurrence, même dans une architecture multifibre P2P. Il est en effet indispensable, en particulier dans un contexte de déploiement causant un surinvestissement à des fins de promotion de la concurrence, que la pression concurrentielle des utilisateurs finaux ne soit pas anéantie par des modalités d'accès particulières convenues entre les partenaires de coopération.

98. Dans une architecture PON, telle que les SIL l'envisagent, la portée concurrentielle du système pourrait être complètement différente. L'exclusivité telle que semble la comprendre les SIL pourrait mener par exemple à refuser aux FST tiers un accès physique sous prétexte que les SIL bénéficient de l'exclusivité au niveau Inhouse avec le propriétaire sur la fibre connectée à l'OTO. D'autres scénarios sont envisageables. Techniquement, le dégroupage passif ne permet pas l'utilisation des deux fibres dédiées au SIL au niveau Inhouse en parallèle en cas d'accès physique (virtuel) du FST dans le PoP.<sup>110</sup> Dans tous les cas, une évaluation plus précise de la conformité de la clause d'exclusivité n'est ainsi pas possible tant que les questions liées à l'accès restent sans réponse. L'interprétation que semblent en faire les SIL dans leur requête soulève dans tous les cas de sérieux doutes.

99. Au vu de ce qui précède, la pertinence du système prévu dans le contrat RAFO et les CRAFO peut être sérieusement remise en question pour la coopération à Lausanne. Il ne semble pas que ce système d'exclusivité puisse s'intégrer tel quel dans un contexte d'architecture de réseau mixte sans que des problèmes de concurrence importants ne voient le jour. Dans la mesure où les partenaires de coopération se présentent comme une entité collective, il ne peut être exclu que les partenaires de coopération courent en l'état un risque cartellaire par leur comportement visant, à ce titre, non pas la construction, mais la commercialisation du réseau de fibre optique, tant sous l'angle de l'art. 5 LCart que de l'art. 7 LCart.

#### Résultat

100. Sur la base des questions posées par les SIL, le présent avis de droit fournit aux partenaires de coopération à Lausanne plusieurs éléments concernant la situation cartellaire. Les résultats principaux du présent avis peuvent être présentés ainsi :

- L'architecture de l'infrastructure de fibre optique à Lausanne présente des spécificités techniques très particulières, influant significativement sur les possibilités d'accès au réseau des FST tiers.

- Une partie de la transaction prévue pourrait être soumise au contrôle des concentrations d'entreprise.
- Un accord limité à la construction ne soulève fondamentalement pas de problème sous l'angle de la concurrence. Du fait de l'ambivalence de certaines clauses, une vigilance particulière est commandée, notamment lorsque les clauses peuvent mener à un transfert de (sur)coûts sur les FST tiers.
- Il existe une probabilité non négligeable que les SIL, mais plus généralement les partenaires de coopération, soient considérés comme détenant une position dominante individuelle. Cette constatation dépendrait cependant d'une analyse précise des développements du marché et des possibilités offertes par l'architecture mixte déployée à Lausanne. Cette architecture mixte pourrait notamment se répercuter sur la nécessité de définir le marché de manière plus fine.
- Indépendamment d'une position dominante individuelle, il peut, déjà à ce stade, être supposé que les partenaires de coopération se retrouveront dans une situation de position dominante collective sur le marché relevant.
- Une position dominante, individuelle ou collective, n'est nullement illégale en tant que telle. Cette position crée cependant, en particulier lorsqu'elle atteint des proportions aussi importantes que celles auxquelles on peut raisonnablement s'attendre en l'espèce, une responsabilité particulière des entreprises par rapport au marché, dans la mesure où les effets de leur conduite sur la concurrence efficace peuvent être très importants.
- Le système d'exclusivité prévu dans le contrat-type, sous réserve du principe de réciprocité, peut être sur le principe toléré par la Loi sur les cartels dans la mesure où il s'accompagne d'un accès sans discrimination et à des conditions appropriées des fibres résiduelles (non exclusives).
- Le principe de réciprocité du contrat-type peut soulever un problème de conformité cartellaire.
- Le système d'exclusivité s'inscrit dans une architecture P2P intégrale. Dans le cadre d'une architecture mixte, comme à Lausanne, la clause peut soulever un problème de conformité cartellaire, tant sous l'angle de l'art. 5 LCart que de l'art. 7 LCart.

101. Le présent avis du Secrétariat sera publié dans la revue Droit et politique de la concurrence. Les SIL ont donné leur accord pour la publication.<sup>111</sup>

102. Cet avis de droit a été réalisé par le Secrétariat et ne saurait lier la COMCO.

<sup>110</sup> Le fait que les SIL soient technologiquement en mesure de proposer un dégroupage virtuel reste une supposition, cf. *supra* N 28.

<sup>111</sup> Courrier des SIL du 4.1.2012.

E 2	<b>2. Avis de droit Partenariat RER/EWZ – Projet de coopération Eoliennes de Provence SA</b>
-----	--

*Avis de droit du 7 mai 2012 concernant Partenariat RER/EWZ – Projet de coopération Eoliennes de Provence SA*

#### Etat de fait

Romande Energie Renouvelable SA (ci-après : RER) est une société anonyme de droit suisse dont le siège est à Morges (VD). Elle appartient au groupe Romande Energie, lequel est chapeauté par la société Romande Energie Holding SA. Elektrizitätswerk der Stadt Zürich (ci-après : EWZ) est un institut de droit public de la ville de Zurich constitué notamment en vue de la production, de l'achat, du transport et de la distribution d'énergie électrique, principalement dans la ville de Zurich.

Selon la requête, RER et EWZ (ci-après ensemble: les partenaires) entendent unir leurs efforts pour assurer le développement et la mise en exploitation d'un ou plusieurs sites de production d'énergie éolienne, lesquels sont inscrits dans la liste des sites stratégiques d'implantation d'éoliennes déterminés par l'office fédéral de l'énergie (OFEN).<sup>1</sup> Concrètement, les partenaires envisagent de constituer une entreprise commune dans ce but.<sup>2</sup> L'entreprise commune agira sous la raison sociale Eoliennes de Provence SA (ci-après: EOP). Le capital-actions sera supporté à raison de 60 % pour RER et 40 % pour EWZ.

Eu égard aux coûts de production élevés de l'énergie de source éolienne, les projets en la matière impliquent un soutien important des pouvoirs publics selon les partenaires.<sup>3</sup> Ce soutien, principalement financier, s'inscrit dans la politique fédérale de promotion des énergies renouvelables et repose sur le système de rétribution de l'énergie produite à prix coûtant (ci-après: le système RPC).<sup>4</sup> Le système RPC est le pilier central du train de mesures adopté par le Parlement en 2007 visant à promouvoir les énergies renouvelables et l'efficacité énergétique dans le domaine de l'électricité.

La RPC est opérationnelle depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2009. Elle est réglée dans la loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'énergie (LEne; RS 730.0) et dans l'ordonnance fédérale du 7 décembre 1998 sur l'énergie (OEne; RS 730.01). Dans les grandes lignes, la rétribution se calcule en multipliant le taux de rétribution par la quantité d'électricité, le taux de rétribution étant déterminé selon les principes et les données indiqués – en particulier les coûts de production de l'installation de référence – dans l'appendice correspondant au type d'énergie.<sup>5</sup> Concernant l'énergie éolienne, les taux ont été adaptés au 1<sup>er</sup> mars 2012. Les examens ont révélé que les taux de rétribution d'alors étaient trop élevés pour les sites bénéficiant de conditions de vent optimales alors qu'ils ne permettaient pas de couvrir les coûts des sites dont les conditions sont seulement convenables, selon l'OFEN.<sup>6</sup>

#### Application de la LCart – prescription réservée

Selon l'art. 3 al. 1 let. a LCart, les prescriptions qui excluent de la concurrence certains biens en établissant

par exemple un régime de marché ou de prix de caractère étatique sont réservées. L'interprétation de cette disposition est menée de manière restrictive, en particulier compte tenu du paramètre historique. En effet, depuis la modification de cette disposition en 1995, lorsqu'une prescription laisse place au principe de concurrence, il convient de permettre à ces principes de s'appliquer.<sup>7</sup> Même dans des marchés fortement régulés, les dispositions cartellaires peuvent demeurer au moins partiellement applicables.<sup>8</sup> La version allemande de l'art. 3 al. 1 let. a LCart rend à ce titre plus clairement compte de cet élément:

*«Vorbehalten sind Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen.»*

L'élément essentiel consiste à déterminer si une prescription prévoit une mesure visant à corriger une défaillance de marché.<sup>9</sup> Si l'analyse d'une défaillance de marché est un exercice avant tout économique, le postulat d'une telle hypothèse est de nature politique. L'étendue de l'exclusion de la concurrence dépend de l'interprétation des prescriptions réservées. La volonté du législateur semble recouvrir une importance particulière à cet effet selon certains auteurs.<sup>10</sup> La doctrine majoritaire et le TF renvoient cependant à la pratique traditionnelle en la matière, selon laquelle aucune des méthodes d'interprétation ne jouit d'une priorité prédéterminée.<sup>11</sup> Ainsi, l'interprétation restrictive de l'art. 3 al. 1 LCart conduit à limiter au strict minimum l'exclusion de l'application des principes de concurrence par une prescription divergente.

<sup>1</sup> Requête du 15.2.2012, 2.

<sup>2</sup> Requête du 15.2.2012, 3.

<sup>3</sup> Requête du 15.2.2012, 4.

<sup>4</sup> Cf généralement <http://www.bfe.admin.ch/themen/00612/02073/index.html?lang=fr> (consulté la dernière fois le 27.4.2012), MICHAEL WALDNER/STEFAN RECHSTEINER, Investitionen in erneuerbare Energien und Grundversorgung, in : Jusletter du 23 avril 2012.

<sup>5</sup> Les conditions de raccordement pour l'énergie éolienne dépendent des coûts d'installations de référence et sont déterminées dans l'appendice 1.3 de l'OEne.

<sup>6</sup> Communiqué de presse de l'OFEN du 1.2.2012, accessible à : <http://www.bfe.admin.ch/energie/00588/00589/00644/index.html?lang=fr&msg-id=43276> (dernière consultation le 26.4.2012).

<sup>7</sup> JÜRIG BORER Wettbewerbsrecht I Kommentar, 3ème éd., Zürich 2011, art. 3, N 2.

<sup>8</sup> PETER MÜNCH, in : Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Ed.), 2010, art. 3 al. 1, N 4 et réf. citées.

<sup>9</sup> PETER MÜNCH, in : Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Ed.), 2010, art. 3 al. 1, N 8 et réf. citées.

<sup>10</sup> PETER MÜNCH, in : Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Ed.), 2010, art. 3 al. 1, N 7 et réf. citées.

<sup>11</sup> PETER MÜNCH, in : Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Ed.), 2010, art. 3 al. 1, N 7 et réf. citées.

Au surplus, on relèvera que par «prescription», le législateur vise principalement les lois. De rang certes inférieur, les ordonnances peuvent aussi satisfaire les exigences de l'art. 3 LCart, dans la mesure où la délégation de norme est conforme au droit (DPC 2007/4, 571 s., N 27 s., *Armasuisse*; DPC 2006/4, 625 s., N 36 s., *Flughafen Zürich AG [Unique] – Valet Parking*). En résumé, non seulement la nature mais aussi l'étendue de la prescription est primordiale pour déterminer l'articulation d'une prescription réglementaire avec la Loi sur les cartels.

La loi fédérale sur l'énergie vise à contribuer à un approvisionnement énergétique suffisant, diversifié, sûr, économique et compatible avec les impératifs de la protection de l'environnement (art. 1 al. 1 LEnE). Le législateur a inscrit l'encouragement des énergies renouvelables comme but de la LEnE et a expressément concrétisé ce but de manière chiffrée: d'ici à 2030, la production annuelle moyenne d'électricité provenant d'énergie renouvelables doit être augmentée de 5400 GWh (art. 1 al. 2 let. c LEnE en relation avec art. 1 al. 3 LEnE).

Pour atteindre les buts fixés, le législateur a défini une stratégie. D'une part, il a veillé à répartir les compétences entre les acteurs concernés de tous les niveaux et à préciser leur marge de manœuvre dans l'édition des dispositions d'exécution conformément à l'art. 2 LEnE. D'autre part, il a introduit les principes d'un mécanisme d'incitations dont le pilier est la RPC pour ce qui concerne l'approvisionnement en énergie (art. 3 LEnE et art. 4 ss. LEnE).

L'art. 7b LEnE traite de la fourniture d'électricité provenant de sources d'énergie renouvelables. L'art. 7b al. 1 LEnE dispose que :

*«En vue d'atteindre les objectifs fixés à l'art. 1, al. 3 à 5, les entreprises chargées de l'approvisionnement en électricité concluent entre elles des conventions sur l'augmentation des capacités issues d'énergies renouvelables ainsi que sur le commerce de la plus-value écologique de cette électricité.»*

Selon les partenaires, il est indéniable que la LEnE institue un régime d'exception, s'écartant des règles du libre marché.<sup>12</sup> Pour soutenir leur opinion, ils se fondent sur l'origine de la loi fédérale du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité (LApEL; RS 734.7). Celle-ci visait, selon les partenaires, à introduire une réglementation spécifique au domaine de l'électricité dans le but avoué de faire obstacle à une application trop large du droit des cartels dans ce domaine.<sup>13</sup> Les partenaires concluent que l'art. 7b al. 1 LEnE constitue une prescription réservée au sens de l'art. 3 LCart, excluant l'application de la Loi sur les cartels.

Le Secrétariat ne partage pas l'avis des partenaires. La lecture du message du 3 décembre 2004 relatif à la modification de la loi sur les installations électriques et à la loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité (ci-après : message LApEL), à l'origine de la disposition en cause de la LEnE, que semblent faire les partenaires est pour le moins étroite. D'une part, en matière d'énergie renouvelable, le message motive le choix des instruments de promotion de ces énergies notamment parce que l'on peut s'attendre qu'ils seront efficaces justement grâce à la dynamique concurrentielle. Il «résulte [des

*instruments d'encouragement choisis] entre les producteurs d'électricité alternative une concurrence qui conduit à une efficacité améliorée sur le plan de la production.»*<sup>14</sup> Plus loin, le message LApEL constate que la procédure de mise au concours, autre élément clé de la politique fédérale en la matière «*repose également sur le principe de concurrence.»*<sup>15</sup> Comme le relèvent d'ailleurs les partenaires, le législateur a en effet clairement privilégié l'initiative propre des acteurs économiques,<sup>16</sup> ce qui signifie justement qu'il n'a pas souhaité exclure la concurrence entre ceux-ci. On ne voit en effet pas dans quel sens les incitations mises en place devraient avoir pour effet de considérer que le mécanisme de marché est écarté. Bien plus, c'est dans un système de marché, grâce à la liberté d'entreprendre composant l'essence du système, que de telles incitations ont une signification. Les partenaires relèvent d'ailleurs que la formulation de l'art. 7b al. 1 LEnE doit être lue comme «une liberté accordée [aux] entreprises de conclure des accords».<sup>17</sup>

D'autre part, le message LApEL traite spécifiquement de l'articulation entre la régulation sectorielle et le droit de la concurrence traditionnel. Il précise qu'au-delà des prescriptions sur le droit d'utiliser le réseau et le niveau de rétribution de l'utilisation du réseau, la LCart reste entièrement applicable :

*«Dans les autres domaines de l'industrie électrique, la Loi sur les cartels reste en revanche entièrement applicable (accords et pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante, concentration d'entreprises; art. 5, 7 et 10 LCart). Dans ces domaines, la Commission de la concurrence ou son secrétariat peut lancer comme auparavant des procédures contre des entreprises de l'électricité ou examiner des projets de fusion soumis à l'obligation d'informer.»*<sup>18</sup>

Plus avant, les partenaires considèrent qu'un accord sur la revente de l'énergie produite est un corollaire nécessaire à la conclusion de conventions sur l'augmentation.<sup>19</sup> Or, en ce qui concerne la revente, les partenaires relèvent, à juste titre et en souligné dans le texte, que la formulation de l'art. 7b al. 1 LEnE semble devoir être lue comme une liberté accordée à ces entreprises de conclure des accords dont l'objet porterait «*exclusivement*» sur l'augmentation des capacités issues d'énergies renouvelables.<sup>20</sup> Une analyse approfondie sur ce point sortirait du cadre du présent avis, déterminé par les questions soumises par les partenaires. On relèvera cependant qu'en se basant sur le concept adopté par le législateur concernant l'organisation et la structure du marché de l'électricité en Suisse et les nouvelles institutions, une convention sur les prix de revente de l'énergie ne semble nullement être un corollaire à l'augmentation des capacités de productions.

<sup>12</sup> Requête du 15.2.2012, 7.

<sup>13</sup> Requête du 15.2.2012, 8.

<sup>14</sup> Message du 3 décembre 2004 relatif à la modification de la loi sur les installations électriques et à la loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité (ci-après : message LApEL), 1507.

<sup>15</sup> Message LApEL, 1507.

<sup>16</sup> Requête du 15.2.2012, 7.

<sup>17</sup> Requête du 15.2.2012, 7.

<sup>18</sup> Message LApEL, 1560.

<sup>19</sup> Requête du 15.2.2012, 7.

<sup>20</sup> Requête du 15.2.2012, 7.



---

En résumé, le Secrétariat considère que les prescriptions contenues dans la LEne visant l'encouragement à l'augmentation des capacités issues d'énergies renouvelables ne constituent pas des prescriptions réservées au sens de l'art. 3 LCart.

---

**Abkürzungsverzeichnis**

Registre des abréviations  
Indice delle abbreviazioni

<b>A</b>			
AF	Arrêté fédéral		
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics	GebrV	and Trade Verordnung über Gebrauchsgegenstände
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)	GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin	GU	Gemeinschaftsunternehmen
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts	<b>H</b>	
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel	HGer	Handelsgericht
		HMG	Heilmittelgesetz
<b>B</b>		<b>I</b>	
BA	Bundesamt	IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
BB	Bundesbeschluss	IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen
BBI	Bundesblatt	<b>J</b>	
BG	Bundesgesetz	JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt	JdT	Journal des Tribunaux
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung	<b>K</b>	
BGer	Bundesgericht	KG	Kartellgesetz
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats	KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national	KSG	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen	KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung
BR	Bundesrat	<b>L</b>	
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction	LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale	LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati	LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
BV	Bundesverfassung	LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess	LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale
<b>C</b>		LCsl	Legge federale contro la concorrenza sleale
CC	Code civil	LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur
CE	Communauté Européenne	LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
CE	Conseil des Etats	LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
CF	Conseil fédéral	LF	Loi fédérale / Legge federale
FR.	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri	LL	Legge federale sul lavoro
CO	Code des obligations	LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
Cost.	Costituzione federale	LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
CPC	Code (cantonal) de procédure civile	LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
CPS	Code pénal suisse	LOTG	Legge federale sugli ostacoli tecnici commercio
cst.	Constitution fédérale	LPM	Loi fédérale sur la protection des marques
<b>D</b>		LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)	LSPr	Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi
DPC	Droit et politique de la concurrence (=RPW)	<b>M</b>	
DG	Direction Générale (UE)	<b>N</b>	
<b>E</b>		<b>O</b>	
EU	Europäische Union	O	Ordonnance
<b>F</b>		OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique
FF	Feuille fédérale	OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico
FMG	Fernmeldegesetz		
<b>G</b>			
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	<b>T</b>	
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
<b>P</b>		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)	<b>U</b>	
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)
<b>Q</b>		UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
<b>R</b>		<b>V</b>	
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)	<b>W</b>	
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	<b>X</b>	
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	<b>Y</b>	
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	<b>Z</b>	
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)
<b>S</b>		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 633, 636, 638
- abgestimmte Verhaltensweise 549, 556, 618, 626, 638 ff.
- Abrede 460 f., 470 ff., 476 ff., 524 f., 540, 542, 547 ff., 559, 562, 565, 567, 574 ff., 591, 615 ff., 632, 638 f., 641 ff., 656, 670, 679, 681, 695, 700, 703, 705, 716, 718 f.
- Acquiring -
- Anhörung 543 ff., 547, 536, 565, 567, 570, 574, 578, 585 f., 589
- Apotheker/innen 535
- Ärzte(-Verband) -
- B**
- Banken -
- Befristung des Entscheids -
- Breitbanddienste -
- Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten -
- Domestic Interchange Fee -
- E**
- Effizienzgründe 580
- Effizienzprüfung -
- Einstellung einer Untersuchung -
- einvernehmliche Regelung 589, 615, 652 f., 655 f.
- Erheblichkeit 553, 576 ff., 647
- Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
- Grosskunden-Märkte 646
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln 701 ff., 703
- I**
- Indizienbeweis 618
- Interchange Fee 703, 705
- Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung -
- Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 465, 479, 559, 585, 643, 649, 670, 681 f., 695
- Koppelungsgeschäft -
- Kostenraster -
- Krankenversicherer -
- Kreditkarten 703, 705
- Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons -
- M**
- Marktaufteilung 576
- marktbeherrschende Stellung 463, 467 f., 672, 675 ff., 684, 688 ff., 698 f.
- Marktgegenseite 463, 465 ff., 479, 559, 561 f., 643 ff., 672, 684 f., 698
- Marktorganisation -
- Marktstruktur 573, 645, 683, 688
- Marktzutrittsschranken 526, 537, 711
- Meldepflicht 533, 671 f., 681, 683 f., 697 f.
- Missbrauch 463, 467 f., 471, 553, 577
- N**
- Netzwerk -
- Netzwerkkosten -
- Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten 639 f.
- potenzieller Wettbewerb 575, 645
- Preisabrede 478, 642, 646, 651, 700, 718
- Preisbindung zweiter Hand 476, 479, 577, 588
- Q**
- Quersubventionierung -
- R**
- Rabatte 476 ff., 566, 569, 574, 579, 616, 625, 628, 630 f., 642, 646
- Reduktion der Sanktion 654 f., 706
- S**
- Sanktionen 470, 473, 479, 542, 553, 557, 581 f., 585, 588, 590 f., 608, 647 f., 653, 656, 667, 702, 728
- Senkung Herstellkosten -
- Submission 574
- Submissionskartell -
- T**

Tarife 462 f., 478, 564

Tarifvertrag 660

Tierärzte/innen -

Transparenzmassnahmen -

**U**

Umstossung der Vermutung -

Untersuchung 459, 471 ff., 540 ff., 561, 563 ff., 578 f., 587,  
589 ff., 610 f., 615 ff., 622 f., 626 ff., 632, 637, 644 f.,  
647, 654, 656 f., 685, 700 ff., 705, 709, 716 ff.

unzulässige Wettbewerbsabrede 460, 478, 540, 549, 559,  
581, 591, 615, 639

**V**

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -

Veröffentlichung 701 f.

Verschulden 582, 648, 650

Vierparteiensysteme -

vorbehaltene Vorschriften 461 f., 477, 540, 549, 639, 671,  
683, 697

vorgezogene Recyclinggebühren -

**W**

Wettbewerb um den Markt -

**X**

**Y**

**Z**

Zahlungsmittel -

zweiseitige Märkte -