

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

2015/4

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:

BBL

Vertrieb Bundespublikationen
CH-3003 Bern

www.bundespublikationen.admin.ch

Preis Einzelnummer:

CHF 30.-

Preis Jahresabonnement:

CHF 120.- Schweiz

CHF 120.- Ausland (portofrei)

(Form: 727.000.15/4)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la

concurrence

CH-3003 Berne

(Editeur)

Diffusion:

OFCL

Diffusion publications
CH-3003 Berne

www.publicationsfederales.admin.ch

Prix au numéro:

CHF 30.-

Prix de l'abonnement annuel:

CHF 120.- Suisse

CHF 120.- étranger (franco de port)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della

concorrenza

CH-3003 Berna

(Editore)

Distribuzione:

UFCL

Distribuzione pubblicazioni
CH-3003 Berna

www.pubblicazionifederali.admin.ch

Prezzo per esemplare:

CHF 30.-

Prezzo dell'abbonamento:

CHF 120.- Svizzera

CHF 120.- estero (porto franco)

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

2015/4

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.

Januar/janvier/gennaio 2016

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

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

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

Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice	2015/4	
B	Verwaltungsrechtliche Praxis	
	Pratique administrative	
	Prassi amministrativa	
B 2	Wettbewerbskommission	
	Commission de la concurrence	
	Commissione della concorrenza	
3.	Unternehmenszusammenschlüsse	
	Concentrations d'entreprises	
	Concentrazioni di imprese	
	1. Saint-Gobain/Sika	745
	2. Coop/Swisscom	760
	3. KKR & Co. L.P/Selecta AG	771
	4. Groupe E Celsius SA	773
	5. Vitol Holding/CIEP II S.a.r.l./NSH (North Sea Holding B.V.)/Varo Energy B.V./Argos Downstream Europe B.V.	787
	6. Migros/Lüchinger+Schmid-Gruppe	792
B 3	Bundesverwaltungsgericht	
	Tribunal administratif fédéral	
	Tribunale amministrativo federale	
	1. Urteil vom 13. November 2015 in Sachen Bayerische Motoren Werke AG gegen Wettbewerbskommission	801
	2. Arrêt du 17 décembre 2015 Cartels – sanction / articles de sport	845
B 7	Kantonale Gerichte	
	Tribunaux cantonaux	
	Tribunali cantonali	
	1. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Thurgau vom 9. Oktober 2015 betreffend Vergabe Auftrag neue Gemeindesoftware inkl. Datenmigration und Einführung im freihändigen Verfahren	873
C	Zivilrechtliche Praxis	
	Pratique des tribunaux civils	
	Prassi dei tribunali civili	
C 1	Kantonale Gerichte	
	Tribunaux cantonaux	
	Tribunali cantonali	
	1. Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern vom 27. August 2014 in Sachen A. und B. gegen Emmentaler Switzerland betreffend Forderung	875
C 2	Bundesgericht	
	Tribunal fédéral	
	Tribunale federale	
	1. Urteil des Bundesgerichts vom 4. Mai 2015 in Sachen Vereinsbeschlüsse Emmentaler Switzerland – Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern vom 27. August 2014	889
	2. Arrêt du Tribunal fédéral du 23 mai 2013 concernant une entrave à la concurrence – recours de la coopérative des producteurs de fromage d'alpages «L'Etivaz»	896
E	Diverses	
	Divers	
	Diversi	
	1. Gutachten der Wettbewerbskommission vom 22. April 2013 für das Regionalgericht Bern-Mittelland in Sachen Käser [...] als Kläger gegen den Verein Emmentaler Switzerland (ES) als Beklagter	904
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	914
	Index (deutsch, français e italiano)	916

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

B 2 **Wettbewerbskommission** **Commission de la concurrence** **Commissione della concorrenza**

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. Saint-Gobain/Sika

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG¹

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 15. September 2015

Mitteilung gemäss Art. 16. Abs. 1 VKU² vom 15. September 2015

A Sachverhalt

1. Am 17. August 2015 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Compagnie de Saint-Gobain (nachfolgend: Saint-Gobain bzw. meldende Partei) die alleinige Kontrolle über die Sika AG (nachfolgend: Sika) durch den Kauf aller Aktien der Schenker-Winkler Holding AG (nachfolgend: SWH) von der Familie Burkard zu erwerben. SWH hat gemäss der meldenden Partei die alleinige Kontrolle über Sika.

2. Saint-Gobain ist eine Aktiengesellschaft französischen Rechts mit Sitz in Paris. Die Saint-Gobain Gruppe ist in den Bereichen Produktion von innovativen Werkstoffen, Verpackungen und Baumaterialien sowie dem Vertrieb von Baumaterialien tätig.

3. Sika ist ein Unternehmen der Spezialitätenchemie mit Sitz in Baar. Die Sika-Gruppe ist hauptsächlich im Bereich der Bauchemie tätig und stellt verschiedene chemische Produkte wie Dicht- und Klebstoffe oder Zusatzmittel für Mörtel her.

4. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 16. Juni 2015 auch der Europäischen Kommission gemeldet. Die Europäische Kommission genehmigte dieses mit Freigabeentscheid vom 22. Juli 2015 ohne Bedingungen oder Auflagen (nachfolgend: Freigabeentscheidung der EU-Kommission).

5. Um die Angaben der meldenden Partei zu verifizieren, ersuchte das Sekretariat der WEKO (nachfolgend: Sekretariat) Sika mit einem Auskunftsbegehren um Informationen zu den Wettbewerbsverhältnissen auf den betroffenen Märkten. Sika ergänzte zudem das Auskunftsbegehren mit der schriftlichen Eingabe vom 8. September 2015.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

B.1.1 Unternehmen

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

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

8. Als Unternehmenszusammenschluss gelten die Fusion und die Kontrollübernahme (Art. 4 Abs. 3 KG). Ein Unternehmen übernimmt in diesem Sinne die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des anderen Unternehmens auszuüben (Art. 1 VKU).

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

² Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

9. Das Aktienkapital der Sika ist in Namenaktien und Inhaberaktien unterteilt. Die Familie Burkard hält über SWH praktisch alle Namenaktien sowie eine bestimmte Anzahl Inhaberaktien von Sika und verfügt damit mutmasslich über die Mehrheit der Stimmrechte.

10. Am 5. Dezember 2014 schloss Saint-Gobain mit den Mitgliedern der Familie Burkard einen Aktienkaufvertrag über sämtliche Aktien der SWH und somit indirekt über die Beteiligung der SWH an der Sika. Nachdem Saint-Gobain mit Medienmitteilung vom 8. Dezember 2014 über den Abschluss des Aktienkaufvertrags informiert hatte, erklärten der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung der Sika gleichentags mit Medienmitteilung, die geplante Transaktion abzulehnen. Seither wurden im Zusammenhang mit dem Zusammenschlussvorhaben zwischen Saint-Gobain und Sika verschiedene Verfahren vor Gerichten und Behörden angestrengt.

11. [...]

12. Am 7. April 2015 haben Saint-Gobain und die Familie Burkard den Aktienkaufvertrag angepasst. Dabei wurde die Gültigkeit des Aktienkaufvertrages bis zum 30. Juni 2016 verlängert, unter Einräumung einer Option auf nochmalige Verlängerung.

13. Unter der Voraussetzung, dass der Aktienkaufvertrag wie vorgesehen vollzogen und keine Beschränkung der Stimmrechte der SWH an der Sika Anwendung findet, erwirbt Saint-Gobain über ihre Tochtergesellschaft sowie die SWH die alleinige Kontrolle über Sika. Unter den genannten Bedingungen liegt damit ein Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 1 VKU vor.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

B.3 Meldepflicht

15. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, sofern die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Mrd. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielt haben (Art. 9 Abs. 1 Bst. A KG). Mindestens zwei der beteiligten Unternehmen müssen zudem einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielt haben (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

16. Die Umsatzschwellen werden vorliegend erreicht. Es handelt sich somit um einen meldepflichtigen Zusammenschluss gemäss Art. 9 Abs. 1 und 3 KG und Art. 3-8 VKU.

B.3.1 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

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

18. 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.3.2 Tätigkeiten der beteiligten Unternehmen

19. Saint-Gobain ist ein weltweit tätiger Hersteller von hochtechnologischen Werkstoffen. Die Saint-Gobain-Gruppe ist in den Bereichen Herstellung, Verarbeitung und Verkauf von Materialien wie Glas, Keramik, Kunststoffe und gewisse Baumaterialien tätig. Die Saint-Gobain-Gruppe ist in fünf Sektoren unterteilt: Flachglas, Verpackungen, Hochleistungswerkstoffe (umfasst Bereiche Keramik, Kunststoffe, Schleifmittel und Verstärkungstoffe), Baumaterialien (Bereiche Isolierung, Gips, Rohre, industrielle Mörtel und Aussenprodukte) sowie Vertrieb von Baumaterialien.

20. Saint-Gobain tätig in der Schweiz grundsätzlich in all diesen Sektoren Verkäufe. Über Herstellungskapazitäten verfügt Saint-Gobain in der Schweiz allerdings nur bei Fiberglasisolierungen, der Behandlung von Flachglas, Gipsplatten sowie Mörtel. Der Bereich Vertrieb von Baumaterialien den Saint-Gobain in der Schweiz betrifft (und die Tochtergesellschaften Sanitas Troesch und Lapeyre [Badezimmer und Küche] umfasst) ist vom Zusammenschluss nicht betroffen. Saint-Gobain verkauft mit dem Vertrieb von Baumaterialien in der Schweiz typischerweise nicht die Art von Material, welche von Sika hergestellt wird.

21. Sika ist ein Unternehmen der Spezialitätenchemie. Sika ist hauptsächlich in den Bereichen (1) chemische Zusatzmittel für Beton, Mörtel und Zement, (2) Abdichtungsprodukte (unter Terrain), (3) Anwendungen für Flachdächer, (4) Fussbodenlösungen, (5) Produkte für den Betonschutz und die Betoninstandsetzung (nachfolgend: Betonierarbeitsprodukte), (6) Dicht- und Klebstoffe für den Bau und die Industrie tätig.

22. In der Schweiz berührt die gemeldete Transaktion auf Seiten Saint-Gobains den Bereich Baumaterialien und zu geringen Teilen den Bereich Innovative Werkstoffe. Sikas betroffene Produkte sind vor allem Mörtel und chemische Zusatzmittel für Beton, Mörtel und Zement. In geringerem Ausmass sind die weiteren in Rz 21 erwähnten Bereiche betroffen.

23. Im Detail gibt es in folgenden Bereichen horizontale Überlappungen:

- i. Herstellung und Vertrieb von Mörtel
- ii. Vertrieb von chemischen Zusatzmittel für Beton und Mörtel
- iii. Vertrieb von (chemischen) Betonierarbeitsprodukten
- iv. Vertrieb von (chemischen) Abdichtungslösungen

24. Folgende vertikale Beziehungen bestehen zwischen Saint-Gobain und Sika (nachfolgend: die beiden Zusammenschlussparteien):

- i. Herstellung von chemischen Gipszusatzmitteln (Sika) und Herstellung von Gipskartonplatten/Gipswandbauplatten (Saint-Gobain)
- ii. Herstellung von Glasfaservliese (Saint-Gobain) und Herstellung von Bauchemikalien (Sika)
- iii. Herstellung von Isolierglasdichtstoffen (Sika) und Herstellung von Isolierglas (Saint-Gobain)
- iv. Herstellung von chemischen Zusatzmitteln für Beton und Mörtel (Sika) und Vertrieb von chemischen Zusatzmitteln für Beton und Mörtel (Saint-Gobain und Sika)

B.3.3 Horizontale Überlappungen

B.3.3.1 Mörtelprodukte

B.3.3.1.1. Sachlich relevante Märkte

25. 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).

Mörtel

26. Mörtel ist ein Baustoff, der verwendet wird, um verschiedene Materialien zu verbinden und die Lücken zwischen ihnen zu schliessen. Er wird hergestellt, indem Aggregate (mehrheitlich Sand), Bindemittel (mehrheitlich Zement, und in einem geringeren Ausmass Kalk oder Gips) und verschiedene Zusatzmittel (wie Farbstoffe, um farbige Verputze herzustellen, oder wasserdichte Verbindungen) miteinander gemischt werden.

27. Der Begriff „Mörtel“ umfasst ein breites Spektrum an Mörtelprodukten. Der Komplexitätsgrad hängt von der Anzahl von Inhaltsstoffen ab, die verwendet werden. Die einfachste Form besteht lediglich aus zwei (Zement und Sand). Verschiedene Inhaltsstoffe werden hinzugefügt, um dem Mörtel die Produkteigenschaften zu verleihen, welche für einen spezifischen Endgebrauch (z.B. Bau, Fassaden oder Fliesenbefestigung) benötigt werden.

28. Es gibt keine veröffentlichte Praxis der WEKO im Mörtel-Bereich. Die Europäische Kommission hat in vergangenen Fällen, wie auch beim Zusammenschluss von Sika und Saint-Gobain zwischen (i) in der Fabrik vorgemischtem Mörtel (nachfolgend: Premix-Mörtel) und (ii) auf der Baustelle gemischtem Mörtel (nachfolgend: bauseitiger Mörtel) unterschieden, aber die konkrete Marktabgrenzung offen gelassen.³

29. Im Fall Saint-Gobain/Maxit ist die Europäische Kommission zum Schluss gekommen, dass bei standardisiertem Mörtel und grossen Projekten eine Substitution zwischen Premix- und bauseitigem Mörtel möglich sei, dies aber nicht generell gelte.⁴ Bei kleinen Projekten seien die logistischen Kosten verhältnismässig zu hoch, um auf bauseitigen Mörtel umzusteigen. Bei Mörteln mit komplexen Inhaltsstoffen (nachfolgend: komplexer Mörtel) wurden vor allem fehlendes qualifiziertes Personal, fehlende spezifische Ausrüstung und fehlende Rohmaterialien vor Ort als Gründe gegen den Gebrauch von „bauseitigem Mörtel“ angegeben. Zudem sei es teilweise aus Platz- und Umweltgründen nicht möglich auf der Baustelle den Mörtel herzustellen.⁵

30. Aus diesen Gründen geht die WEKO vorliegend nicht davon aus, dass „bauseitiger Mörtel“ dem gleichen Markt wie „Premix-Mörtel“ angehört. Eine definitive Marktabgrenzung kann aber offen gelassen werden, da der Zusammenschluss unabhängig von der genauen Marktdefinition nicht zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt. Da Sika im Bereich des bauseitigen Mörtels nicht tätig ist, wird er im Weiteren nicht mehr behandelt.

Premix-Mörtel

31. Das Segment von Premix-Mörtel umfasst nassen Premix-Mörtel, trockenen Premix-Mörtel) und gebrauchsfertigen pastösen Mörtel (nachfolgend: pastöser Mörtel).

32. Der Grund für diese Unterteilung liegt darin, dass diese drei Mörtel-Kategorien unterschiedliches Produktionsmaterial und Know-how erfordern und dass sie verschiedene Produkt- und Nachfrageeigenschaften aufweisen:⁶

Nasser Premix-Mörtel

33. Nasser Premix-Mörtel wird bereits in der Fabrik bei der Herstellung gemischt. Nasser Premix-Mörtel ist ein verderbliches Produkt und kann nicht über weite Strecken transportiert werden und erfordert ein besonderes Transportgerät (Mischtransporter). Beide Parteien sind nur in der Herstellung und Lieferung von trockenem Premix-Mörtel und pastösem Mörtel tätig. Keine der beiden Zusammenschlussparteien bietet in der Schweiz nasse Mörtelprodukte an, weshalb dieses Segment in der Analyse dieses Zusammenschlusses nicht weiter behandelt wird.

Trockener Premix-Mörtel

34. Trockener Premix-Mörtel ist grundsätzlich komplexer als nasser Mörtel: Er enthält mehrere Zusatzmittel und hat deshalb zusätzliche Eigenschaften. Trockener Premix-Mörtel wird in Säcken oder unverpackt in Form eines trockenen Pulvers geliefert und dann auf der Baustelle mit Wasser gemischt.

35. Der industrielle Produktionsprozess ist über weite Strecken standardisiert. Er besteht darin, dass trockene Rohstoffe gemischt werden. Die Rohstoffe (Aggregate, Bindemittel und Zusätze) werden in grossen Silos gelagert. Jedes Rohstoffsilo ist mit einem Mixer verbunden.

³ Vgl. Case NO COMP/M.7249 (2014), Rz 20 ff., *CVC/Parexgroup*; Case No COMP/M.4719 (2006), Rz 22 ff., *Heidelberg Cement/Hanson*; Case No COMP/M.1779 (2000), Rz 18, *Anglo American/Tarmac*; Case No COMP/M.4898 (2008), Rz 16 ff., *Compagnie de Saint-Gobain/Maxit*; Case No M.7498 (2015), Rz 25, *Compagnie de Saint-Gobain/Sika*.

⁴ Vgl. Case No COMP/M.4898 (2008), Rz 17, *Compagnie de Saint-Gobain/Maxit*.

⁵ Vgl. Case No COMP/M.4898 (2008), Rz 16 ff., *Compagnie de Saint-Gobain/Maxit*.

⁶ Vgl. Case No COMP/M.7498 (2015), Rz 26, *Compagnie de Saint-Gobain/Sika*.

36. Mörtel wird hergestellt, indem je eine bestimmte Menge der drei erwähnten Rohstoffe in den Mixer beige-fügt wird. Die Art und Menge des jeweils zuzufügenden Rohstoffes ergibt sich aus den physikalischen Eigenschaften, die erreicht werden sollen, und der beabsichtigten Verwendung des Mörtels. Wenn der Mörtel gemischt ist, wird er entweder in Säcke verpackt oder in Silos für Grosslieferungen gelagert und dann auf der Baustelle mit Wasser gemischt.

Pastöser Mörtel

37. Pastöser Mörtel ist noch komplexer als trockener Mörtel, weil für diesen organische Verbindungen (d.h. Chemikalien oder Polymere) als Bindemittel verwendet werden anstelle der für die Herstellung von trockenem und nassem Mörtel üblichen mineralischen Bindemittel (Zement, Kalk und Gips). Pastöser Mörtel ist von seiner Eigenschaft her zwischen Farbe/Kleber und angemachtem Mörtel einzuordnen. Pastöser Mörtel wird in versiegelten Plastikeimern geliefert und hat eine Haltbarkeit von ca. sechs Monaten bis zu einem Jahr. Anders als nasser Mörtel muss pastöser Mörtel deshalb nicht sofort verwendet werden.

38. Anders als trockener Premix-Mörtel besteht pastöser Mörtel aus Sand und einem chemischen Bindemittel (d.h. einem organischen oder polymeren Bindemittel) anstatt einem Bindemittel auf Zementbasis (auch mineralisches Bindemittel genannt). Die Viskosität (Zähflüssigkeit) der Bindemittel erfordert eine geringfügig unterschiedliche Fabrikationsanlage. Anstelle von Silos werden Tanks für die flüssigen Rohstoffe verwendet. Zudem wird der Mixer vertikal (anstatt horizontal) angeordnet, um sicher zu stellen, dass die Anlage wasserdicht ist. Die trockenen und nassen Zusatzstoffe werden dann in Mixern gemischt. Die entstehende Mischung wird dann zu einer speziellen Abfüllanlage befördert, wo das Produkt in Plastikeimer abgepackt wird. Aufgrund der Unterschiede im Produktionsprozess werden pastöse Mörtel in separaten und speziellen Fabriken hergestellt.

39. Der Unterschied zwischen den drei Kategorien von Mörteln widerspiegelt sich teilweise im unterschiedlichen Profil der Anbieter, die in diesen Bereichen tätig sind. Auch wenn einige Mörtelhersteller in allen drei Segmenten tätig sind, sind mehrere Anbieter in einem der drei Segmente in Abhängigkeit von ihrem Kerngeschäft spezialisiert. Beispielsweise bieten Hersteller von Zement und gebrauchsfertigem Beton auch nassen Mörtel an, weil dies das Hauptgeschäft ergänzt. Ähnlich liefern einige Chemiefirmen als natürliche Erweiterung ihrer Farb-/Beschichtungs-Aktivitäten auch pastösen Mörtel.

40. Eine Untersuchung der Europäischen Kommission hat ergeben, dass pastöser Premix-Mörtel im Vergleich zu trockenem Premix-Mörtel hauptsächlich für Renovationszwecke resp. für kleine Projekte benötigt und folglich in kleineren Mengen geliefert wird.⁷ Zudem ist der Preis für pastösen Premix-Mörtel laut der Europäischen Kommission und Saint-Gobain durchschnittlich 2 bis 3 Mal höher als derjenige des trockenen Premix-Mörtels.⁸ Die WEKO geht deshalb nicht davon aus, dass die beiden Produkte als substituierbar angesehen werden können. Eine Angebotssubstitution scheint in den beiden Produktparten ebenfalls nicht vorzuliegen, da Produktion,

Inhaltsstoffe und Lieferform sich erheblich unterscheiden (vgl. Rz. 31 ff.).

Unterscheidung zwischen verschiedenen Anwendungen von Mörtel

41. Innerhalb der Mörtel Kategorien (d.h. nass, trocken und pastös) gibt es drei breite Anwendungsbereiche: (i) Bau, (ii) Fassade und (iii) Fliesenbefestigungs-Mörtel.

- i. Baumörtel wird für verschiedene Zwecke des Gebäudebaus verwendet wie z.B. Spritzguss und Einschalen, Maurerarbeiten, Verputzarbeiten, Bodenausgleichung und Betonsanierungen. Jede dieser Anwendungen bezieht sich auf die Baustoffsubstanz.
- ii. Fassadenmörtel werden auf der Fassade eines Gebäudes als eine äussere Schicht zum Schutz oder aus ästhetischen Gründen angebracht oder als Teil eines Wärmedämmverbundsystems. Für Fassaden ist es nötig, dass das Mörtelprodukt sowohl wetterfest als auch farbstabil ist.
- iii. Fliesenbefestigungs-Mörtel werden für die Befestigung von Fliesen verwendet, z.B. in Badezimmern. Diese Kategorie umfasst sowohl Mörtel, der verwendet wird, um Fliesen auf einer Oberfläche zu befestigen (Klebmörtel), als auch Mörtel, der als Dichtung zwischen Fliesen verwendet wird (Fugenmörtel).

42. Die drei Mörtel-Typen (Bau-, Fassade- und Fliesenbefestigungs-Mörtel; nachfolgend: Anwendungs-Typ) unterscheiden sich hauptsächlich in der Anwendung. Der Produktionsprozess ist im Bereich des trockenen Premix-Mörtels aber laut der meldenden Partei bei allen gleich. Dies wurde auch durch die Europäische Kommission festgehalten.⁹ Durch verschiedene Inhaltsstoffe resp. verschiedene Mixturen wird jeweils der gewünschte Anwendungs-Typ hergestellt.

Nachfragesubstitution

43. Die Mixturen und somit die Eigenschaften der Anwendungen unterscheiden sich voneinander. Dies deutet darauf hin, dass die drei Anwendungs-Typen aus Sicht der Nachfrager nicht substituierbar sind, was sich auch in den Preisen widerspiegelt: Die Preise im Bereich des Premix-Mörtel – Fliesenbefestigung sind laut der Europäischen Kommission z.B. signifikant höher als bei den anderen Anwendungs-Typen. In diesem Zusammenhang gab ein befragtes Unternehmen einer Marktuntersuchung der Europäischen Kommission an, dass der Anwendungs-Typ Bau hingegen eher einfach aufgebaut ist, wenige komplexe Inhaltsstoffe beinhaltet und somit billiger in der Produktion als andere Anwendungs-Typen ist.¹⁰

⁷ Vgl. Case No COMP/M.4898 (2008), Rz 22, *Compagnie de Saint-Gobain/Maxit*.

⁸ Vgl. Case No COMP/M.7498 (2015), Rz 25, *Compagnie de Saint-Gobain/Sika*.

⁹ Vgl. Case No COMP/M.7498 (2015), Rz 26, *Compagnie de Saint-Gobain/Sika*.

¹⁰ Vgl. Case No COMP/M.7498 (2015), Rz 27, *Compagnie de Saint-Gobain/Sika*.

Angebotssubstitution

44. Wie schon in Rz 42 erwähnt, ist der Produktionsprozess für alle Anwendungstypen im Bereich des trockenen Premix-Mörtels identisch. Die Unterschiede ergeben sich hauptsächlich im Mischverhältnis und den unterschiedlichen Inhaltsstoff-Typen. Zudem sind laut der meldenden Partei und der Europäischen Kommission das Herstellungs- und Rezeptur-Know-how sowie die Inhaltsstoffe einfach erhältlich.¹¹ Laut einer Marktuntersuchung im Zusammenhang des Entscheids der Europäischen Kommission können Produzenten von trockenem Premix-Mörtel innerhalb weniger als zwei Stunden vom einen Anwendungs-Typ auf einen anderen Anwendungs-Typen umstellen.¹² Folglich geht die WEKO davon aus, dass eine relativ starke Angebotssubstitutionsmöglichkeit zwischen den Anwendungstypen bestehe.

45. Nichtsdestotrotz definiert die WEKO vorliegend den engst möglichen Markt auf Ebene der Anwendungs-Typen, wobei die genaue Marktabgrenzung offen gelassen werden kann.

46. Es gibt zwar innerhalb der Anwendungs-Typen weitere Unterteilungen, bei der evtl. eine Nachfragesubstitution nicht gegeben ist, es besteht jedoch eine hohe Angebotsflexibilität innerhalb der Typen. Beide Parteien geben zudem an, dass eine hohe Angebotssubstitution zwischen einfachem und komplexem Mörtel besteht. Auf eine weitere Unterteilung wird deshalb verzichtet. Dies entspricht auch dem Vorgehen, welches beim Entscheid der Europäischen Kommission angewandt wurde.¹³

47. Aufgrund der oben genannten Argumentationen untersucht die WEKO in sachlicher Hinsicht folgende Märkte:

- i. Trockener Premix-Mörtel – Bau
- ii. Trockener Premix-Mörtel – Fassade
- iii. Trockener Premix-Mörtel – Fliesenbefestigung
- iv. Pastöser Premix-Mörtel – Bau
- v. Pastöser Premix-Mörtel – Fassaden
- vi. Pastöser Premix-Mörtel – Fliesenbefestigung

B.3.3.1.2. Räumlich relevante Märkte

48. 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).

49. Es gibt keine veröffentlichte Praxis der WEKO betreffend die räumliche Dimension des Mörtelsegments. Die Europäische Kommission hat bislang die Definition des räumlichen Marktes offen gelassen und hat die Beurteilung gestützt auf einer nationalen und einer regionalen Basis vorgenommen. Eine regionale Analyse wurde in den Fällen durchgeführt, bei denen die Produktionsstätte des Käufer und der Zielgesellschaft maximal 250 Strassenkilometer auseinander lagen, dies in der Annahme, dass der Lieferradius um eine Fabrik rund 120 km betrage.¹⁴ Für hochwertige Produkte wie pastösen Mörtel für Fliesenbefestigung oder Fassadenputz bestätigte die Europäische Kommission, dass solche Produkte über viel grössere Distanzen wirtschaftlich transportiert werden können (bis zu 1'000 km von einer Fabrik).¹⁵

50. Allgemein kann laut der meldenden Partei Mörtel rentabel ausgeliefert werden, wenn die Transportkosten nicht mehr als [20-30] % des Preises betragen, welcher dem Kunden und Kundinnen in Rechnung gestellt wird (einschliesslich Transportkosten). Transportkosten spielen deshalb vorwiegend in Bezug auf Mörtel mit einem geringen Wert eine wichtige Rolle, welcher mit relativ billigen Rohstoffen hergestellt wird. Höherwertige Produkte (z.B. Produkte für Bodenausgleich oder Fliesenbefestigung), welche einen grösseren Anteil an teuren chemischen Zusatzmitteln enthalten, können über viel grössere Distanzen rentabel transportiert werden.

51. Vor diesem Hintergrund streitet die meldende Partei zwar nicht ab, dass ein Radius von 120 km für die Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse betreffend tiefpreisige Standardbaumörtel z.B. für Maurerarbeiten, der in Grossmengen geliefert wird, angemessen sein könnte. In Anbetracht des Umstandes, dass Sika vorwiegend im Bereich von hochwertigen Mörteln tätig sei und ihre Mörtelprodukte über weite Distanzen geliefert hätte, würde laut der meldenden Partei eine solche regionale Analyse vorliegend indessen keine Aussagekraft haben.

52. Die meldende Partei bringt des Weiteren Beispiele von Unternehmen vor, die nicht in der Schweiz produzieren, jedoch trotzdem in die Schweiz liefern (u.a. STO, BASF, Mapei) und argumentiert, dass der Markt deshalb grösser als national sei.

53. Aufgrund der Tatsache, dass eine lokale Analyse (mit einem Radius von 120 km resp. mit einem Abstand von 250 Strassenkilometer zwischen den Produktionsstätten) einen Grossteil der Schweiz abdeckt, kann davon ausgegangen werden, dass die Märkte mindestens schweizweit sind. Es kann an dieser Stelle offen gelassen werden, ob die in Rz 47 genannten sachlich relevanten Märkte in räumlicher Hinsicht allenfalls weiter oder enger abgegrenzt werden sollten, da dies keinen relevanten Einfluss auf das Resultat der Analyse hat.

B.3.3.1.3. Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten.

54. 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

¹¹ Vgl. Case No COMP/M.4898 (2008), Rz 41, *Compagnie de Saint-Gobain/Maxit*.

¹² Vgl. Case No COMP/M.7498 (2015), Rz 26, *Compagnie de Saint-Gobain/Sika*.

¹³ Vgl. Case No COMP/M.7498 (2015), Rz 25 ff., *Compagnie de Saint-Gobain/Sika*.

¹⁴ Vgl. Case No COMP/M.7498 (2015), Rz 33 ff., *Compagnie de Saint-Gobain/Sika*; Case No COMP/M.7249 (2014), Rz 20 ff., *CVC/Parexgroup*; Case No COMP/M.4719 (2006), Rz 32, *Heidelberg Cement/Hanson*; Case No COMP/M.1779 (2000), Rz 23, *Anglo American/Tarmac*; Case No COMP/M.4898 (2008), Rz 27 ff., *Compagnie de Saint-Gobain/Maxit*.

¹⁵ Vgl. Case No COMP/M.4898 (2008), Rz. 28, *Compagnie de Saint-Gobain/Maxit*.

werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

55. Folgende Tabellen zeigen die Aktivitäten der betroffenen Parteien jeweils in den zu untersuchenden

relevanten Märkten. Zusätzlich zu Saint-Gobain und Sika sind jeweils noch die Marktanteile von Sarna-Granol AG (nachfolgend Sarna-Granol) angegeben, an welcher Sika ebenfalls Anteile besitzt.

Tabelle 1: Marktanteile von Saint-Gobain, Sika und Sarna-Granol in den verschiedenen Premix-Mörtel Bereichen im Jahr 2014

Premix-Mörtel	Saint-Gobain	Sika	Sarna-Granol	Zusammen
Trocken	[20-30] %	[0-10] %	[0-10] %	[40-50] %
Bau	[20-30] %	[10-20] %	[0-10] %	[40-50] %
Fassade	[30-40] %	[0-10] %	[0-10] %	[40-50] %
Fliesenbefestigung	[20-30] %	[0-10] %	[0-10] %	[20-30] %
Pastös	-	-	-	-
Bau	[50-60] %	[0-10] %	[0-10] %	[50-60] %
Fassade	[20-30] %	[0-10] %	[0-10] %	[30-40] %
Fliesenbefestigung	-	-	-	-

56. Wie aus Tabelle 1 ersichtlich, überschreiten die gemeinsamen Marktanteile im Premix-Mörtel-Markt auf jeden Fall die kumulative 20 % Schwelle (auch ohne die Marktanteile von Sarna-Granol). Beim pastösen Premix-Mörtel Markt ist Sika und Sarna-Granol nur geringfügig tätig. Da die Marktaddition hierbei gering ist und Sika kein vollumfänglicher Einfluss auf Sarna-Granol hat, verzichtet die WEKO auf eine detaillierte Untersuchung dieser Teilmärkte.¹⁶ Im Folgenden wird also der aktuelle Wettbewerb für die verschiedenen Märkte im Bereich des trockenen Premix-Mörtels im Detail analysiert.

57. Eine Marktklärung der EU-Kommission hat ergeben, dass Sika im EWR im Allgemeinen nicht als enger Konkurrent von Saint-Gobain angesehen werde. Sika gälte als Premium-Marke und fokussiere sich hauptsächlich auf komplexen Mörtel. Saint-Gobain produziert zwar eine relativ breite Palette an Mörteltypen, der Mörtel würde aber laut einer Marktumfrage der Europäischen Kommission von einzelnen Kunden und Kundinnen im Markt nicht als gleichwertig angesehen werden.¹⁷ Laut Saint-Gobain treffe dies auch auf die Schweiz zu. Sika erläutert dagegen, dass sie ihr Unternehmen in den Markt der standardisierten Mörtel expandiere während Saint-Gobain vermehrt in den Markt für komplexe Mörtel investiere und die Zusammenschlussparteien somit direkte Konkurrenten seien. Zudem gibt Sika an, dass die Überschneidung beim Produktportfolio der Zusammenschlussparteien zwischen [60-80] % liege. Da laut Angaben von Sika und der Europäischen Kommission die Zusammenschlussparteien ein ähnliches Produktportfolio im Mörtel-Bereich vertreiben, geht das Sekretariat im Folgenden davon aus, dass die Zusammenschlussparteien im Mörtel-Bereich direkte Konkurrenten sind.¹⁸ Die Frage, wie stark Saint-Gobain und Sika im Markt als enge Konkurrenten angesehen werden, kann jedoch offen gelassen werden, da sie im Endeffekt keine gewichtige Rolle auf das Ergebnis der Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens hat.

Aktueller Wettbewerb

58. Um einen groben Überblick über den aktuellen Wettbewerb zu erhalten, werden zunächst die Marktanteile und die Umsatzzahlen des aktuellen Wettbewerbs dargestellt. Anhand derer kann festgestellt werden, ob w-möglich eine einzelne oder kollektive Marktbeherrschung begründet oder verstärkt werden könnte.

59. Die nachfolgende Tabelle zeigt die Marktanteile für den gesamten trockenen Premix-Mörtel-Markt und für die einzelnen Anwendungs-Typen für das Jahr 2014.

¹⁶ Sika ist nicht Mehrheitsaktionär bei Sarna-Granol und deren Anteile sind deshalb von Sika nicht konsolidiert. Vgl. Sika, Konzernstruktur und Aktionariat, <www.sika.com/de/group/investors/CorporateGovernance/group_structure_andshareholders.html> (08.09.2015).

¹⁷ Vgl. Case No M.7498 (2015), Rz 41 f., *Compagnie de Saint-Gobain/Sika*.

¹⁸ Vgl. Case No M.7498 (2015), Rz 41, *Compagnie de Saint-Gobain/Sika*.

Tabelle 2: Marktanteile der grössten Unternehmen in den verschiedenen trockenen Premix-Mörtel-Bereichen im Jahr 2014

	Gesamt	Bau	Fassade	Fliesenbefestigung
Saint-Gobain	[20-30] %	[20-30] %	[30-40] %	[20-30] %
Sika	[0-10] %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %
Sarna-Granol	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
Zusammen	[30-40] %	[40-50] %	[40-50] %	[20-30] %
Fixit/Röfix	[20-30] %	[30-40] %	[10-20] %	[0-10] %
STO	[0-10] %	[0-10] %	[10-20] %	[0-10] %
KABE	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
Greutol	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
MAPEI	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[20-30] %
Baumit	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
PCI	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[10-20] %
Übrige	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %	[30-40] %
Total	100 %	100.0 %	100 %	100 %

60. Aus der Tabelle 2 ist ersichtlich, dass ausser im Premix-Mörtel – Fassade-Markts keine deutliche Marktführerschaft einzelner Unternehmen vorherrscht. Da Sika in den Mörtel (Teil-) Märkten, mit Ausnahme des Premix-Mörtel – Bau Bereichs, nur Marktanteile unter [0-10] % besitzt und die kumulativen Marktanteile nicht über [40-50] % betragen, kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Zusammenschluss zu einer Begründung oder Verstärkung einer alleinigen marktbeherrschenden Stellung bei den Anwendungs-Typen Fassade und Fliesenbefestigung führt. Beim trockenen Premix-Mörtel – Bau-Markt gibt es zwar eine beträchtliche Marktaddition der Parteien, der Zusammenschluss führt aber nicht resp. nur knapp zu einer marktführenden Stellung, weshalb auch in diesem Markt ausgeschlossen werden kann, dass eine alleinige marktbeherrschende Stellung durch den Zusammenschluss begründet oder verstärkt wird.

61. Gesamthaft zeigen die Marktstrukturen vor und nach dem Zusammenschluss oligopolistische Strukturen auf. Das heisst, es gibt eine kleine Anzahl Unternehmen, die jeweils zusammen eine deutliche Marktführerschaft innehaben. Da trotzdem diverse kleinere Unternehmen auf dem Markt sind, spricht man in der ökonomischen Literatur von einem „Oligopoly of Small and Large Firms“. ¹⁹ Daher wird auf eine detaillierte Überprüfung einer Beseitigung des Wettbewerbs durch eine alleinige Marktbeherrschung verzichtet und stattdessen überprüft, ob allenfalls eine kollektive Marktbeherrschung durch den Zusammenschluss begünstigt oder verstärkt wird.

Kollektive Marktbeherrschung

62. Ein Zusammenschluss kann eine marktbeherrschende Stellung durch mehrere Unternehmen – als kollektive Marktbeherrschung – begründen oder verstärken (im Sinne von Art. 10 Abs. 2 KG). ²⁰ Zu prüfen ist, ob erstens Anreize zu kollusivem (nachfolgend auch: ko-

operativem) Verhalten gegeben sind, und ob zweitens ein solches Verhalten mit grosser Wahrscheinlichkeit stabil bzw. dauerhaft sein wird. ²¹

63. Um die Möglichkeit, Wahrscheinlichkeit und Nachhaltigkeit einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung von den involvierten Unternehmen klären zu können, bedarf es einer Gesamtbetrachtung der Wettbewerbsbedingungen und des Wettbewerbsgeschehens auf dem relevanten Absatzmarkt. Unter anderem sind folgende Kriterien praxisgemäss für die Beurteilung heranzuziehen: ²² Die Anzahl der beteiligten Unternehmen, deren Marktanteile, die Marktkonzentration, die Symmetrien, das Marktwachstum, die Markttransparenz und die potenzielle Konkurrenz.

Trockener Premix-Mörtel – Bau

64. Im Markt für trockenen Premix-Mörtel – Bau würde nach einem Zusammenschluss faktisch ein Duopol vorherrschen. Saint-Gobain hatte im Jahr 2014 einen

¹⁹ Vgl. MARTIN K. PERRY/ROBERT H. PORTER, Oligopoly and the Incentive for Horizontal Merger, *American Economic Review* 75(1), 1985, 219-227.

²⁰ Auf eine detaillierte Erklärung des Konzepts Kollusion wird hier verzichtet und auf die Erläuterungen zum Zusammenschlussvorhaben Migros/Denner (vgl. RPW 2008/1, 184 Rz 455 ff., Migros/Denner) sowie einem diesbezüglich erstellten Bericht für die Europäische Kommission (vgl. MARC IVALD/BRUNO JULLIEN/PATRICK REY/PAUL SEABRIGHT/JEAN TIROLE, *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report for DG Competition, European Commission, IDEI, Toulouse, 2003, S.16 ff.) verwiesen.

²¹ Die Wettbewerbsbehörde habe im Sinne einer dynamischen Betrachtungsweise auch die voraussehbare Marktentwicklung in den auf die Entscheidung folgenden Jahre mit zu berücksichtigen (Vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG] vom 23. November 1994, BBl. 1995 I 468, 584).

²² Vgl. RPW 1998/2, 243 Rz 137 ff., *Revisuisse Price Waterhouse/STGCoopers & Lybrand*; Vgl. auch RPW 2008/1, 184 Rz 455 ff., *Migros/Denner*.

Marktanteil von ungefähr [20-30] %, Sika von ca. [10-20] % und Fixit/Röfix als stärkster Konkurrent ungefähr [30-40] %. Alle anderen Unternehmen auf dem relevanten Markt hatten keinen Marktanteil von über [0-10] %. Somit hätte der Zusammenschluss zur Folge, dass aus einem asymmetrischen Triopol ein relativ symmetrisches Duopol entstehen würde.

65. In Übereinstimmung mit der einschlägigen ökonomischen Literatur lässt sich aufgrund der Tatsachen, dass nicht mehr als zwei Unternehmen an der allfälligen kollektiven Marktbeherrschung beteiligt sind (Saint-Gobain/Sika und Fixit/Röfix) und dass der Markt darüber hinaus eine starke Konzentration aufweist, schliessen, dass die Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen stillschweigender Kollusion durch den Zusammenschluss signifikant erhöht wird.²³

66. Der Grad der Symmetrien zwischen Unternehmen wird ebenfalls als zentraler Indikator für eine mögliche Marktbeherrschung angesehen.²⁴ Im vorliegenden Fall würde der Zusammenschluss, wie oben schon erläutert, zu gleich grossen Unternehmen führen, wenn die Marktanteile als Massstab hinzugezogen werden. Die meldende Partei und die Europäische Kommission bringen zudem vor, dass der Produktionsprozess einfach und kein spezielles Know-How erforderlich ist. Dies deutet darauf hin, dass die Kostenstrukturen zwischen den Unternehmen ähnlich sind.

67. Laut der meldenden Partei gab es zwischen den Jahren 2012-2014 weder ein bedeutendes Wirtschaftswachstum noch konnten grosse Marktanteilsverschiebungen beobachtet werden. Des Weiteren gibt sie an, dass Forschung und Entwicklung im Markt keine gewichtige Rolle habe und somit nicht davon ausgegangen werden kann, dass es durch Innovation zu Marktanteilsverschiebungen kommen wird. In der ökonomischen Literatur herrscht Konsens darüber, dass stabile Marktverhältnisse die Wahrscheinlichkeit für eine kollektive Marktbeherrschung erhöhen.²⁵ Es ist notorisch, dass auf Grund der Abwertung des EURO gegenüber dem CHF grösserer Druck von ausländischen Produzenten vorherrscht und somit aktuell nicht mehr von einer stabilen Markt Situation ausgegangen werden kann. Anzumerken ist jedoch, dass sobald sich die Wechselkursänderungen (v.a. EURO/CHF) vollständig auf dem Markt ausgewirkt haben und keine grossen Wechselkursänderungen mehr zu erwarten sind, stabile Verhältnisse vorzufinden sein könnten. Diesbezüglich ist es aber schwer eine Voraussage zu treffen, wann und ob dies eintreten wird.

68. Damit Kollusion funktioniert, ist es unabdingbar, dass die Unternehmen sich gegenseitig überwachen können, so dass Unternehmen, die sich nicht an die (stillschweigende) Koordinierung halten von den anderen an der Kollusion beteiligten Unternehmen sanktioniert werden könnten. Dies erfordert einen gewissen Grad an Transparenz im Markt.²⁶ Üblicherweise versteht man darunter, dass die (Netto-)Preise oder die verkaufte Menge der Unternehmen leicht zu eruieren sind. Im vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist das nicht der Fall: Es handelt sich um einen Markt mit einem Bruttopreissystem (inkl. Rabatte), wobei sogar die Bruttopreislisten nur teilweise einsehbar sind. Wie Green und Porter gezeigt haben, ist es auch anhand der Beobachtung der Nach-

frage möglich Kollusion aufrecht zu erhalten. Dies ist jedoch mit Unsicherheit behaftet, da Veränderungen auch durch andere Faktoren herbeigerufen werden können.²⁷ Gesamthaft betrachtet erscheint der Markt hinsichtlich Transparenz eher ungünstig für Kollusion.

69. Des Weiteren muss den Unternehmen auch ein Werkzeug zur Verfügung stehen, welches es ihnen ermöglicht, abweichende Firmen zu sanktionieren. Oft ist damit eine unprofitable Preisreduktion resp. Mengenerhöhung gemeint. Diese kann jedoch nur durchgeführt werden, wenn die Unternehmen ausreichend hohe freie Kapazitäten haben.²⁸ Laut Angaben der Zusammenschlussparteien liegt die Auslastung in der Schweiz bei ca. [...] %. Somit ist es den Parteien möglich abweichende Unternehmen zu sanktionieren. Hierbei ist jedoch zu erwähnen, dass sich freie Kapazitäten im Rahmen der unilateralen Effekte auch prokompetitiv auswirken können.

70. Schliesslich kann Kollusion nur erfolgreich sein, wenn die Marktzutrittschranken hoch sind.²⁹ Im vorliegenden Fall scheint dies nicht zu zutreffen. Die Zusammenschlussparteien geben an, dass die Kosten für die Errichtung einer Produktionsstätte in der Schweiz (inkl. Landkauf) ca. CHF [...] Mio betragen.³⁰ In Übereinstimmung mit der Europäischen Kommission gibt die meldende Partei zudem an, dass das Know-How und der Zugang zu Rohmaterialien keine Eintrittsbarrieren darstellen (vgl. Rz 44). Somit könnten zumindest grosse internationale Unternehmen ohne weiteres in den relevanten Markt eintreten. Ebenfalls zeigt der Druck ausländischer Unternehmen, dass auch ein Markteintritt ohne Produktionsanlage in der Schweiz möglich ist (vgl. Rz 67). Schliesslich sei hier nochmals auf die hohe Angebotssubstitution zwischen den Anwendungs-Typen hingewiesen, welche ebenfalls Markteintritte begünstigt (vgl. Rz 44). Daraus folgt, dass die Marktzutrittschranken tief sind und somit kollusives Verhalten schwer durchsetzbar wäre.

71. Obwohl der Zusammenschluss faktisch zu einem Duopol führen würde, geht die WEKO nicht davon aus, dass dadurch im Bereich Bau längerfristig Kollusion ermöglicht würde. Fehlende Markttransparenz und vor

²³ Vgl. JEAN TIROLE, *The Theory of Industrial Organization*, 1988, S. 247.

²⁴ Vgl. MARC IVALD/BRUNO JULLIEN/PATRICK REY/PAUL SEABRIGHT/JEAN TIROLE, *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report for DG Competition, European Commission, IDEI, Toulouse, 2003, S. 35 ff.; Für die wettbewerbsrechtliche Praxis sei anstelle vieler auf Case No. IV/M.190 (1992), Rz 123, Nestlé/Perrier verwiesen.

²⁵ Vgl. JEAN TIROLE, *The Theory of Industrial Organization*, 1988, S. 248 ff.

²⁶ Vgl. GEORGE J. STIGLER, *A Theory of Oligopoly*, *Journal of Political Economy* 72(1), 1964, 44-61.

²⁷ Vgl. EDWARD J. GREEN/ROBERT H. PORTER, *Noncooperative Collusion under Imperfect Information*, *Econometrica* 52(1), 1984, 87-100.

²⁸ Vgl. z.B. OLIVIER COMPTE/FREDERIC JENNY/PATRICK REY, *Capacity Constraints, Mergers and Collusion*, *European Economic Review* 46(1), 2002, 1-29; CARL DAVIDSON/RAYMOND J. DENECKERE, *Excess Capacity and Collusion*, *International Economic Review* 31(3), 1990, 521-541.

²⁹ Vgl. MARC IVALD/BRUNO JULLIEN/PATRICK REY/PAUL SEABRIGHT/JEAN TIROLE, *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report for DG Competition, European Commission, IDEI, Toulouse, 2003, S.16 ff.

³⁰ Saint-Gobain geht von CHF [...] Mio aus, Sika von CHF [...] Mio.

allem sehr tiefe Markteintrittsschranken führen dazu, dass sich eine stillschweigende Koordination nicht durchsetzen könnte. Jeglicher Versuch von Kollusion würde v.a. von internationalen Grossunternehmen und Produzenten anderer Anwendungs-Typen zu Markteintritten führen und die Kollusion destabilisieren.

72. Aufgrund dieser Überlegungen geht die WEKO nicht davon aus, dass im Bereich des Premix-Mörtel-Bau der Zusammenschluss eine kollektive marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, die den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen vermag.

Trockener Premix-Mörtel – Fassade

73. Wie aus der Tabelle 2 (nach Rz 59) ersichtlich, würde durch den Zusammenschluss nur eine leicht konzentriertere Marktsituation eintreten. Saint-Gobain hat in diesem Markt eine marktführende Rolle [30-40] %. Weitere gewichtige Konkurrenten sind Fixit/Röfix [10-20] %, STO [10-20] %, Sarna-Granol [0-10]% und Greutol [0-10] %. Saint-Gobain könnte durch den Zusammenschluss seine marktführende Rolle zwar leicht ausbauen, auf eine allfällige gemeinsame Marktbeherrschung hätte dies jedoch eher negative Folgen: Die Asymmetrie im Markt würde steigen (vgl. auch Rz 66). Da keine weiteren Gründe vorliegen, die auf eine Marktbeherrschung in diesem Markt hindeuten, geht die WEKO davon aus, dass der Zusammenschluss im Markt trockener Premix-Mörtel – Fassade nicht zur Begründung oder Verstärkung einer kollektiven Marktbeherrschung führen würde.

Trockener Premix-Mörtel – Fliesenbefestigung

74. Auch im Markt für trockener Premix-Mörtel – Fliesenbefestigung würde sich die Marktsituation durch den Zusammenschluss nicht erheblich verändern. Der Markt ist zwar bereits beträchtlich konzentriert: Saint-Gobain [20-30] %, MAPEI [20-30] % und PCI [10-15] % haben bedeutsame Marktanteile. Sika ist aber kaum vertreten [0-10] %. Aufgrund der tiefen Marktanteile von Sika und den tiefen Zutrittsschranken geht die WEKO nicht davon aus, dass der Zusammenschluss zur Begründung oder Verstärkung einer kollektiven Marktbeherrschung führen würde.

Fazit

75. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf den verschiedenen Märkten im Bereich des Premix-Mörtels eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt.

B.3.3.2 Chemische Zusatzmittel für Beton und Mörtel

76. Mörtel und Beton werden aus Gesteinskörnung (z.B. Sand), Bindemittel (z.B. Zement), Wasser und Betonzusatzmittel hergestellt. Chemische Betonzusatzmittel verbessern die Eigenschaften von Mörtel und Beton und ermöglichen deren Verwendung für bestimmte Anwendungen. Chemische Betonzusatzmittel können entweder auf Chemikalien oder Mineralien basieren. Weil weder Saint-Gobain noch Sika im Bereich der mineralischen Zusatzmittel tätig ist, werden mineralische Zusatzmittel nachfolgend nicht behandelt.

77. Chemische Betonzusatzmittel sind spezifisch zusammengesetzte Produkte, welche in kleinen Mengen dem Beton, Mörtel oder Fugenmörtel beigefügt werden. Sie reduzieren die Baukosten, modifizieren die Eigenschaften von Hartbeton, stellen die Qualität des Betons während des Mischens/Transports/Verwendens/Aushärtens sicher und helfen gewisse Notfälle während des Betoneinsatzes zu lösen. Chemische Betonzusatzmittel sind grösstenteils Verbrauchsgüter mit sehr wenig Produktdifferenzierung. Die hauptsächlichen Nachfrager von solchen Produkten sind Produzenten von vorgemischtem Beton. Diese Kunden und Kundinnen können einfach zwischen den verschiedenen Anbietern wechseln. Der Wettbewerb in diesem Bereich wird deshalb massgebend durch den Preis getrieben.

78. Die meisten chemischen Betonzusatzmittel werden gebrauchsfertig in flüssiger Form geliefert und werden in der Fabrik oder auf der Baustelle dem Mörtel oder Beton beigefügt. Sie werden typischerweise in sehr kleinen Mengen gebraucht und der Mörtel- oder Betonmischung unmittelbar vor oder während des Mischens beigefügt. Die Transportkosten sind deshalb kaum wesentlich und die Hauptanbieter konzentrieren ihre Produktion in wenigen Fabriken.

B.3.3.2.1. Sachlich relevanter Markt

79. Es gibt keine publizierte Praxis der WEKO im Bereich der chemischen Betonzusatzmittel. Die Europäische Kommission hat festgestellt, dass chemiebasierte und mineralbasierte Zusatzmittel aufgrund unterschiedlicher Produkteigenschaften, erheblicher Preisunterschiede und der geringeren Leistungsfähigkeit von mineralbasierten Zusatzmitteln und des Unterschiedes in Technologie und Qualität je einem unterschiedlichen Produktmarkt zuzuweisen sind. Im Hinblick auf chemische Betonzusatzmittel hat die Europäische Kommission festgestellt, dass weitere Unterscheidungen basierend auf den einzelnen Typen von Zusatzmitteln nicht angemessen wären. Kunden und Kundinnen beziehen nämlich typischerweise sämtliche von ihnen benötigten Zusatzmittel von einem einzigen Anbieter, was darauf hinweist, dass es eine hohe Angebotssubstituierbarkeit zwischen den verschiedenen Typen von chemischen Betonzusatzmitteln gibt.³¹

80. Vorliegend kann in Anbetracht der sehr beschränkten Tätigkeit von Saint-Gobain in diesem Bereich offengelassen werden, ob chemische Betonzusatzmittel den relevanten Produktmarkt darstellen oder eine weitere Unterscheidung nach einzelnen Typen von Zusatzmitteln angebracht wäre.

B.3.3.2.2. Räumlich relevanter Markt

81. Die Europäische Kommission hat offengelassen, ob der relevante räumliche Markt EWR-weit oder allenfalls kleiner ist.³²

³¹ Vgl. Case No COMP/M.4177 (2006), Rz 14 ff., BASF/Degussa.

³² Ein Radius von rund 500 bis 1000 km von einer Produktionsstätte; Vgl. Case No COMP/M.4177 (2006), Rz 29 ff., BASF/Degussa.

82. Die in diesem Markt relativ tiefen Transportkosten sprechen für einen europaweiten Markt. Zudem gilt der Europäische Standard EN 934-2 für Zusatzmittel für Beton, Mörtel und Fugenmörtel auch in der Schweiz.³³ Dies zeigt, dass die Produkte innerhalb von Europa standardisiert sind, was einen Verkauf über die Grenzen hinweg erleichtert.

83. Vorliegend kann in Anbetracht der tiefen Umsatzzahlen von Saint-Gobain in diesem Bereich offen gelassen werden, ob der räumliche Markt europaweit oder kleiner ist.

B.3.3.2.3. Voraussichtliche Stellung im Markt

84. KBS, eine Tochtergesellschaft von Saint-Gobain, generiert einen Umsatz von CHF [...] in diesem Segment in der Schweiz. KBS kauft die chemischen Zusatzstoffe von Dritten ein und verkauft sie als Teil ihres bauseitigen Mörtelangebots. Saint-Gobain schätzt, dass der Umsatz von CHF [...] in der Schweiz einem Anteil weit unter [0-10] % entspricht.

85. Für Sika hingegen ist die Herstellung und der Vertrieb von chemische Betonzusatzmittel ein bedeutendes Geschäft.

86. Aufgrund der tiefen Marktanteile von Saint-Gobain, geht die WEKO davon aus, dass der Zusammenschluss keine oder minimalste Auswirkungen auf den Markt haben wird. Somit sieht die WEKO keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf dem Markt für chemische Zusatzmittel eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt und verzichtet auf weitere Abklärungen.

B.3.3.3 Betonierarbeiten

87. Der Begriff Betonierarbeiten umfasst einige chemische (d.h. polymerbasierte) Produkte, welche für die Reparatur und den Unterhalt von Beton verwendet werden. Die Materialien, die in Betonierarbeitsprodukten verwendet werden, umfassen hauptsächlich Mörtel, Fugenmörtel und Harze auf Polymerbasis.

88. Innerhalb der Betonierarbeiten sind Bindemittel und Grundierungen die einzigen Produkte, die Saint-Gobain in der Schweiz verkauft. Saint-Gobain verkauft Bindemittel und Grundierungen nur als Teil des Angebots von Premix-Fassaden- und Baumörtel und nicht getrennt für sich alleine.

89. Sika ist ein Anbieter von hochwertigen Betonierarbeiten-Lösungen, welche für Tiefbau- und Infrastrukturprojekte verwendet werden. Sika bietet in der Schweiz ein grosses Sortiment von Betonierarbeitsprodukten auf Polymerbasis an, welche verschiedene Produkte für die Reparatur und den Schutz beinhaltet.

B.3.3.3.1. Sachlich relevanter Markt

90. Die meldende Partei gibt an, dass die verschiedenen Produkte im Bereich der Betonierarbeiten sich bezüglich dahinterliegender Technologie, Form und Aussehen unterscheiden, fügt aber an, dass zumindest einige Betonierarbeitsprodukte einen gemeinsamen Produktmarkt bilden. Dies mit der Begründung, dass verschiedene Anbieter oft in mehreren Produktkategorien tätig sind. Die Europäische Kommission ist in ihrem Entscheid

davon ausgegangen, dass jede der oben genannten Produktkategorien jeweils einen Markt bildet.³⁴

91. Es gibt keine publizierte Praxis der WEKO im Bereich der Betonierarbeitsprodukte. Die Transaktion führt in der Schweiz einzig im Bereich von Bindemitteln und Grundierungen zu einer geringen Überlappung, weshalb die anderen Betonierarbeitsprodukte nicht behandelt werden.

92. Da Saint-Gobain Betonierarbeitsprodukte nur als Teil des Mörtelmarkts anbietet und somit nur beschränkt in diesem Bereich tätig ist, kann die genaue Definition des Produktmarktes offengelassen werden.

B.3.3.3.2. Räumlich relevanter Markt

93. Es gibt keine publizierte Praxis der WEKO zum räumlich relevanten Markt im Bereich der Betonierarbeitsprodukte. Die Europäische Kommission hat in ihrem Entscheid einen landesweiten Markt als engst möglichen Markt angesehen.³⁵ Die meldende Partei fügt an, dass es mehrere starke und international tätige Wettbewerber gäbe, welche im EWR und in der Schweiz tätig sind und dies wiederum darauf hinweisen würde, dass der relevante räumliche Markt viel weiter als national ist.

94. Aufgrund der geringfügigen Tätigkeit von Saint-Gobain in diesem Bereich kann die genaue Definition des Produktmarktes offengelassen werden.

B.3.3.3.3. Voraussichtliche Stellung im Markt

95. Zumal Saint-Gobain kaum tätig ist im Bereich der Betonierarbeiten in der Schweiz, konnte Saint-Gobain nicht angeben, wie hoch ihre Beteiligung in diesen Märkten ist. Zusammengefasst hat Saint-Gobain einen Umsatz von [...] Millionen im Jahr 2014 erwirtschaftet.

96. Die Europäische Kommission konnte für die meisten Produktmärkte durch den Zusammenschluss nur geringfügige Marktanteilsveränderungen feststellen (Anteil Saint-Gobain unter [0-5] %). Substantielle Marktadditionen konnten nur im Bereich der Grundierungen in Finnland, Tschechien und in der Slowakei gefunden werden können. Dabei ist aber anzumerken, dass die gemeinsamen Marktanteile der Zusammenschlussparteien in keinem dieser Fälle über [30-40] % betragen und in allen untersuchten Mitgliedstaaten starke internationale Konkurrenz vorhanden ist. Zudem wurde durch die Marktbefragungen der Europäischen Kommission keine Bedenken in diesem Bereich eruiert.³⁶

97. Da Saint-Gobain in der Schweiz, Grundierungen und Bindemittel nur als Teil des Premix Fassaden und Bau Markts verkauft, im Markt weitere grössere Unternehmen tätig sind (u.a. BASF, Fixit/Röfix, Mapei) und die

³³ Vgl. Bundesamt für Bauten und Logistik, Harmonisierte technische Normen für Bauprodukte, 2015, S. 10, <<https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/2787.pdf>> (07.09.2015).

³⁴ Vgl. Case No M.7498 (2015), Rz 112 ff., *Compagnie de Saint-Gobain/Sika*.

³⁵ Vgl. Case No M.7498 (2015), Rz 115 f., *Compagnie de Saint-Gobain/Sika*.

³⁶ Vgl. Case No M.7498 (2015), Rz 117 ff., *Compagnie de Saint-Gobain/Sika*.

europäische Kommission keine Bedenken geäußert hat, bestehen keine Anzeichen, dass der Zusammenschluss in diesen Märkten eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

B.3.3.4 Abdichtungen (Waterproofing)

98. Der Begriff Abdichtungen bezieht sich auf die Behandlung von Oberflächen oder Bausubstanzen, die verhindern soll, dass Wasser eindringt oder einsickert. Abdichtungen können unterirdisch (z.B. in Kellern oder Fundamenten) oder überirdisch (z.B. Parkgaragen, Fassaden, Tunnels etc.) nötig sein.

99. Die verschiedenen verfügbaren Abdichtungssysteme können grob wie folgt kategorisiert werden:

- Membrane (d.h. Produkte, die auf die Oberfläche aufgetragen werden);
- Injektionsabdichtungen (d.h. Substanzen, die in die Bausubstanz injiziert werden, z.B. um ein Mauerwerk in einem Keller zu behandeln); und
- Fugenabdichtungen (d.h. Produkte die angewendet werden, um das Eindringen von Wasser in den Zwischenraum zwischen zwei Bauelementen [z.B. die Betonelemente einer Brücke] zu verhindern).

100. Die Aktivitäten von Saint-Gobain in der Schweiz im Bereich der Abdichtungen beschränken sich auf Membrane, d.h. Produkte, die auf die Oberfläche aufgetragen werden.

101. Bei den Abdichtungsmembranen kann zwischen Membranen, die flüssig verarbeitet werden (Flüssigabdichtungen), und festen Membranen unterschieden werden (Dichtungsbahnen). Flüssigabdichtungen bestehen hauptsächlich aus Acryl, PU, Epoxid oder Bitumen. Dichtungsbahnen sind oft Klebefolien (oder -textilien), die hauptsächlich aus Polyvinylchlorid („PVC“), thermoplastischem Polyolefin („TPO“) oder Bitumen bestehen.

102. Saint-Gobain verkauft in der Schweiz lediglich Flüssigabdichtungen (Acryl, Epoxid und Bitumen). Jedoch keine Injektionsabdichtungen und Fugenabdichtungen. Sika hingegen bietet eine Reihe von Abdichtungslösungen an.

B.3.3.4.1 Sachlich relevanter Markt

103. Die unterschiedlichen Abdichtungslösungen werden für verschiedene Arten von Anwendungen verwendet und können deshalb nicht per se substituiert werden.

104. Es liegt keine veröffentlichte Praxis der WEKO im Bereich der Abdichtungsprodukte vor. Die Europäische Kommission hat Abdichtungsbahnen als ein separates Segment angesehen, hat aber die Marktdefinition letztlich offen gelassen.³⁷

105. Aufgrund der marginalen Tätigkeit von Saint-Gobain im Bereich der Abdichtungen kann die genaue Definition des Produktmarktes offen bleiben.

B.3.3.4.2 Räumlich relevanter Markt

106. Es liegt keine veröffentlichte Praxis der WEKO über die räumliche Dimension von Abdichtungsprodukten vor.³⁸ Die Europäische Kommission ist zum Schluss gekommen, dass sich der räumlich relevante Markt für

industrielle Folien (z.B. für Abdichtungen) und mögliche Subsegmente mindestens auf den EWR erstreckt.³⁹ Zudem gibt es mehrere starke und international tätige Konkurrenten, welche im EWR und in der Schweiz tätig sind, was darauf hindeutet, dass der relevante räumliche Markt weiter als national zu fassen ist. Nach Auffassung der meldenden Partei umfasst der räumlich relevante Markt bei allen Abdichtungsanwendungen den EWR und die Schweiz. Vorliegend kann der genaue Umfang des räumlich relevanten Marktes offen gelassen werden, da Saint-Gobain im Abdichtungsmarkt nur marginal tätig ist.

B.3.3.4.3. Voraussichtliche Stellung im Markt.

107. Saint-Gobain hat 2014 in der Schweiz im Abdichtungsmarkt einen Umsatz von CHF [...] Mio. erzielt:

- Acryl-Flüssigabdichtung: CHF [...] (als Teil des Premix-Fliesenmörtelangebots von Saint-Gobain).
- Epoxy-Fugenmörtel: CHF [...] (als Teil des Premix-Fliesenmörtelangebots von Saint-Gobain).
- Bitumen: CHF [...] Mio. (als Teil des Premix-Fassadenmörtelangebots von Sain-Gobain).

108. Saint-Gobain schätzt, dass ihr Marktanteil im Abdichtungsmarkt weit unter [0-10] % liegt. Aufgrund ihrer beschränkten Tätigkeit in diesem Bereich hat Saint-Gobain keinen Einblick in den genauen Anteil von Sika und Saint-Gobain in den Segmenten flüssige Acryl-Flüssigabdichtungen, Epoxy-Flüssigabdichtungen und Bitumen.

109. In Anbetracht der geringen Umsätze von Saint-Gobain bestehen keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken weshalb auf die Ermittlung der genauen Marktanteile verzichtet werden kann. Die WEKO geht davon aus, dass der Zusammenschluss in diesen Märkten nicht zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt, die den funktionierenden Wettbewerb beseitigen mag.

B.3.4 Vertikale Beziehungen

B.3.4.1 Herstellung von chemischen Gipszusatzmittel (Sika) und Herstellung von Gipskartonplatten/Gipswandbauplatten (Saint-Gobain)

110. Gips ist ein Mineral, das aus Kalzium, Sulfat und Wasser besteht. Kalzinierter Gips ist der Hauptbestandteil von vielen Gipsformen.

³⁷ Vgl. Case No COMP/M.3946 (2006), Rz 15, *Renolit/Solvay*.

³⁸ In den Fällen RPW 2002/1, 127 Rz 27 ff., BP/E.ON und RPW 2002/3, 466 Rz 16, BP/E.ON entschied die Weko, dass der Markt für Bitumen für die Asphaltproduktion für Strassenbau regional ist (200-300 km Radius um eine Herstellungsanlage). Bitumen, welcher für die Asphaltproduktion verwendet wird, muss in speziellen Lastwagen mit einer sehr hohen Temperatur ausgeliefert werden. Bitumen, der für Abdichtungen verwendet wird, wird jedoch in Fässern gelagert und kann mit gewöhnlichen Lastwagen transportiert werden. Die Definition des räumlichen Marktes in den erwähnten Strassenbau-Fällen ist deshalb für den vorliegenden Fall nicht relevant.

³⁹ Vgl. Case No COMP/M.3946 (2006), Rz 32 f., *Renolit/Solvay*.

111. Um die gewünschten Eigenschaften des Gipsprodukts zu erhalten (z.B. kontrollierte Aushärtezeit, gute Verarbeitbarkeit, gute Adhäsion auf Beton, Backstein, Gipskartonplatten oder Klebeband sowie Hydrophobierung) werden in einem letzten Produktionsschritt insbesondere Zusatzmittel beigefügt.

112. Die chemischen Zusatzmittel werden u.a. durch Sika hergestellt und durch Saint-Gobain als Inputfaktor für die Produktion von Gipskartonplatten/Gipswandbauplatten benötigt. Somit besteht eine vertikale Beziehung zwischen den zwei Zusammenschlussparteien.

B.3.4.1.1. Sachlich relevante Märkte

Herstellung von chemischen Gipszusatzmittel

113. Die Europäische Kommission geht in ihrem Entschluss davon aus, dass Gipszusatzmittel einen alleinigen Markt bildet und keine weiteren Segmentierungen sinnvoll seien⁴⁰ (vgl. auch Marktabgrenzung zu chemischen Betonzusatzmittel, Rz 79 ff.). Die WEKO sieht keine Gründe für eine Abweichung dieser Marktdefinition.

Herstellung von Gipskartonplatten/Gipswandbauplatten

114. Gipskartonplatten und Gipswandbauplatten werden u.a. für Trennwände verwendet. Sie können zwar keine tragende Funktion übernehmen, sind aber stabil, langlebig, feuerbeständig und kostengünstig.

115. In der Vergangenheit hat die Europäische Kommission die Ansicht vertreten, dass Gips (Pflaster) grundsätzlich kein Substitut für Gipskartonplatten darstelle.⁴¹ Die Europäische Kommission verwies zur Begründung auf die Kosten, die Vorteile in der Handhabung sowie die einfache und schnelle Montage von Gipskartonplatten. Diese Ansicht wurde im Rahmen der Marktuntersuchungen in Saint-Gobain/BPB weitgehend bestätigt, wobei die Marktabgrenzung wiederum offen gelassen wurde.⁴²

Die WEKO folgt dieser Einteilung. Auf eine genaue Abgrenzung kann verzichtet werden, da aufgrund der geringen Marktanteile von Sika im Bereich der chemischen Gipszusatzmittel der Zusammenschluss zu keiner Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen würde, die den wirksamen Wettbewerb beseitigen könnte.

B.3.4.1.2. Räumlich relevante Märkte

Herstellung von chemischen Gipszusatzmittel

116. Die EU hat in bereits beurteilten Zusammenschlussvorhaben keine genaue Marktabgrenzung getätigt. Sie ist davon ausgegangen, dass der Markt für chemische Gipszusatzmittel mindestens national abzugrenzen ist.⁴³ Die WEKO sieht keine Gründe für eine Abweichung von dieser Annahme. Auf eine genaue Abgrenzung kann verzichtet werden, da aufgrund der tiefen Marktanteile von Sika der Zusammenschluss zu keiner Begründung oder Verstärkung einer Marktbeherrschung führen würde.

Herstellung von Gipskartonplatten/Gipswandbauplatten

117. Die Europäische Kommission geht davon aus, dass Pflaster auf Gipsbasis für die Anwendung im Baubereich in einem Umkreis von 300 km des Herstellungsorts vertrieben werden kann.⁴⁴ Die WEKO sieht keinen Anlass von dieser Sichtweise abzuweichen. Der relevante Markt ist somit mindestens schweizweit. Auf eine genaue Abgrenzung kann verzichtet werden, da aufgrund der tiefen Marktanteile von Sika der Zusammenschluss nicht zu einer vertikalen Verschliessung führen würde.

B.3.4.1.3. Voraussichtliche Stellung im Markt

118. Die Zusammenschlussparteien sind in den betroffenen Märkten wie folgt vertreten:

Tabelle 3: Marktanteile der Zusammenschlussparteien im Bereich chemische Gipszusatzmittel und Gipskartonplatten/Gipswandbauplatten in der Schweiz im Jahr 2014

	Saint-Gobain	Sika
Chemische Gipszusatzmittel	-	[0-10] %
Gipskartonplatten/Gipswandbauplatten	[40-50] %	-

119. Aufgrund des tiefen Marktanteils von Sika geht die WEKO nicht davon aus, dass der Zusammenschluss zu einer Input-Foreclosure führt.

120. Auch das Risiko einer Kundenverschliessung ist höchst unwahrscheinlich. Laut der meldenden Partei sind die Gipszusatzmittel, die Saint-Gobain für die Herstellung von Gipskartonplatten/Gipswandbauplatten verwendet, meist Standardkomponenten, welche in grosser Vielzahl auch in anderen Bereichen wie Nahrungsmitteln, Plastik, Kosmetik, Klebstoffen, Papier und Kleidern verwendet werden. Die Hersteller von Gipskartonplatten/Gipswandbauplatten vereinigen deshalb nur einen kleinen Anteil der gesamten Nachfrage nach diesen Substanzen auf sich.

⁴⁰ Vgl. Case No COMP/M.4177 (2006), Rz 14 ff., *BASF/Degussa*.

⁴¹ Vgl. Case No COMP/E-1/37.152 (2002), Rz 20, *Plasterboard*.

⁴² Vgl. Case No COMP/M.3943 (2005), Rz 9 ff., *Saint-Gobain/BPB*.

⁴³ Vgl. Case No COMP/M.4177 (2006), Rz 14 ff., *BASF/Degussa*.

⁴⁴ Vgl. Case No COMP/M.3943 (2005), Rz 13, *Saint-Gobain/BPB*; Case No COMP/M.4898 (2008), Rz 115 f., *Saint-Gobain/Maxit*.

B.3.4.2 Herstellung von Glasfaservlies (Saint-Gobain) und Herstellung von Bauchemikalien (Sika)

121. Glasvlies findet einen weitverbreiteten Gebrauch in verschiedenen Bauanwendungen. Zu erwähnen sind etwa die Verstärkung von Abdichtungsmembranen, Produkte für die äussere Mineralwollämmung, Bodenverstärkungen, Wandverkleidungen, Kellerabdichtungen, Gips- und Zementplatten etc. Es wird auch für viele industrielle Anwendungen verwendet, wie die Filtrierung, Leiterplatten (PCBs), Batterieseparatoren, Dachhimmel und Verbundwerkstoffe.

122. Auch wenn Saint-Gobain [...]. Es besteht deshalb eine potentielle vertikale Beziehung zwischen den Aktivitäten der Parteien.

123. Laut Sika benötigt das Unternehmen in den Bereichen Trägervlies für Wandbeschichtungen und Beckenabdichtung (nachfolgend: Flooring/FLK) sowie Trennlagen im Bereich Dach (nachfolgend: Roofing) Glasfaservlies für die Produktion. Es werden folglich nur diese beiden Bereiche in Betracht gezogen.

B.3.4.2.1. Sachlich relevante Märkte

Herstellung von Glasfaservlies

124. In Owens Corning/Saint-Gobain Vetrotex ist die Europäische Kommission von einem separaten Produktmarkt für Glasfaservliese ausgegangen.⁴⁵ Die WEKO sieht keine Gründe für eine Abweichung dieser Marktdefinition

Herstellung von Bauchemikalien (Sika)

125. Die WEKO geht nicht davon aus, dass eine weitere Segmentierung der Märkte Flooring/FLK und Roofing notwendig ist. Die genaue Marktdefinition kann offen gelassen werden, weil die Bereiche von Sika und Saint-Gobain sich nur minimal überlappen.

B.3.4.2.2. Räumlich relevante Märkte

Herstellung von Glasfaservlies

126. In räumlicher Hinsicht ist die Europäische Kommission davon ausgegangen, dass der räumlich relevante Markt für Glasfaservliese europaweit ist.⁴⁶ Die WEKO sieht keine Gründe für eine Abweichung dieser Marktdefinition.

Herstellung von Bauchemikalien (Sika)

127. In der Vergangenheit hat die Europäische Kommission in Roofing-Fällen die Ansicht vertreten, dass der Markt mindestens national abzugrenzen sei.⁴⁷

128. Bezüglich Flooring hat die Europäische Kommission entschieden, dass der Markt mindestens den EWR umfasse, hat aber die genaue räumliche Marktabgrenzung offen gelassen.⁴⁸

129. Wie die EU-Kommission untersucht die WEKO Flooring/FLK und Roofing auf einem nationalen Level, lässt aber die Marktdefinition offen.

B.3.4.2.3. Voraussichtliche Stellung im Markt

130. Die Zusammenschlussparteien sind in den betroffenen Märkten wie folgt vertreten:

Tabelle 4: Marktanteile der Zusammenschlussparteien im Bereich Glasfaservlies (EU-weit) sowie Flooring/FLK und Roofing (schweizweit) im Jahr 2014

	Saint-Gobain	Sika
Glasfaservlies	[20-30] %	-
Flooring/FLK	-	<20 %
Roofing	-	<20 %

131. Saint-Gobain besitzt im Markt für Glasfaservlies einen Marktanteil von [20-30] % hat jedoch keine marktführende Rolle. Neben Saint-Gobain sind zusätzlich Johns Manville mit ca. [20-30] % und OCV mit ca [20-30] % im Markt tätig. Da Saint-Gobain keine marktbeherrschende Rolle einnimmt, kann eine Input Foreclosure ausgeschlossen werden.

132. Sika hat im Bereich Flooring/FLK und Roofing tiefe Marktanteile von unter [10-20] %. Folglich kann eine Kundenverschliessung ausgeschlossen werden.

133. Aufgrund der geringen Marktanteile von Sika im Bereich Roofing / FLK und Flooring sowie der Wettbewerbssituation im Glasfaservliesmarkt, hat die WEKO keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken in Bezug auf diese vertikale Struktur durch den Zusammenschluss.

B.3.4.3 Herstellung von Isolierglasdichtstoffe (Sika) und Herstellung von Isolierglas (Saint-Gobain)

134. Sika bietet verschiedene Dichtstoffe an, die für die Herstellung von Isolierglas („IG“) konzipiert sind. Die

⁴⁵ Vgl. Case No COMP/M.4828 (2007), Rz 41 ff., *Owens Corning/Saint Gobain Vetrotex*.

⁴⁶ Vgl. Case No COMP/M.4828 (2006), Rz 56, *Owens Corning/Saint Gobain Vetrotex*.

⁴⁷ Vgl. Case No COMP/M.4450 (2007), Rz 61, *Umico-re/Zinifex/Neptune*.

⁴⁸ Vgl. Case No COMP/M.6871 (2004), Rz 49 f., *Mohawk Industries/Spino Invest*; Vgl. auch Case No COMP/M.4048 (2006), Rz 17 f., *Sonae Industria/Tarkett/JV*; Case No COMP/M.4177 (2006), Rz 34 ff., *BASF/Degussa*; Case No COMP/M.2051 (2000), Rz 12, *Nordic Capital/HIAG/Nybron/Bauwerk*; Case No IV/M.1253 (1998), Rz 8, *Paribas/JDC Sarl/Gerflor*.

Tochtergesellschaft Saint-Gobain Glass Solutions („SGGS“) ist in der Herstellung von IG tätig und bezieht und verbraucht zu diesem Zweck teilweise auch Glasdichtstoffe von Sika. Es besteht deshalb eine vertikale Beziehung zwischen den Tätigkeiten der Parteien.

135. IG-Elemente bestehen aus zwei oder mehr Glasscheiben, welche durch Trockenluft oder andere Gase in einem hermetisch abgedichteten Zwischenraum getrennt sind. Üblicherweise verwenden Hersteller von Doppelverglasungen ein Doppeldoppeldichtungssystem: Eine Primär- und eine Sekundärabdichtung.

B.3.4.3.1. Sachlich relevante Märkte

Herstellung von Isolierglasdichtstoffe (Sika)

136. Primärabdichtungen werden üblicherweise aus Butylkautschuk hergestellt. Sekundärabdichtungen bestehen hauptsächlich aus Polysulphiden („PS“), PU oder Silikon. Die Hauptfunktion der Primärabdichtung ist die Reduktion von Wasserdampf und Gasdurchlässigkeit im Bereich des Glasrandes. Die Hauptfunktion der Sekundärabdichtung ist die Verbindung der Glasscheiben und des Abstandhalters sowie die Verhinderung von starken Bewegungen aufgrund von Aussenwirkungen.

137. Es gibt keine publizierte Praxis der WEKO zur Definition des Produktmarkts im Hinblick auf IG-Dichtstoffe. Die Europäische Kommission hat in vergangenen Fällen offengelassen, ob Industriebaustoffe auch nach Anwendung und/oder basierend auf der Technologie weiter segmentiert werden könnten.⁴⁹ Im Hinblick auf die Silikonindustrie im Allgemeinen hat die Europäische Kommission auf Silikon basierende Dichtstoffe separat behandelt.⁵⁰

138. Die WEKO wird im Folgenden die Produktmärkte Butylprimärabdichtungen, PU basierende Sekundärabdichtstoffe und Sekundärabdichtstoffen aus Silikon für IG untersuchen.

Herstellung und Vertrieb von Isolierglas (Saint-Gobain)

139. In mehreren Entscheidungen hat die Europäische Kommission die Auffassung vertreten, dass die Produktion und die Lieferung von IG einem separaten Produktmarkt zuzuweisen sei.⁵¹ Die WEKO sieht keine Gründe für eine Abweichung von dieser Unterteilung, lässt aber die Marktdefinition offen.

B.3.4.3.2. Räumlich relevante Märkte

Herstellung von Isolierglasdichtstoffe (Sika)

140. In GE/Bayer hat die Europäische Kommission festgestellt, dass der engst mögliche räumlich relevante Markt für Silikondichtstoffe die EU sei.⁵²

141. Für die vorliegende Analyse untersucht die WEKO die voraussichtliche Stellung auf nationaler Ebene. Eine Analyse auf dieser Ebene wurde ebenfalls durch die Europäische Kommission durchgeführt.⁵³

Herstellung und Vertrieb von Isolierglas (Saint-Gobain)

142. In Fall C 12/05 (ex N 611/03) hat die Europäische Kommission festgehalten, dass der räumlich relevante Markt für verarbeitetes Glas für den Bausektor, einschliesslich Isolierelementen, EWR-weit sei.⁵⁴ Die WEKO erachtet diese Marktdefinition (EWR und Schweiz) als plausibel.

B.3.4.3.3. Voraussichtliche Stellung im Markt

143. Die Zusammenschlussparteien sind in den betroffenen Märkten wie folgt vertreten:

Tabelle 5: Marktanteile der Zusammenschlussparteien in den verschiedenen Bereichen der IG-Dichtstoffe (schweizweit) und Isolierglas (EWR und Schweiz) im Jahr 2014

	Saint-Gobain	Sika
Butylprimärabdichtungen	-	[0-10] %
PU basierende Sekundärabdichtstoffe	-	[0-10] %
Sekundärabdichtstoffen aus Silikon für IG	-	[10-20] %
Herstellung und Lieferung von IG-Elementen	<20 %	-

⁴⁹ Vgl. Case No COMP/M.4941 (2008), Rz 8 ff., *Henkel/Adhesives & Electronic Business*.

⁵⁰ Vgl. Case No COMP/M.4413 (2006), Rz 9, *Apollo Group/GE/Advanced Materials*; Case No COMP/M.4146 (2006), Rz 11 und 17, *GE/Bayer/OSi Europe Business*; Vgl. auch Case No COMP/M.1378 (2004), Rz 2 f. und Rz 34, *Hoechst/Rhône-Poulenc*.

⁵¹ Vgl. Case No IV/M.358 (1998), Rz. 21, *Pilkington-Techint/SIV*; Case No IV/M.1230 (1998), Rz 11 f., *Glaverbel/PPG*; Case No COMP/M.6557 (2012), Rz 18 f., *AGC Glass Europe/Interpane International Glass*.

⁵² Vgl. Case No IV/M.1162 (1998), Rz 14, *GE/Bayer*.

⁵³ Vgl. Case No M.7498 (2015), Rz 187, *Compagnie de Saint-Gobain/Sika*.

⁵⁴ Entscheidung der Kommission vom 20. Dezember 2006 über Staatliche Beihilfen C 12/05 (ex N 611/03), die Deutschland zugunsten der e-glass AG gewähren will (Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K (2006) 6587), ABl. L 267 vom 19.10.2007 S. 22 ff., Rz 96 und 100.

144. Aufgrund der geringen Marktanteile von Sika und Saint-Gobain im Bereich der IG Elementen hat die WEKO keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken in Bezug auf diese vertikale Struktur durch den Zusammenschluss.

B.3.4.4 Herstellung von chemischen Zusatzmitteln für Beton und Mörtel (Sika) und Vertrieb von chemischen Zusatzmitteln für Beton und Mörtel (Saint-Gobain und Sika)

145. Sika vertreibt chemische Zusatzmittel für Beton und Mörtel. Saint-Gobain veräussert chemische Betonzusatzmittel als Teil ihres Angebots an bauseitigem Mörtel. Saint-Gobain hat keine bedeutende Stellung in diesem Markt, weshalb eine Kundenverschliessung durch den Zusammenschluss unrealistisch ist (vgl. auch Rz 84). Im europäischen Markt für chemische Betonzusatzmittel

steht Sika im Wettbewerb mit mehreren grösseren Herstellern (z.B. BASF, Mapei, Grace). Es kann deshalb ebenfalls nicht davon ausgegangen werden, dass der allfällige Zusammenschluss zu einer Input Foreclosure führt.

C Ergebnis

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

B 2.3

2. Coop/Swisscom

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 14. Oktober 2015

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 14. Oktober 2015

A Sachverhalt

1. Am 14. September 2015 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die Coop Genossenschaft Schweiz und die Swisscom (Schweiz) AG, einen neuen Online-Marktplatz (nachfolgend: Marktplatz) inklusive der entsprechenden IT-Plattform zu entwickeln und zu betreiben. Der Marktplatz soll es dritten Händlern sowie den Parteien ermöglichen, beliebte Marken und Shops aus der Schweiz und aus dem Ausland auf einer E-Commerce Plattform anzubieten. Deshalb hat die Coop Genossenschaft Schweiz am 20. April 2015 die Eos Commerce AG (nachfolgend: **Eos**) gegründet. Die Parteien beabsichtigen, Eos gemeinsam zu kontrollieren, und haben vereinbart, dass die Swisscom (Schweiz) AG nach Vorliegen der Genehmigung durch die zuständigen Wettbewerbsbehörden 50 % des Aktienkapitals von Eos erwerben wird.

2. Die Coop Genossenschaft Schweiz ist eine 100-prozentige Tochtergesellschaft der Coop-Gruppe Genossenschaft (Coop-Gruppe Genossenschaft und ihre Gruppengesellschaften nachfolgend: **Coop**). Coop vertreibt in Supermärkten sowie in Filialen von Coop City, Coop Bau+Hobby, Interdiscount, Toptip, Import Parfümerie, CHRIST, Fust, Coop Vitality, The Body Shop und Coop Pronto Convenience-Shops Artikel aus dem Food und Non-Food Bereich. Daneben betreibt Coop Restaurants, Apotheken und Tankstellen. Im Produktionsbereich betreibt Coop verschiedene Unternehmen zur Verarbeitung von Fleisch (Bell), Getreide (Swissmill) und weiteren Produkten. Schliesslich ist Coop im Abhol- und Belieferungsgrosshandel tätig (Transgourmet Holding, Prodega/Growa, Howeg).

3. In den Bereichen, in welchen das Zusammenschlussvorhaben zu Überschneidungen der Aktivitäten der Zusammenschlussparteien führt, sind namentlich die Dipl. Ing. Fust AG (nachfolgend: Fust), deren Tochtergesellschaft RS Vertriebs AG, Interdiscount und Microspot tätig. Fust ist eine 100-prozentige Tochtergesellschaft der Coop Genossenschaft und vertreibt Apparate des täglichen Bedarfs, insbesondere in den Bereichen Elektrohaushaltsgeräte und Multimedia (Unterhaltungselektronik und Computer). Die RS Vertriebs AG bezweckt den Handel und Vertrieb von Waren aller Art

sowie die Erbringung von damit zusammenhängenden Dienstleistungen, prioritär unter Zuhilfenahme von elektronischen Plattformen (netto.ch und Schubiger-Online.ch). Die Elektronikhandelskette Interdiscount ist eine Division der Coop Genossenschaft. Microspot ist als Geschäftsbereich der Coop Genossenschaft Betreiberin des gleichnamigen Online-Shops microspot.ch für Unterhaltungs- und Heimelektronik. Schliesslich ist Coop im September 2005 in den Mobilfunkmarkt eingestiegen. Das Angebot von Coop trägt den Namen «Coop Mobile» und beschränkt sich auf das Kundensegment Privatkunden. Coop nutzt als sog. Service Provider oder Mobile Virtual Network Operator¹ die Netznutzungsrechte von Salt (ehemals Orange).

4. Die Swisscom (Schweiz) AG ist eine 100-prozentige Tochtergesellschaft der Swisscom AG (Swisscom AG und ihre Gruppengesellschaften nachfolgend: **Swisscom**). Swisscom ist als Telekommunikationsanbieterin in den Bereichen Festnetztelefonie, Mobiltelefonie, IT, Internet und TV tätig und betreibt in der ganzen Schweiz ein Mobilfunknetz sowie ein auf verschiedenen Technologien basierendes Festnetz. Zudem bietet Swisscom weitere telekommunikationsnahe Dienstleistungen an.

5. Das geplante Gemeinschaftsunternehmen Eos bezweckt die Erbringung von Dienstleistungen und den Handel mit Waren im Bereich des elektronischen Warenhandels. Eos wird Händlern und Konsumenten eine E-Commerce Plattform für das Anbieten und Kaufen von Produkten und Dienstleistungen zur Verfügung stellen. Das Geschäftsmodell gliedert sich grundsätzlich in die drei Teilbereiche Kommissionsmodell, Wiederverkaufsmodell und Dienstleistungsmodell (vgl. hierzu unten, Rz 10 ff.). Innerhalb dieser Teilbereiche wird Eos auf unterschiedliche Weise Umsätze generieren: Erstens mit Kommissionen aus dem Verkauf von Drittprodukten sowie Produkten von Coop (sämtliche Produkte, die über einen Online-Kanal verkauft werden können), zweitens mit dem Wiederverkauf von selbstbeschafften bzw. eigenen Produkten [...] und drittens mit dem Angebot von Dienstleistungen [...].

6. Laut den Parteien entsteht mit Eos ein neuer Marktteilnehmer, welcher im Bereich E-Commerce gegen die umsatzstärksten Onlineshops der Schweiz antrete. Eos ermögliche sowohl schweizerischen als auch ausländischen Online-Shops einen einfachen und effektiven Marktzugang. Die Bestellung soll für Kunden einfach und unkompliziert erfolgen, ohne aufwändigen Suchprozess oder behindert durch umständliche Lieferkonditionen und lange Lieferzeiten. Die Strategie des Zusammenschlussvorhabens zielt darauf ab, die Stärken der Swisscom (Zugang zu den KMUs und Geschäftskunden,

¹ Als Mobile Virtual Network Operator werden Anbieter von Mobilfunkdienstleistungen bezeichnet, die mithilfe von Mobilfunkinfrastrukturen ein eigenes «virtuelles» Netz betreiben.

Erfahrungen im Aufbau und Verkauf von digitalen Produkten sowie im Endkundenmarketing, insbesondere Big Data²) mit den Stärken von Coop (Einkauf, Produktsortiment, Verkaufsstellennetz und Logistik) zu vereinen.

7. Das Zusammenschlussvorhaben wurde am 19. Juni 2015 bei der Europäischen Kommission (nachfolgend: EU-Kommission) angemeldet. Diese hat das Zusammenschlussvorhaben am 14. Juli 2015 ohne Auflagen genehmigt.³

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

B.1.1 Unternehmen

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

B.1.2 Geschäftsmodell

10. Das Geschäftsmodell von Eos gliedert sich in die drei Teilbereiche Kommissionsmodell, Wiederverkaufsmodell und Dienstleistungsmodell, welche zwecks besserem Verständnis der geplanten Transaktion nachfolgend eingehend beschrieben werden.

Kommissionsmodell

11. Im Kommissionsmodell werden sowohl Produkte von Drittanbietern als auch sämtliche Produkte von Coop, die über einen Online-Kanal verkauft werden können, vertrieben. Laut Businessplan sollen im Zeitraum 2016–2020 durchschnittlich rund [...] % des Waren- und Dienstleistungswertes, der über die Plattform verkauft wird, im Kommissionsmodell erzielt werden, wobei rund [...] % mit Produkten von Coop und rund [...] % mit Produkten von Drittanbietern erzielt werden sollen. Der Anteil des Waren- und Dienstleistungswertes, den Drittanbieter über die Plattform verkaufen, ist erwartungsgemäss steigend und zwar von [...] % im Jahr 2016 auf [...] % im Jahr 2020. Es wird erwartet, dass Eos in der Zeitperiode 2016–2020 durchschnittlich rund [...] % des Gesamtumsatzes im Kommissionsmodell erzielt, wobei [...] % des Gesamtumsatzes auf Umsätze mit Drittanbietern zurückzuführen sein werden.

12. Hinsichtlich des Verkaufs von **Drittprodukten** entscheidet Eos, welches Angebot an Produktgruppen auf dem Marktplatz offeriert wird. Die Auswahl der Produkte, welche ein Drittanbieter im Kommissionsmodell über die Plattform anbietet, steht dem Anbieter grundsätzlich frei. Der Drittanbieter hat also auch die Möglichkeit, Produkte, die bereits durch andere Drittanbieter und/oder Gesellschaften der Coop-Gruppe angeboten werden, über die Plattform zu vertreiben. Eos behält sich jedoch vor, gewisse Produktgruppen vom Vertrieb über die Plattform

auszuschliessen, um insbesondere dem Jugendschutz Rechnung zu tragen oder das Einkaufserlebnis für den Nutzer so attraktiv wie möglich zu gestalten. Weiter steht es jedem Drittanbieter frei, seine Produkte und Dienstleistungen zusätzlich über andere Vertriebskanäle (online und/oder offline) zu vertreiben.

13. Der Drittanbieter entscheidet, welches Produkt er zu welchem Preis verkaufen möchte. Die Erfüllung des Kaufvertrages liegt in der Verantwortung von Käufer und Verkäufer. Eos stellt die Plattform zur Verfügung, übernimmt die Zahlungsabwicklung und greift bei Eskalationen schlichtend ein. Hierfür bezahlen die Verkäufer Eos eine Kommission in Höhe eines fixierten Prozentsatzes des über die Plattform erzielten Nettoumsatzes. Die Höhe der Kommission unterscheidet sich [...]. Die tatsächlich anwendbaren Kommissionen für Drittanbieter werden in Verhandlungen zwischen diesem Dritten und dem Management von Eos festgelegt.

14. Die **Produkte von Coop**, welche über die Plattform vertrieben werden, [...].

15. [...]

16. Aufgrund des nicht bezifferbaren Werts der Starthilfeleistungen von Coop bezahlen Coop und ihre Tochtergesellschaften in Abgeltung der von ihnen erbrachten Leistungen [...] keine [...]. Coop erbringt folgende Gegenleistungen für [...]:

- Logistik/Pick-up Stationen: [...].
- Printwerbung: [...].
- Einkauf und Category Management: [...].
- Anbieter-Onboarding: [...].

17. [...]

18. [...]

19. [...]. Ferner beabsichtigt Coop, sämtliche ihrer bestehenden Online-Shops weiter zu betreiben.

Wiederverkaufsmodell

20. Im Wiederverkaufsmodell werden Umsätze durch selbstbeschaffte bzw. eigene Produkte [...] generiert. [...] Laut Businessplan sollen im Zeitraum 2016–2020 durchschnittlich rund [...] % des Waren- und Dienstleistungswertes, der über die Plattform verkauft wird, im Wiederverkaufsmodell generiert werden, wobei rund [...] % [...]. Es wird erwartet, dass Eos in der Zeitperiode 2016–2020 durchschnittlich rund [...] % des Gesamtumsatzes im Wiederverkaufsmodell erzielt, wobei rund [...] % des Gesamtumsatzes auf Umsätze aus dem Verkauf selbstbeschaffter Produkte zurückzuführen sein werden.

² «Big Data» bezeichnet Datenmengen, die zu gross oder zu komplex sind oder sich zu schnell ändern, um sie mit klassischen Methoden der Datenverarbeitung auszuwerten. Quelle: <https://de.wikipedia.org/wiki/Big_Data> (1.10.2015).

³ KOMM, M.7657, 14.07.2015, *Coop Genossenschaft/Swisscom/Eos Commerce JV*.

21. Bei **selbstbeschafften Produkten und Dienstleistungen** tritt Eos gegenüber den Kunden als Verkäuferin auf. Eos ist in der Auswahl der Produkte, Dienstleistungen und Sortimente, in der Auswahl der Beschaffungsquellen sowie in der Vermarktung der Produkte und der Plattform grundsätzlich frei. [...]

22. [...]

23. [...]

24. [...]

Dienstleistungsmodell

25. Im Dienstleistungsmodell werden Dienstleistungen in den Bereichen Marketing (Werbepakete [...]) angeboten.

Laut Businessplan sollen im Zeitraum 2016–2010 rund [...] % des Umsatzes von Eos im Dienstleistungsmodell erzielt werden.

26. Die Werbepakete sollen im Rahmen der geltenden Gesetzgebung grundsätzlich allen Werbetreibenden offenstehen. Coop und Swisscom haben die Möglichkeit, die Werbeplattform zu denselben Konditionen wie Dritte zu nutzen.

27. [...]

28. Die nachfolgenden Tabellen 1 und 2 fassen das geplante Geschäftsmodell bezüglich der Leistungen der beiden Muttergesellschaften im Kommissionmodell und im Wiederverkaufsmodell zusammen.

Tabelle 1: Übersicht geplantes Geschäftsmodell – Coop

Modell	Umfang	Besonderheiten
Kommissionsmodell: [...]	[...]	[...]
Kommissionsmodell: [...]	[...]	[...]
Wiederverkaufsmodell	Derzeit nicht vorgesehen	

Quelle: Angaben der Parteien.

Tabelle 2: Übersicht geplantes Geschäftsmodell – Swisscom

Modell	Umfang	Besonderheiten
Kommissionsmodell: Wie bei einem Drittanbieter	Derzeit nicht vorgesehen	- [...] - [...] - im Kommissionsmodell übliche Preisfestsetzung durch Swisscom
Wiederverkaufsmodell	[...]	[...]

Quelle: Angaben der Parteien.

B.1.3 Unternehmenszusammenschluss

Geplante Transaktion

29. Eos wurde am 20. April 2015 durch Coop gegründet und im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Die Parteien beabsichtigen, Eos gemeinsam zu kontrollieren, und haben vereinbart, dass Swisscom nach Vorliegen der Genehmigung durch die zuständigen Wettbewerbsbehörden 50 % des Aktienkapitals von Eos erwerben wird. Die Parteien werden einen Joint-Venture-Vertrag (nachfolgend: JV-Vertrag) abschliessen, der die Organisation und den Betrieb von Eos im Einzelnen regeln wird. Deren wesentliche Eckpunkte wurden in einer Absichtserklärung vom 10. Juni 2015 (nachfolgend: Absichtserklärung) verbindlich festgelegt. Der JV-Vertrag wird für eine Dauer von zehn Jahren geschlossen, Eos wird auf unbestimmte Dauer gegründet.

Rechtliche Qualifikation

30. Gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG 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 Unterneh-

men oder Teile von solchen erlangen, als Unternehmenszusammenschluss.

31. Erlangen zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen, das sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, stellt dies 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 (sog. Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen; Art. 2 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [VKU; SR 251.4]).

32. Gründen zwei oder mehr Unternehmen ein Unternehmen, das sie gemeinsam kontrollieren wollen, so liegt ein Unternehmenszusammenschluss vor, wenn das Gemeinschaftsunternehmen die Funktionen nach Art. 2 Abs. 1 VKU erfüllt und in es Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfließen (Art. 2 Abs. 2 VKU).

33. Vorliegend stellt sich zunächst die Frage, ob die geplante Transaktion den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle über ein Unternehmen darstellt, das sie bisher

nicht gemeinsam kontrollierten (Art. 2 Abs. 1 VKU), oder ob es sich um eine Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens handelt (Art. 2 Abs. 2 VKU).

34. Gemäss der bisherigen Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden und der EU-Kommission kann ein Zusammenschluss, welcher in mehreren Schritten vollzogen werden soll, unter bestimmten Voraussetzungen als ein einheitlicher wirtschaftlicher Vorgang betrachtet werden.⁴ Massgeblich ist, ob die verschiedenen Transaktionen eine wirtschaftliche Einheit darstellen.⁵ Aus analogen Überlegungen wird die Gründung von Eos durch Coop und die geplante Beteiligung von Swisscom zu 50 % als wirtschaftliche Einheit betrachtet und die geplante Transaktion als Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens im Sinne von Art. 2 Abs. 2 VKU qualifiziert.

35. Somit ist nachfolgend zu prüfen, ob eine gemeinsame Kontrolle der Parteien vorliegt, ob das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (Vollfunktion) und ob Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen in das Gemeinschaftsunternehmen einfließen.

36. **Gemeinsame Kontrolle** im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG liegt 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.⁶

37. Gemäss Absichtserklärung soll Eos gemeinsam durch die Parteien kontrolliert werden. Coop und Swisscom werden nach der Transaktion je eine Kapitalbeteiligung von 50 % [...] halten. Der Verwaltungsrat wird [...] paritätisch zusammengesetzt sein, wobei der [...]. Auch die Geschäftsleitung wird aus Mitarbeitern der Parteien bestellt werden (Ziff. 6.3 Absichtserklärung). Keine der Parteien verfügt über eine ausschlaggebende Stimme. [...]. Daraus erhellt, dass die Parteien alle strategischen geschäftspolitischen Entscheidungen gemeinsam treffen müssen. Damit werden sie das Gemeinschaftsunternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG gemeinsam kontrollieren.

38. Sodann erfüllt das geplante Gemeinschaftsunternehmen alle Voraussetzungen⁷, um als **Vollfunktionsunternehmen** qualifiziert zu werden: Eos wird als Gemeinschaftsunternehmen in der Form einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit mit eigener Marktpräsenz als unabhängiger Anbieter und Nachfrager auftreten. Weiter ist das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer ausgelegt und verfügt über die zu seinem Geschäftsbetrieb notwendigen Ressourcen (Management, Personal, Aktiven, Know-how etc.).

39. Schliesslich sind die Voraussetzungen für die **Übertragung von Geschäftstätigkeiten** gemäss Art. 2 Abs. 2 VKU erfüllt, denn Coop und Swisscom bringen Kapital (die finanziellen Mittel der Gesellschaft werden in der Anfangsphase durch Aktionärsdarlehen sichergestellt), Know-how (in den Bereichen Logistik, Einkauf, Marketing) und Personal (Mitglieder des Verwaltungsrates

sowie der Geschäftsleitung) in das Gemeinschaftsunternehmen ein. [...].

40. Im **Ergebnis** ist festzuhalten, dass das geplante Gemeinschaftsunternehmen als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 VKU zu qualifizieren ist.

B.2 Meldepflicht

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

42. Bei der Erlangung der Kontrolle gelten sowohl die kontrollierenden als auch die kontrollierten Unternehmen als beteiligte Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU). Beim Erwerb der gemeinsamen Kontrolle über ein neu gegründetes Gemeinschaftsunternehmen gelten die Unternehmen, welche neu die gemeinsame Kontrolle ausüben, als beteiligte Unternehmen. Kein beteiligtes Unternehmen ist das neu zu gründende Gemeinschaftsunternehmen Eos.⁸

43. Die Tabelle 3 zeigt auf, dass die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG in casu erreicht sind. Somit ist das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.

⁴ Mitteilung des Sekretariats der Wettbewerbskommission: Praxis zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen vom 25.3.2009 (Version 3 vom 19.9.2014), Rz 5 f., abrufbar unter <<http://www.weko.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=de>> (1.10.2015).

⁵ RPW 2004/2, 533 Rz 33, *Berner Zeitung AG/20 Minuten (Schweiz) AG*; MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 3 KG N 446 ff. m.w.H.

⁶ RPW 2013/4, 663 f. Rz 17, *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*.

⁷ RPW 2013/4, 664 Rz 21, *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*.

⁸ MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 9 KG N 46; Berichtigung der Konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 43 vom 21.2.2009 S. 10, Rz 139.

Tabelle 3: Weltweite und nationale Umsätze der beteiligten Unternehmen im Jahr 2014

	Weltweite Umsätze [in CHF]	Nationale Umsätze [in CHF]
Coop	27'163 Mio.	19'821 Mio.
Swisscom	11'703 Mio.	9'586 Mio.
Total	38'866 Mio.	29'407 Mio.

Quelle: Angaben der Parteien.

B.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

44. 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).

45. 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.3.1 Relevante Märkte

46. Die beteiligten Unternehmen bieten beide je eine Vielzahl von Produkten an und sind dementsprechend in zahlreichen Bereichen tätig, wobei das Angebotsspektrum weitgehend komplementär ist (vgl. oben, Rz 3). Aufgrund der überwiegend komplementären Aktivitäten der Muttergesellschaften ergeben sich Überschneidungen lediglich in einem Teil des Bereichs Telekommunikation sowie einem Teil des Bereichs Elektrogeräte. So bieten beide Parteien Mobiltelefone, Festnetzgeräte, Tablets sowie Zubehör an. Zudem sind beide Parteien im Mobilfunksektor tätig. In diesen Bereichen werden beide Parteien ihre Produkte auch nach der geplanten Transaktion weiterhin eigenständig betreiben und die eigenen Vertriebskanäle und Plattformen weiterhin nutzen. Nachfolgend werden lediglich diejenigen Märkte abgegrenzt in welchen das Zusammenschlussvorhaben zu einer Veränderung der Wettbewerbssituation führen kann.

B.3.1.1 Sachlich relevante Märkte

47. 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).

Markt für E-Commerce Plattformen?

48. Eos bezweckt die Erbringung von Dienstleistungen und den Handel mit Waren im Bereich des elektronischen Warenhandels. Die WEKO hat sich in ihrer bisherigen Praxis noch nicht mit der Frage beschäftigt, ob es allenfalls einen sachlich relevanten Markt für E-

Commerce Plattformen gibt, auf denen Produkte und Dienstleistungen angeboten werden können, und ob ein solcher Markt allenfalls nach Produktgruppen zu unterscheiden wäre. Vorliegend kann offen bleiben, ob bzw. wie ein solcher Markt für E-Commerce Plattformen abzugrenzen wäre. Die Parteien werden mit dem Gemeinschaftsunternehmen Eos erst neu auf einen solchen allfälligen Markt eintreten und dadurch das Wettbewerbsgeschehen potenziell beleben. Zudem werden die einzelnen Produktmärkte, auf welchen die Parteien gemeinsam tätig sind, nachfolgend gesondert ausgewiesen. Aus diesem Grund werden im Folgenden keine weiteren Ausführungen zum hypothetischen Markt für E-Commerce Plattformen gemacht.

Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen (Endkundenmarkt)

49. Die WEKO unterscheidet bei Mobilfunkdienstleistungen die Wholesale- und die Retail-Ebene.⁹ Die von Coop vermittelten Mobilfunkabonnemente betreffen die Retail-Ebene. Nur dieser Bereich wird vorliegend betrachtet.

50. Im Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen fragen Endkunden Kommunikationsmittel nach, welche ihnen ermöglichen, über ein Mobilfunknetz mit einer anderen Person in Verbindung zu treten oder im Internet zu surfen.¹⁰ Die Marktgegenseite der Endkunden besteht aus a) Mobilfunkanbietern, welche die zur Kommunikation notwendige Infrastruktur aufbauen und unterhalten oder b) Weiterverkäufern von SIM-Karten oder aus Mobile Virtual Network Operators¹¹, die ihre Leistungen an Endkunden auf der Grundlage der Leistungen der Mobilfunkanbieter erbringen.¹²

Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen

51. Um ihren Kunden Mobilfunkabonnemente (häufig inklusive eines vom Anbieter von Mobilfunkdienstleistungen subventionierten Mobilfunkgeräts) zu verkaufen, benötigen die Mobilfunkanbieter Absatzkanäle. Diese

⁹ RPW 2010/4, 779 Rz 57, CVC Capital Partners SICAV-FIS SA/Sunrise Communications AG; RPW 2008/2, 345 Rz 47, Swisscom AG/The Phone House AG.

¹⁰ RPW 2010/4, 779 f. Rz 58, CVC Capital Partners SICAV-FIS SA/Sunrise Communications AG.

¹¹ Zum Begriff vgl. Fn 1.

¹² RPW 2010/4, 780 Rz 59, CVC Capital Partners SICAV-FIS SA/Sunrise Communications AG; RPW 2008/2, 345 Rz 49, Swisscom AG/The Phone House AG.

finden sie in Form ihrer eigenen Verkaufsstellen oder in Form von Verkaufsstellen Dritter.¹³ Vermittelt ein Verkäufer in einer solchen Verkaufsstelle ein Abonnement eines bestimmten Mobilfunkbieters, so bezahlt dieser dem vermittelnden Unternehmen eine Provision.

52. Laut Praxis der WEKO gilt es bei den Verkaufsstellen zwischen dem Verkaufskanal «Street Channel» und dem Verkaufskanal «Direct Channel» zu unterscheiden. Zum «Street Channel» gehören stationäre Verkaufsstellen, in welchen ausgebildetes Personal berät und die sich an stark frequentierten, meist urbanen Standorten befinden. Zum «Direct Channel» gehört hauptsächlich das Internet, das Telefonmarketing und Vertragsabschlüsse per Post oder durch Direktabschlüsse auf der Strasse.¹⁴

Bereich Elektrogeräte

53. Laut Praxis der WEKO kann der Bereich Elektrogeräte in vier Teilmärkte unterteilt werden, in welchen weiter nach Produktgruppen unterschieden werden kann:¹⁵

- Weisswaren (Gross- und Kleinhaushaltsgeräte)
- Braunwaren (Audio, Vision und Foto)
- Grauwaren (PC-Hardware, PC-Software, Spiele und Kommunikation)
- CDs/DVDs

54. Swisscom ist auf den Märkten Gross- und Kleinhaushaltsgeräte nicht tätig, weshalb vorliegend lediglich die übrigen Produktgruppen betrachtet werden. Betreffend den übrigen Produktgruppen hat die WEKO die genaue Marktabgrenzung – mit Ausnahme des Marktes für den Vertrieb von Mobilfunkgeräten (vgl. unten, Rz 56) – bis anhin offen gelassen.¹⁶

55. Vorliegend werden Mobilfunkgeräte und Festnetzgeräte, welche innerhalb des Teilmarkts «Grauwaren» zur Produktgruppe «Kommunikation» gehören, genauer betrachtet, da sich die Tätigkeiten der Parteien in diesen Bereichen überschneiden. Dabei kann die Frage, ob Festnetzgeräte einen eigenständigen Markt darstellen oder zur Produktgruppe «Kommunikation» gehören, mangels Einfluss auf das Ergebnis der Zusammenschlussprüfung offen gelassen werden.

56. Innerhalb der Produktgruppe «Kommunikation» stellt der Markt für den Vertrieb von Mobilfunkgeräten laut Praxis der WEKO indes einen eigenständigen Markt dar, der weiter zu unterteilen ist in die beiden Vertriebskanäle «Street Channel» (stationärer Handel) und «Direct Channel» (v.a. Online-Handel).¹⁷ Dies aus folgenden Überlegungen: Mobilfunkgeräte dienen hauptsächlich der Kommunikation zwischen Personen und zur Nutzung des Internets.¹⁸ Die Hauptfunktion «Kommunikation» ist dabei davon abhängig, dass komplementär zum Gerät die Möglichkeit besteht, Daten zum Empfänger zu transportieren. Deshalb sind die Anbieter von Mobilfunkgeräten auf Mobilfunkanbieter angewiesen und umgekehrt.¹⁹ Sodann werden Mobilfunkgeräte heute sowohl von Ferndienstanbietern (meist mit einem Mobilfunkvertrag zusammen) als auch von Elektronikfachgeschäften (mit oder ohne Mobilfunkvertrag) verkauft. Auf der Nachfrageseite steht ein Mobilfunknutzer, der über das Mobilfunknetz eines Ferndienstanbieters mit einer anderen

Person kommunizieren möchte.²⁰ Dementsprechend unterscheidet die WEKO wie beim Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen auch im Markt für den Vertrieb von Mobilfunkgeräten zwischen den beiden Verkaufskanälen «Street Channel» und «Direct Channel» (vgl. oben, Rz 52). Aufgrund der komplementären Beziehung von Mobilfunkgeräten und Mobilfunkdienstleistungen sind auf beiden Märkten auch grundsätzlich dieselben Unternehmen tätig.²¹

57. Bei den übrigen Produktgruppen im Bereich der Elektrogeräte erachtete die WEKO in ihrer bisherigen Praxis eine sachlich relevante Abgrenzung nach Absatzkanälen (Vollsortimentanbieter, Spezialgeschäfte und Fachhandel) grundsätzlich als nicht gegeben; ob der Online-Handel als zu den jeweiligen sachlich relevanten Märkten zugehörig zu beurteilen ist, wurde offengelassen.²² Vorliegend kann die Frage für die übrigen Produktgruppen im Bereich der Elektrogeräte mangels Einfluss auf das Resultat der Zusammenschlussprüfung ebenfalls offen gelassen werden. Beim Markt für den Vertrieb von Mobilfunkgeräten wird dahingegen wie bis anhin zwischen den beiden Verkaufskanälen «Street Channel» und «Direct Channel» unterschieden.

B.3.1.2 Räumlich relevante Märkte

58. 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).

Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen (Endkundenmarkt)

59. Die von der Kommunikationskommission (ComCom) vergebenen Konzessionen haben für das Gebiet der Schweiz Gültigkeit. Die Marktgegenseite (Nachfrager von Mobilfunkabonnements) fragt in der Regel Mobilfunkdienstleistungen in der Schweiz nach. Der Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen ist folglich national abzugrenzen.²³

¹³ RPW 2014/3, 527 Rz 105, *Swisscom (Schweiz) AG/Publigroupe SA*; RPW 2013/2, 239 Rz 53, *Swisscom (Schweiz) AG/Telecom Liechtenstein AG*; RPW 2010/4, 779 Rz 49, *CVC Capital Partners SICAV-FIS SA/Sunrise Communications AG*.

¹⁴ RPW 2014/3, 527 Rz 106, *Swisscom (Schweiz) AG/Publigroupe SA*; RPW 2013/2, 239 f. Rz 54, *Swisscom (Schweiz) AG/Telecom Liechtenstein AG*; RPW 2010/4, 779 Rz 50 f., *CVC Capital Partners SICAV-FIS SA/Sunrise Communications AG*; RPW 2008/2, 343 f. Rz 27 ff., *Swisscom AG/The Phone House AG*.

¹⁵ RPW 2008/3, 481 Rz 72 ff., *Coop/Fust*.

¹⁶ RPW 2008/3, 483 Rz 96 ff., *Coop/Fust*.

¹⁷ RPW 2014/3, 527 Rz 109, *Swisscom (Schweiz) AG/Publigroupe SA*; RPW 2010/4, 779 Rz 53 ff., *CVC Capital Partners SICAV-FIS SA/Sunrise Communications AG*; RPW 2008/2, 344 f. Rz 42 ff., *Swisscom AG/The Phone House AG*.

¹⁸ RPW 2014/3, 527 Rz 109, *Swisscom (Schweiz) AG/Publigroupe SA*.

¹⁹ RPW 2008/2, 344 f. Rz 44, *Swisscom AG/The Phone House AG*.

²⁰ RPW 2014/3, 527 Rz 109, *Swisscom (Schweiz) AG/Publigroupe SA*.

²¹ RPW 2010/4, 779 Rz 54, *CVC Capital Partners SICAV-FIS SA/Sunrise Communications AG*; RPW 2008/2, 345 Rz 46, *Swisscom AG/The Phone House AG*.

²² RPW 2014/3, 546 Rz 14, *Droege International Group AG/Verlagsgruppe Weltbild GmbH i.L.*; RPW 2012/4, 851 Rz 59, *Mi-gros/Galaxus*; RPW 2008/2 484 f. Rz 101 ff., *Coop/Fust*.

²³ RPW 2010/4, 780 Rz 62, *CVC Capital Partners SICAV-FIS SA/Sunrise Communications AG*.

Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen

60. Da Anbieter von Mobilfunkdienstleistungen ihre Angebote schweizweit verkaufen, ist in räumlicher Hinsicht gemäss Praxis der WEKO von einem schweizweiten Markt auszugehen.²⁴

Bereich Elektrogeräte

61. Im Bereich der Elektrogeräte ging die WEKO in ihrer bisherigen Praxis einerseits von einem Wettbewerb auf der lokalen Ebene zwischen den jeweiligen Verkaufspunkten und andererseits einem Wettbewerb auf der nationalen Ebene zwischen den Detailhandelsketten aus.²⁵ Obwohl der relevante Markt für den stationären Handel aus Sicht der Nachfrager lokal ist, wird vorliegend wie bereits im Fall *Migros/Galaxus* aus den nachfolgenden Gründen lediglich die nationale Ebene betrachtet: Einerseits sind die grössten stationären Anbieter (Fust, Interdiscount, Media Saturn, Manor und m-electronics) gesamtschweizerisch tätig. Wichtige Entscheide wie Preis- und Aktionspolitik werden von diesen Anbietern (ausser der Media-Saturn-Gruppe) zentral gefasst und koordiniert.²⁶ Darüber hinaus sind Internetanbieter von Elektrogeräten mindestens schweizweit tätig. Im Entscheid *Migros/Galaxus* hat die WEKO denn auch festgehalten, dass bei Fernabsatzmärkten über das Internet zumindest von einem nationalen geographischen Markt ausgegangen werden kann.²⁷

62. Betreffend den Markt für den Vertrieb von Mobilfunkgeräten hat die WEKO festgehalten, dass sich der räumlich relevante Markt mindestens auf die Schweiz erstreckt, da es sich bei den Produzenten von Mobilfunkgeräten um grosse, multinationale Unternehmen handelt, die ihre Produkte weltweit vertreiben. Eine definitive räumliche Marktangrenzung wurde mangels Einfluss auf das Ergebnis der Zusammenschlussprüfung offen gelassen.²⁸

B.3.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

63. 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.

64. Vorliegend sind mehrere Märkte betroffen, auf denen entweder Coop oder Swisscom mit einem Marktanteil von über 30 % tätig ist. Die Parteien haben Bestätigungen abgegeben, dass die in Ziff. IV der Mitteilung des Sekretariats der Wettbewerbskommission zur neuen Praxis bei Zusammenschlussverfahren²⁹ genannten Kriterien nicht erfüllt sind. Vor diesem Hintergrund wurden diese Märkte vorliegend nicht abgegrenzt und werden hier auch nicht diskutiert (vgl. oben, Rz 46).

65. Das Gemeinschaftsunternehmen hatte im Jahr 2014 naturgemäss noch keine Marktanteile. Mit Eos entsteht

im Bereich E-Commerce ein neuer Online-Absatzkanal. Gemäss der Marktstudie E-Commerce-Markt Österreich/Schweiz 2014 des EHI Retail Institute waren digitec.ch, amazon.de, nespresso.com, zalando.ch, leshop.ch, brack.ch, coopathome.ch, microspot.ch, net-toshop.ch und deideal.ch im Jahr 2014 die zehn umsatzstärksten Online-Shops der Schweiz.³⁰ Laut der Studie Detailhandel Schweiz 2015 wächst der Online-Handel seit Jahren sowohl relativ als auch absolut zu Lasten des stationären Handels. So habe der Schweizer Online- und Versandhandel im Jahr 2014 rund 7 % mehr Umsatz erzielt. Konsumentinnen und Konsumenten würden die globale Transparenz und das riesige Angebot immer intensiver nutzen und würden auch gerne online im Ausland einkaufen.³¹ Eos soll in diesem Wettbewerb als zusätzlicher Vertriebskanal und Wettbewerber mit umfassendem Produkteangebot auftreten.

66. Die Parteien werden ihre Produkte auch nach der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens weiterhin eigenständig vertreiben und die eigenen Vertriebskanäle und Plattformen weiterhin nutzen. Somit verändert sich die Marktstruktur durch das Zusammenschlussvorhaben – auch auf den Märkten, auf welchen beide Muttergesellschaften tätig sind – lediglich insofern, als dadurch ein neuer Online-Absatzkanal entsteht, welcher sich prokompetitiv auswirken könnte. Insofern führt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen Anhaltspunkten, dass dadurch eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt werden könnte.

67. Der Vollständigkeit halber soll an dieser Stelle jedoch zusätzlich auf das Argument der Parteien eingegangen werden, wonach das vorliegende Zusammenschlussvorhabens nicht zu **kooperativen Effekten** zwischen den Muttergesellschaften führt. Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass die schweizerische Zusammenschlusskontrolle nicht verlangt, dass es zu keiner Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens zwischen den Gründerunternehmen kommt. Eine allfällige Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens zwischen den Gründerunternehmen wird nach Art. 5 KG beurteilt.³²

68. **Kooperative Wirkungen** eines Gemeinschaftsunternehmens sind dann denkbar, wenn zwei oder mehrere Muttergesellschaften in nennenswertem Umfang weiter auf demselben Markt wie das Gemeinschaftsunternehmen, auf einem diesem vor- oder nachgelagerten

²⁴ RPW 2014/3, 527 Rz 108, *Swisscom (Schweiz) AG/Publigroupe SA*.

²⁵ RPW 2014/3, 547 Rz 15, *Droege International Group AG/Verlagsgruppe Weltbild GmbH i.l.*; RPW 2012/4, 852 Rz 63, *Migros/Galaxus*; RPW 2008/3, 485 ff. Rz 120 ff., *Coop/Fust*.

²⁶ RPW 2012/4, 852 Rz 66, *Migros/Galaxus*.

²⁷ RPW 2012/4, 852 Rz 65, *Migros/Galaxus*.

²⁸ RPW 2014/3, 527 Rz 110, *Swisscom (Schweiz) AG/Publigroupe SA*; RPW 2008/2, 345 Rz 56 f., *Swisscom AG/The Phone House AG*.

²⁹ Mitteilung des Sekretariats der Wettbewerbskommission (Fn 4), Rz 9 f.

³⁰ Marktstudie E-Commerce-Markt Österreich/Schweiz 2014, EHI Retail Institute (Hrsg.), 8.

³¹ GfK Switzerland AG, *Detailhandel Schweiz 2015*, 381.

³² RPW 2000/2, 248 Rz 80 f., *Rätia Energie AG*; MANI REINERT, in: *Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert* (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 3 KG N 221 f.

Markt oder auf einem eng verbundenen benachbarten Markt tätig sind. Es könnte dann das Risiko bestehen, dass diese Muttergesellschaften ihr Verhalten koordinieren.³³

69. Die nachfolgende Tabelle 4 gibt eine Übersicht der Marktanteile der Parteien im Jahr 2014 in den Bereichen, in welchen sich ihre Tätigkeiten überschneiden.

Tabelle 4: Marktanteile der Parteien im Jahr 2014

Produktmarkt/Produktgruppe	Kanal	Marktanteil Swisscom	Marktanteil Coop
Mobilfunkdienstleistungen (Endkundenmarkt)*		[50-60] %	[0-10] %
Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen**	Street	[30-40] %	[0-10] %
	Direct	[50-60] %	[0-10] %
Audio	Stationär	[20-30] %	[10-20] %
	Online	[0-10] %	[0-10] %
	Total	[10-20] %	[10-20] %
Kommunikation	Stationär	n.a.	n.a.
	Online	n.a.	n.a.
	Total	[50-60] %	[10-20] %
Mobilfunkgeräte	Street	[30-40] %	[10-20] %
	Direct	[40-50] %	[10-20] %
	Total	[30-40] %	[10-20] %
Festnetzgeräte	Stationär	[30-40] %	[30-40] %
	Online	n.a.	[0-10] %
	Total	[30-40] %	[20-30] %

*Für diesen Markt sind nur Schätzungen für das Jahr 2013 vorhanden.

**Schätzungen des Sekretariats der WEKO basierend auf Angaben der Parteien.

Berechnungsbasis: Mobilfunkdienstleistungen (Endkundenmarkt): Anzahl Kunden (mit oder ohne Kundenverträge) des jeweiligen Anbieters im Verhältnis zur Gesamtzahl an Nutzern (mit oder ohne Kundenverträge); Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen: Verkaufte Mobilfunkabonnemente pro Anbieter im Verhältnis zur Gesamtzahl verkaufter Abonnemente; Elektrogeräte/Audio/Kommunikation/Festnetzgeräte: Verhältnis der Nettoumsätze und dem Gesamtmarktvolumen; Mobilfunkgeräte: Anzahl verkaufter Geräte unabhängig davon, ob in Kombination mit einem beliebigen Abonnement eines beliebigen Anbieters, mit Prepaid-Karte oder nur als Gerät, im Verhältnis zur Gesamtzahl verkaufter Geräte.

Quelle: Angaben der Parteien basierend auf Fernmeldestatistik 2013 (Mobilfunkdienstleistungen, Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen), Retailpanel Switzerland (Home Electronics) der GfK Switzerland AG (Audio, Kommunikation, Mobilfunkgeräte, Festnetzgeräte).

70. Tabelle 4 zeigt auf, dass die Parteien in den ausgewiesenen Märkten und Produktgruppen grundsätzlich über nennenswerte Marktanteile verfügen, die eine Verhaltenskoordinierung attraktiv machen können.³⁴ In diesem Zusammenhang ist von massgebender Bedeutung, ob das Risiko besteht, dass durch die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens zwischen den Parteien kommerziell sensitive Informationen ausgetauscht werden.³⁵

71. [...]

72. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass mit der geplanten Gründung von Eos ein neuer Wettbewerber im Bereich der E-Commerce Plattformen entsteht. Insofern führt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen Anhaltspunkten, dass dadurch eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt werden könnte. Eine allfällige Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens zwischen den Gründerunternehmen wird nach Art. 5 KG beurteilt. Dies betrifft insbesondere einen allfälligen Aus-

tausch sensibler Informationen zwischen den Muttergesellschaften.

³³ Vgl. Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. L 24 vom 29.1.2004 S.1, Art. 2 Abs. 4 und 5; Durchführungsverordnung (EU) Nr. 1269/2013 der Kommission vom 5. Dezember 2013, ABl. L 336 vom 14.12.2013 S. 1, Anhang 1, Abschnitt 10.

³⁴ Zur Prüfung der Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens siehe TORSTEN KÖRBER, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht Band 1. EU / Teil 2, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 5. Aufl., München 2012, Art. 2 FKVO N 621 ff., insb. 633 ff.

³⁵ Vgl. hierzu RPW 2011/4, 529, ASCOPA; KÖRBER (Fn 34), Art. 2 FKVO N 621 ff., insb. 634.

B.3.3 Nebenabreden

Vorbemerkungen

73. Die Parteien beantragen in ihrer Meldung die Prüfung von Nebenabreden.³⁶ Als Nebenabrede gelten Abreden, welche die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen. Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit keine Nebenabreden in diesem Sinne darstellen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Entscheid der WEKO. Sie unterliegen gegebenenfalls einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.³⁷

74. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die WEKO ihre Praxis zu Wettbewerbsverboten grundsätzlich an die Bekanntmachung der EU-Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind³⁸, angelehnt.³⁹ Wettbewerbsabreden können gemäss Praxis der WEKO und der EU-Kommission nur dann als „mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden“ angesehen werden, wenn sie mit dem Zusammenschluss selbst eng verbunden sind. Es reicht nicht aus, dass eine Vereinbarung im gleichen Zusammenhang oder zum gleichen Zeitpunkt wie der Zusammenschluss zustande gekommen ist. Einschränkungen, die mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden sind, sollen einen reibungslosen Übergang zur neuen Unternehmensstruktur nach dem Zusammenschluss gewährleisten.⁴⁰

75. Das Kriterium der Notwendigkeit bedeutet, dass ohne fragliche Abrede der Zusammenschluss entweder überhaupt nicht oder nur unter deutlich ungewissen Voraussetzungen, zu wesentlich höheren Kosten, über einen spürbar längeren Zeitraum oder mit erheblich geringeren Erfolgsaussichten durchgeführt werden könnte. Bei der Klärung der Frage, ob eine Einschränkung notwendig ist, muss nicht nur die Art der Einschränkung berücksichtigt werden, sondern zugleich sichergestellt werden, dass die Einschränkung hinsichtlich ihrer Geltungsdauer sowie ihres sachlichen und räumlichen Geltungsbereichs nicht über das hinausgeht, was für die Durchführung des Zusammenschlusses wirklich erforderlich ist. Gibt es Alternativen, mit denen sich das legitime Ziel genauso wirksam erreichen lässt, so sind die Unternehmen gehalten, sich für die Lösung zu entscheiden, die den Wettbewerb objektiv gesehen am wenigsten einschränkt.⁴¹

76. Die von den Parteien gemeldeten Nebenabreden umfassen drei Wettbewerbsverbote [...]:

- Wettbewerbsverbot während der Dauer des Gemeinschaftsunternehmens: [...].
- Wettbewerbsverbot nach Auflösung des Gemeinschaftsunternehmens: [...].
- Beschränktes Wettbewerbsverbot zulasten von Eos: [...].
- [...].

Wettbewerbsverbot während der Dauer des Gemeinschaftsunternehmens

77. Wettbewerbsverbote im Verhältnis der Gründerunternehmen zu einem Gemeinschaftsunternehmen können als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig angesehen werden, wenn sich diese Verpflichtungen auf die Waren, Dienstleistungen und Gebiete beziehen, die in der betreffenden Gründungsvereinbarung oder in der Satzung vorgesehen sind.⁴² In sachlicher Hinsicht sind Wettbewerbsverbote auf Waren oder Dienstleistungen zu beschränken, die den Geschäftsgegenstand des Gemeinschaftsunternehmens bilden.⁴³ Der räumliche Geltungsbereich von Wettbewerbsverboten muss sich auf das Gebiet beschränken, in dem die Gründer die betreffenden Waren oder Dienstleistungen vor der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens abgesetzt bzw. erbracht haben.⁴⁴ Zeitlich können zwischen den Gründerunternehmen und einem Gemeinschaftsunternehmen bestehende Wettbewerbsverbote so lange als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig angesehen werden, wie das Gemeinschaftsunternehmen besteht.⁴⁵

78. Das Wettbewerbsverbot während der Dauer des Gemeinschaftsunternehmens (vgl. oben, Rz 76, erster Punkt) erfüllt die genannten Voraussetzungen, um als Nebenabrede qualifiziert zu werden: Das Wettbewerbsverbot steht laut Parteien in unmittelbarem Zusammenhang mit der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens und ist entsprechend auch Teil der Absichtserklärung. Laut Parteien ist das Wettbewerbsverbot notwendig, damit das Gemeinschaftsunternehmen den vollen Wert der Synergien ausschöpfen kann. [...].

Wettbewerbsverbot nach Auflösung des Gemeinschaftsunternehmens

79. Wettbewerbsverbote zulasten des Verkäufers nach Übertragung eines Unternehmens stellen sicher, dass der Erwerber den vollständigen Wert des übertragenen Vermögens erhält, zu dem in der Regel sowohl materielle als auch immaterielle Werte wie der Geschäftswert

³⁶ Nebenabreden werden nicht von Amtes wegen geprüft (siehe dazu Ziff. II. 7 des Merkblatts und Meldeformulars „Meldung eines Zusammenschlussvorhabens“ vom 21.10.2014 (BBl 2014 8321), abrufbar unter: www.weko.admin.ch > Dienstleistungen > Meldeformulare; siehe auch RPW 2012/1, 116 Rz 35, *Tamedia/Bilan/Tribune des Arts*).

³⁷ RPW 2014/1, 312 Rz 44, *Debrunner Koenig Holding/BST Holding*.

³⁸ Bekanntmachung der EU-Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. C 56 vom 5.3.2005 S. 24 (nachfolgend: EU-Bekanntmachung).

³⁹ RPW 2014/1, 312 f. Rz 45, *Debrunner Koenig Holding/BST Holding*.

⁴⁰ EU-Bekanntmachung (Fn 38), Rz 12; RPW 2015/1, 122 Rz 119, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*; RPW 2014/1, 301 Rz 57, *Tamedia AG/Unternehmensteil B2C der Ticketportal AG*.

⁴¹ EU-Bekanntmachung (Fn 38), Rz 13; RPW 2015/1, 122 Rz 120, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*; RPW 2014/1, 301 Rz 57; RPW 2014/1, 301 Rz 58, *Tamedia AG/Unternehmensteil B2C der Ticketportal AG*.

⁴² EU-Bekanntmachung (Fn 38), Rz 36.

⁴³ EU-Bekanntmachung (Fn 38), Rz 38.

⁴⁴ EU-Bekanntmachung (Fn 38), Rz 37.

⁴⁵ EU-Bekanntmachung (Fn 38), Rz 36.

des Unternehmens oder das Know-how des Veräusserers zählen. Derartige Verbote sind nicht nur mit dem Zusammenschluss unmittelbar verbunden, sondern auch für dessen Durchführung notwendig, da ohne sie damit zu rechnen wäre, dass die Veräusserung des Unternehmens bzw. Unternehmensteils nicht vollzogen werden kann.⁴⁶

80. Wettbewerbsverbote dieser Art sind jedoch nur dann durch das rechtmässige Ziel, den Zusammenschluss durchzuführen, gerechtfertigt, wenn sie im Hinblick auf ihre Geltungsdauer, ihren räumlichen und sachlichen Geltungsbereich sowie die betroffenen Personen nicht über das zur Erreichung dieses Ziels erforderliche Mass hinausgehen.⁴⁷ Zeitlich sind Wettbewerbsverbote bis zu drei Jahren gerechtfertigt, wenn mit dem Unternehmen sowohl der Geschäftswert als auch das Know-how übertragen werden.⁴⁸ In räumlicher Hinsicht muss sich das Wettbewerbsverbot auf das Gebiet beschränken, in dem der Veräusserer die betreffenden Waren oder Dienstleistungen bereits vor der Unternehmensübertragung angeboten hat, da der Erwerber in Gebieten, in denen der Veräusserer zuvor nicht präsent war, nicht geschützt werden muss.⁴⁹ Sachlich hat sich das Wettbewerbsverbot auf Produkte – einschliesslich verbesserter oder aktualisierter Versionen sowie Nachfolgemodelle – und Dienstleistungen zu beschränken, die den Geschäftsgegenstand des übertragenen Unternehmens bilden.⁵⁰ Klauseln, die das Recht des Veräusserers einschränken, Anteile an einem Unternehmen zu erwerben oder zu halten, das mit dem übertragenen Unternehmen im Wettbewerb steht, gelten unter denselben Bedingungen als mit der Durchführung des Zusammenschlusses verbunden und für diese notwendig, es sei denn, sie hindern den Veräusserer daran, Anteile allein zu Investitionszwecken zu erwerben oder zu halten, ohne dass damit direkt oder indirekt Leistungsfunktionen oder ein materieller Einfluss im Konkurrenzunternehmen verbunden sind.⁵¹

81. Das Wettbewerbsverbot nach Auflösung des Gemeinschaftsunternehmens (vgl. oben, Rz 76, zweiter Punkt) erfüllt die genannten Voraussetzungen, um als Nebenabrede qualifiziert zu werden: Das Wettbewerbsverbot steht laut Parteien in unmittelbarem Zusammenhang mit der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens und ist entsprechend Teil der Absichtserklärung. Es ist laut Parteien notwendig, damit der Partner, welcher das Gemeinschaftsunternehmen übernimmt, den vollen Wert des Marktplatzes übernehmen kann. [...].

Beschränktes Wettbewerbsverbot zulasten von Eos

82. Vorliegend stellt sich die Frage, ob die in der EU-Bekanntmachung dargelegten Grundsätze für die Beurteilung gängiger Klauseln im Zusammenhang mit der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens⁵² nebst deren Gültigkeit für Wettbewerbsverbote zulasten der Gründerunternehmen auch für Wettbewerbsverbote zulasten des gegründeten Gemeinschaftsunternehmens gelten, oder ob das beschränkte Wettbewerbsverbot zulasten von Eos (vgl. oben, Rz 76, dritter Punkt) anhand den in Rz 74 f. genannten allgemeinen Kriterien zu prüfen ist. Die Frage ist insbesondere hinsichtlich der zulässigen zeitlichen Dauer von Wettbewerbsverboten im Zusammenhang mit der Gründung eines Gemein-

schaftsunternehmens von Bedeutung, denn gemäss Rz 36 der EU-Bekanntmachung können Wettbewerbsverbote zwischen den Gründerunternehmen und einem Gemeinschaftsunternehmen so lange als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig angesehen werden, wie das Gemeinschaftsunternehmen besteht. Bei einer Prüfung anhand den in Rz 74 f. genannten allgemeinen Kriterien ist die zulässige zeitliche Dauer in jedem Einzelfall separat zu prüfen.

83. Dem Wortlaut der EU-Bekanntmachung und der EU-Praxis⁵³ lässt sich keine eindeutige Antwort auf die genannte Frage entnehmen. Die WEKO hat sich bis anhin nicht mit der Frage beschäftigt. Auch wird die Frage – soweit ersichtlich – in der Literatur nicht diskutiert; es wird indes darauf hingewiesen, dass Wettbewerbsverbote zulasten des Gemeinschaftsunternehmens regelmässig zulässige Nebenabreden darstellen. Dahinter stehe die Überlegung, dass es ohnehin in der Hand der Gründer liege, den Tätigkeitsbereich der neu geschaffenen Wirtschaftseinheit festzulegen, was sowohl positiv als auch negativ (durch Wettbewerbsverbote) erfolgen könne.⁵⁴

84. Ohne die Frage, ob Konkurrenzverbote zulasten eines gegründeten Gemeinschaftsunternehmens im Regelfall gemäss Rz 36 ff. der EU-Bekanntmachung oder anhand den allgemeinen Kriterien zu würdigen sind, hier abschliessend zu beantworten, wird die Würdigung des beschränkten Wettbewerbsverbots zulasten von Eos anhand den in Rz 74 f. genannten allgemeinen Kriterien geprüft. Dies vor dem Hintergrund, dass eine so lange Dauer nicht als notwendig erscheint, wie nachfolgend dargelegt wird, und die Parteien in ihrer Meldung unbegründet lassen, weshalb das beschränkte Wettbewerbsverbot zulasten von Eos für eine Dauer von [...] Jahren notwendig sein soll.

85. Laut den Parteien steht das beschränkte Wettbewerbsverbot zulasten von Eos, [...], in unmittelbarem Zusammenhang mit der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens [...]. Weshalb das beschränkte Wettbewerbsverbot zulasten von Eos für eine Dauer von [...] Jahren notwendig sein soll, lassen die Parteien in der Meldung unbegründet.

⁴⁶ EU-Bekanntmachung (Fn 38), Rz 18; RPW 2015/1, 122 Rz 122, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*.

⁴⁷ EU-Bekanntmachung (Fn 38), Rz 19.

⁴⁸ EU-Bekanntmachung (Fn 38), Rz 20; RPW 2014/1, 313 Rz 49, *Debrunner Koenig Holding/BST Holding*; RPW 2012/1, 116 Rz 38, *Tamedia/Bilan/Tribune des Arts*.

⁴⁹ EU-Bekanntmachung (Fn 38), Rz 22.

⁵⁰ EU-Bekanntmachung (Fn 38), Rz 23; RPW 2015/1, 122 f. Rz 123, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*; RPW 2014/1, 302 Rz 60 ff., *Tamedia AG/Unternehmensteil B2C der Ticketportal AG*.

⁵¹ EU-Bekanntmachung (Fn 38), Rz 25; RPW 2013/3, 388 Rz 72, *Tamedia/Starticket*.

⁵² EU-Bekanntmachung (Fn 38), Rz 36–41.

⁵³ Im Entscheid KOMM, IV/M.139, 19.12.1991, *Viag/EB Brühl*, Rz 8, erklärte die EU-Kommission ein vierjähriges Konkurrenzverbot zu Lasten des Gemeinschaftsunternehmens als zulässige Nebenabrede. Im Entscheid KOMM IV.M.102, 2.12.1991, *TNT/Canada Post, DBP Postdienst, La Poste, PTT Post & Sweden Post*, Rz 58, fehlt ein Hinweis auf die Dauer des als zulässige Nebenabrede erklärten Wettbewerbsverbots zulasten des Gemeinschaftsunternehmens.

⁵⁴ KÖRBER (Fn 34), Art. 8 FKVO N 63, u.a. mit Verweis auf KOMM, IV/M.102, 2.12.1991, *TNT/Canada Post, DBP Postdienst, La Poste, PTT Post & Sweden Post*, Rz 58.

86. [...]

87. Das beschränkte Wettbewerbsverbot zu Lasten von Eos kann unter Berücksichtigung der Besonderheiten des vorliegenden Einzelfalls lediglich für eine Dauer von [...] – und nicht wie vorgesehen [...] – Jahren als Nebenabrede qualifiziert werden. Die Einschränkung auf [...] Jahre begründet sich im vorliegenden Fall wie folgt: [...].

88. [...]

89. [...]

90. [...]

Fazit

91. Unter das Konzentrationsprivileg fallen die folgenden Nebenabreden:

- das Wettbewerbsverbot während der Dauer des Gemeinschaftsunternehmens für eine maximale Dauer von [...] Jahren;
- das Wettbewerbsverbot nach Auflösung des Gemeinschaftsunternehmens für eine Dauer von [...] Jahren;
- das beschränkte Wettbewerbsverbot zu Lasten von Eos für eine Dauer von [...] Jahren;
- [...].

92. Soweit das beschränkte Wettbewerbsverbot zu Lasten von Eos [...] für eine Dauer von mehr als [...] Jahren implementiert werden, gelten nach Ablauf der [...] Jahre die einschlägigen Bestimmungen des Art. 5 KG.

B.3.4 Ergebnis

93. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass mit der geplanten Gründung von Eos ein neuer Wettbewerber

im Bereich der E-Commerce Plattformen entsteht. Insofern führt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen Anhaltspunkten, dass dadurch eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt werden könnte. Eine allfällige Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens zwischen den Gründerunternehmen wird nach Art. 5 KG beurteilt. Dies betrifft insbesondere einen allfälligen Austausch sensibler Informationen zwischen den Muttergesellschaften.

94. Unter das Konzentrationsprivileg fallen die folgenden Nebenabreden:

- das Wettbewerbsverbot während der Dauer des Gemeinschaftsunternehmens für eine maximale Dauer von [...] Jahren;
- das Wettbewerbsverbot nach Auflösung des Gemeinschaftsunternehmens für eine Dauer von [...] Jahren;
- das beschränkte Wettbewerbsverbot zu Lasten von Eos für eine Dauer von [...] Jahren;
- [...].

95. Soweit das beschränkte Wettbewerbsverbot zu Lasten von Eos [...] für eine Dauer von mehr als [...] Jahren implementiert werden, gelten nach Ablauf der [...] Jahre die einschlägigen Bestimmungen des Art. 5 KG.

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

B 2.3

3. KKR & Co. L.P/Selecta AG

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 24. November 2015

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 24. November 2015

1. Am 11. November 2015 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Diese Meldung betrifft den Erwerb indirekter alleiniger Kontrolle über die Selecta AG und ihre Gruppengesellschaften (nachfolgend: Selecta) durch Mittel von Tochtergesellschaften der Investmentgesellschaft KKR & Co. L.P. (nachfolgend: KKR). Selecta befindet sich unter indirekter gemeinsamer Kontrolle der KKR der Allianz SE (nachfolgend: Allianz).

2. **KKR** ist eine weltweit tätige Investmentgesellschaft mit Hauptsitz in New York, USA, welche Investoren ein breites Spektrum von Investmentprodukten und Kapitalmarktlösungen anbietet. Nebst anderen Beteiligungen kontrolliert KKR gemeinsam mit der FIBA Beteiligungs- und Anlage GmbH (nachfolgend: FIBA)¹ die Württembergische Metallwarenfabrik Aktiengesellschaft (nachfolgend: **WMF**), eine Herstellerin von Tisch- und Küchenwaren, kleinen elektrischen Geräten für private Haushalte, professioneller Ausrüstung für Hotels sowie vollautomatischen Heissgetränke-Tischmaschinen für den professionellen Gebrauch der Marken WMF und Schaeerer. FIBA ist eine Beteiligungsgesellschaft nach österreichischem Recht.² Ihre Hauptaktivität besteht in einer Beteiligung am österreichischen Wassertechnologieunternehmen BWT AG.³

3. **Selecta** mit Sitz in Kirchberg, Schweiz, bietet Vending⁴ von kalten und warmen Getränken sowie Snacks an. Selecta ist in 17 Vertragsstaaten des Europäischen Wirtschaftsraums und der Schweiz tätig. Selecta bedient sowohl öffentliche Kunden (Bewirtschafter von Bahnhöfen, Flughäfen, Tankstellen und Einkaufszentren) wie auch private Kunden (Büros, Fabriken) mit Vending-Maschinen. Im Vending von Heissgetränken bietet Selecta eine Vielzahl von Tischmaschinen und freistehenden Maschinen an, die Kaffee, Spezialkaffeegetränke, Tee und heisse Schokolade bereitstellen. Tischmaschinen sind vorwiegend für den Einsatz bei privaten Kunden geeignet, während freistehende Maschinen grundsätzlich für öffentliches Vending an Hochfrequenz-Standorten eingesetzt werden. Selecta produziert selbst keine Maschinen für Heissgetränke, sondern bezieht sie bei verschiedenen Lieferanten.

4. KKR beabsichtigt, die verbleibenden Aktien der bislang gemeinsam mit der Allianz kontrollierten Selecta

vollständig zu übernehmen. Der Wechsel von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle durch KKR stellt einen Unternehmenszusammenschluss i.S.v. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG⁵ dar. Da die Umsatzschwellen nach Art. 9 Abs. 1 KG überschritten sind, handelt es sich um ein meldepflichtiges Zusammenschlussvorhaben.

5. Die WEKO hat den Erwerb der indirekten gemeinsamen Kontrolle über Selecta durch KKR und Allianz mit Entscheid vom 27. November 2014 gutgeheissen.⁶ Ohne eine abschliessende Marktsegmentierung vorzunehmen, kam die WEKO zum Ergebnis, dass das Zusammenschlussvorhaben sowohl auf dem vorgelagerten mindestens nationalen Produktmarkt der vollautomatischen Heissgetränke-Tischmaschinen für den professionellen Gebrauch (allenfalls unterteilt in HoReCa⁷-Kanal und Bürobedarf) als auch auf dem nachgelagerten nationalen Produktmarkt für klassischen Vending oder einem allfälligen Marktsegment des Vending von Heissgetränken zu keinen Marktanteilsadditionen und somit zu keinen Wettbewerbsbedenken in horizontaler Hinsicht führte. Dabei stellte einzig der nationale Markt für klassisches Vending oder – bei einer Marktsegmentierung – der nationale Markt für das Vending von Heissgetränken einen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU⁸ dar, welcher mit dem Zusammenschlussvorhaben in Zusammenhang stand. Auch die vertikale Beziehung zwischen Selecta und WMF – in bestimmten Ländern kauft Selecta vollautomatische Heissgetränke-Tischmaschinen für den professionellen Gebrauch von WMF – führte zu keinen substantiierten wettbewerbsrechtlichen Bedenken. Abgesehen davon waren weder KKR (inkl. kontrollierte Portfolio-Gesellschaften) noch Allianz in Geschäftsbereichen tätig, welche einem Tätigkeitsbereich von Selecta vorgelagert, nachgelagert oder eng benachbart gewesen wären.

6. Laut den Parteien hat sich das Marktumfeld in den wenigen Monaten seit der genannten Prüfung der WEKO nur marginal verändert. Die einzig wettbewerbsrechtlich relevante Änderung bestehe in der Änderung der

¹ Vgl. European Commission, Daily News, Commission clears acquisition of joint control over WMF by KKR and FIBA, 18.09.2015, <http://europa.eu/rapid/press-release_MEX-15-5682_en.htm> (17.11.2015).

² M.7671, KKR/FIBA/WMF, Section 1.2 of Form CO, <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/additional_data/m767_1_85_3.pdf> (17.11.2015).

³ Vgl. Fn 1.

⁴ Die WEKO hat Vending umschrieben als „das Füllen und den hygienischen Service, den technischen Unterhalt sowie das ‚Gel[d]handling‘ von Verpflegungsautomaten“. RPW 2001/2, 345 Rz 6, *Compass Group/Selecta Group*.

⁵ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

⁶ RPW 2014/4, 751 ff., *KKR & Co. L.P./Allianz SE/Selecta AG*.

⁷ Hotels, Restaurants, Cafeterias.

⁸ Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

Beteiligungsverhältnisse an WMF durch den Wechsel von alleiniger Kontrolle durch KKR zur gemeinsamen Kontrolle mit FIBA. Dadurch werde das rein hypothetische Risiko einer Abschottung von Einsatzmitteln noch weiter reduziert. Es gäbe keinen Grund, dass FIBA die Verkäufe von WMF einschränken sollte oder einer solchen Einschränkung zustimmen sollte.

7. Angesichts der Umstände, dass WMF und FIBA nicht in denselben Bereichen tätig und dass sich abgesehen von der Änderung der Beteiligungsverhältnisse an WMF das Marktumfeld seit der Prüfung des Zusammen-

schlussvorhabens KKR & Co. L.P./Allianz SE/Selecta AG nicht wesentlich verändert hat, kommt die WEKO zum Schluss, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken führt.

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

B 2.3

4. Groupe E Celsius SA

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

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

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

Prise de position de la Commission de la concurrence du 29 octobre 2015

A En procédure

1. Le 2 octobre 2015, par courrier postal, le Secrétariat de la Commission fédérale de la concurrence (ci-après: le Secrétariat) a reçu la notification datée du 1^{er} octobre 2015 d'une transaction visant à réunir les offres de chauffage à distance de la société Groupe E SA (ci-après: Groupe E) et de la Société anonyme pour le chauffage à distance du Plateau de Pérolles PLACAD SA (ci-après: Placad), ainsi que l'offre de chauffage à gaz décentralisé de la société Frigaz SA (ci-après: Frigaz) au sein d'une nouvelle entité dénommée Groupe E Celsius SA (ci-après: Celsius) dont Groupe E, la ville de Fribourg (ci-après: la Ville), le canton de Fribourg (ci-après: le Canton) et trois autres collectivités publiques (la commune de Villars-sur-Glâne, la commune de Payerne ainsi que la Chambre du Commerce et de l'Industrie, ci-après: les Autres Collectivités Publiques) seront actionnaires.¹

2. Par courrier du 2 octobre 2015, le Secrétariat a informé les parties que le projet de notification était complet.

B En fait

B.1 Les entreprises

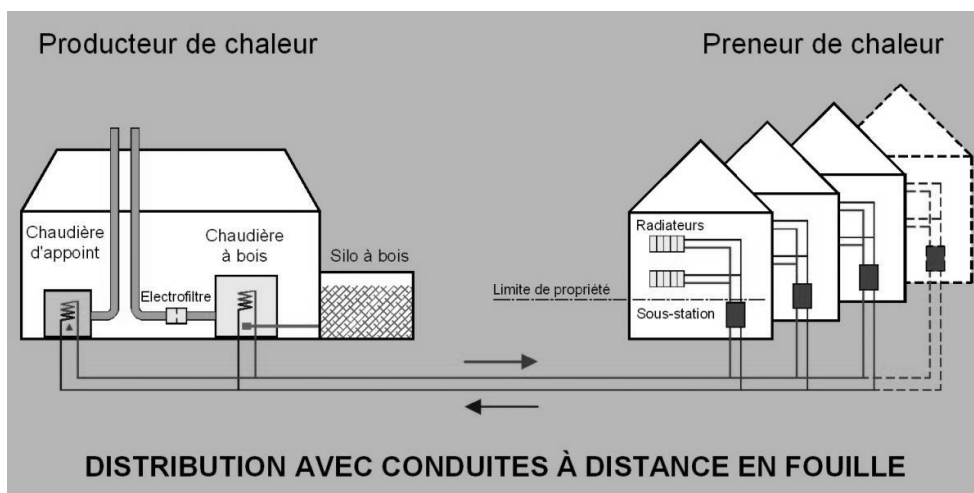
B.1.1 Groupe E

3. Groupe E² est une société anonyme de droit suisse dont le siège est à Granges-Paccot (FR).

4. La société est détenue par le Canton (78.55 %), BKW FMB Energie (10 %), Groupe E (propres actions; 5.48 %), l'Etat de Neuchâtel (1.8 %), Viteos (2.55 %), des communes neuchâteloises (0.84 %), la Banque cantonale neuchâteloise (0.36 %), les Copropriétaires Société électrique du Val-de-Travers (0.1 %) et le personnel de Groupe E (0.33 %).³

5. Groupe E est principalement actif dans le secteur de la production, du transport, de la distribution et de la fourniture d'électricité.⁴

6. Groupe E est également actif dans le domaine du chauffage à distance (ci-après: CAD).⁵ Il propose en particulier, via son offre *Contracting*, une offre globale de services énergétiques qui permet d'acheter une prestation et d'en confier à Groupe E les aspects techniques et financiers.⁶



¹ Communiqué de presse Groupe E: <<http://www.groupe-e.ch/news/20150629/la-chaueur-rejoint-le-gaz>> (21.10.2015).

² <www.groupe-e.ch> (21.10.2015).

³ <www.groupe-e.ch/actionnariat> (21.10.2015).

⁴ <www.groupe-e.ch/chiffres-cles> (21.10.2015).

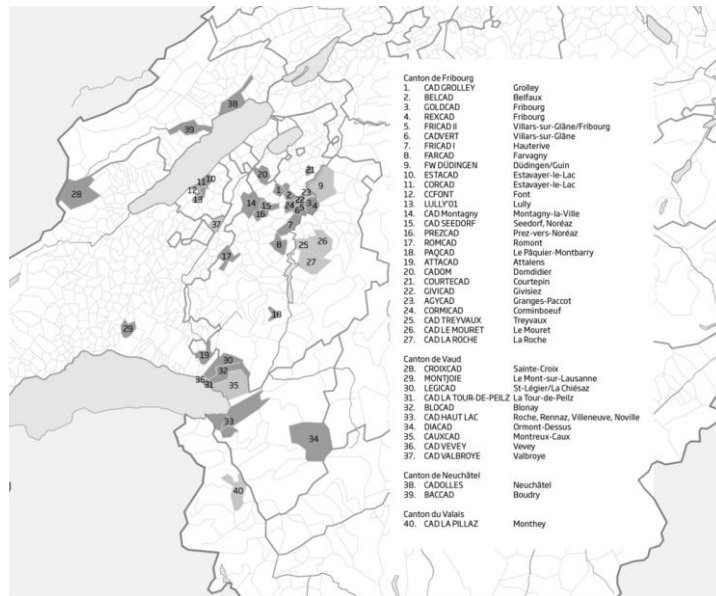
⁵ Le CAD consiste à approvisionner en chaleur un ensemble de bâtiments (commune, quartier d'habitations, industries, etc.) d'une manière respectueuse de l'environnement et du bilan énergétique. La production de chaleur est centralisée avec une part d'énergie renouvelable et la distribution est assurée avec des conduites à distance jusqu'aux sous-stations. La chaleur est produite par une chaudière à bois (plaquettes) et par une chaudière d'appoint au gaz naturel ou au mazout si le gaz n'est pas disponible. La chaudière de base à bois correspond généralement à 80 % de l'énergie produite. La distribution de chaleur est réalisée par la circulation d'eau chaude dans des con-

duites à distance placées en fouille. Une sous-station permet le raccordement de l'installation de chauffage de l'immeuble au réseau CAD par un échangeur de chaleur (<www.groupe-e.ch/principe-du-chauffage-distance> [21.10.2015]).

⁶ La prestation choisie, soit la fourniture de chaleur, est livrée sur le lieu de consommation de la même manière que l'électricité, puis comptabilisée au travers d'un compteur d'énergie. Le *Contracting* est particulièrement adapté pour les professionnels et prestataires de service (bureaux d'architectes & ingénieurs, banques, assurances, caisses de pension), les grands consommateurs d'énergie (hôtels, hôpitaux, centres commerciaux, industries et PME) ainsi que les groupements et associations (communes, collectivités publiques, immeubles locatifs, PPE) (<www.groupe-e.ch/contracting-une-solution-globale> [21.10.2015]).

7. Au niveau géographique, si la zone de desserte de Groupe E en matière de CAD s'étend à la Suisse occidentale, elle est essentiellement concentrée dans la

région fribourgeoise, avec un déploiement qui couvre en partie la Ville (mais pas le Plateau de Pérolles).⁷



8. Groupe E propose en outre une offre de chauffage par le biais de l'installation de pompes à chaleur,⁸ comprenant également une offre de type *Contracting*. La pompe à chaleur est installée dans le bâtiment même destiné à être chauffé (système dit «décentralisé»). Toutefois et selon les parties, cette activité ne fait pas l'objet de la transaction. Il en va de même de divers autres secteurs dans lesquels Groupe E est actif (Internet, TV, mobilité électrique).⁹

B.1.2 Frigaz

9. Frigaz¹⁰ est une société anonyme de droit suisse dont le siège est à Givisiez (FR).

10. Frigaz est actuellement détenue par Groupe E (44.8 %), la Ville (44.8 %) et les Autres Collectivités Publiques (10.04 %).¹¹ Au niveau du contrôle, Frigaz est actuellement contrôlée conjointement par Groupe E et la Ville.

11. Frigaz a pour but d'assurer l'approvisionnement en gaz naturel/biogaz dans le Canton et la région broyarde.¹² Plus précisément, les solutions de Frigaz sont offertes en Ville, dans les communes avoisinantes ainsi que dans les grandes communes de la région de la Broye (par ex. Payerne, Estavayer-Le-Lac ou encore Avenches).¹³

12. Frigaz est propriétaire du réseau par lequel le gaz est acheminé chez les consommateurs.

13. Selon les parties, Frigaz fournit également de l'électricité et du carburant basés sur le gaz naturel et sur d'autres énergies renouvelables (activité marginale concernant l'électricité, [...] GWh en 2014). En cas d'excès de production d'électricité, le surplus est racheté par Groupe E et l'électricité est injectée sur son réseau.

B.1.3 Placad

14. Placad¹⁴ est une société anonyme de droit suisse dont le siège est à Fribourg.

15. La société est détenue par Groupe E (37 %), Frigaz (10 %), la Ville (20 %) et le Canton (33 %).¹⁵ Selon les parties, il n'existe pas de convention d'actionnaires relative à Placad et aucun actionnaire ne contrôle actuellement Placad.

16. Placad est propriétaire d'une centrale et d'un réseau de CAD sis sur le Plateau de Pérolles. Ses installations permettent la production d'électricité et de chaleur, notamment par récupération sur un couplage chaleur-force

⁷ <www.groupe-e.ch/sites/default/files/carte_suisse_des_cad_fr_0.pdf> (21.10.2015); <<http://www.groupe-e.ch/installations-en-service-0>> (21.10.2015).

⁸ La pompe à chaleur puise dans l'air, l'eau des nappes phréatiques ou les couches superficielles du sol l'énergie nécessaire au chauffage de l'habitation et à la production d'eau chaude sanitaire. D'un encombrement réduit, la pompe à chaleur se distingue également par de faibles coûts d'exploitation et d'entretien (<www.geconnect.ch/la-pompe-chaleur> [21.10.2015]).

⁹ <www.groupe-e.ch/produits-et-services> (21.10.2015).

¹⁰ <www.frigaz.ch> (21.10.2015).

¹¹ Voir aussi <www.frigaz.ch/old/fr/historique> (21.10.2015).

¹² <www.frigaz.ch/old/fr/a-propos-de-frigaz> (21.10.2015).

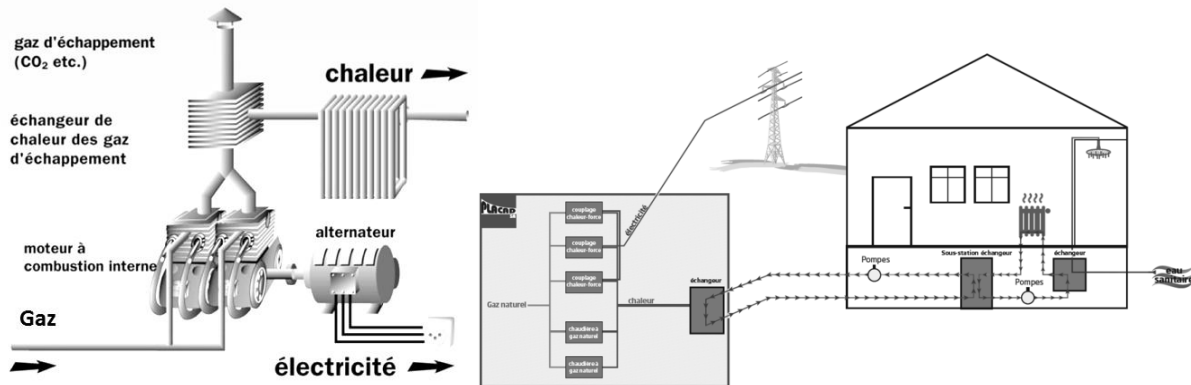
¹³ <www.frigaz.ch/fr/privés/comment-se-raccorder/acces-reseau> (21.10.2015).

¹⁴ <www.placad.ch> (21.10.2015).

¹⁵ Voir aussi <www.placad.ch/fr/societe/actionariat.html> (21.10.2015).

permettent la production d'électricité et de chaleur, notamment par récupération sur un couplage chaleur-force (cogénération).¹⁶ Le réseau de CAD permet l'acheminement de la chaleur aux bâtiments raccordés alors que l'énergie électrique produite grâce aux couplages

chaleur-force est injectée sur le réseau de Groupe E.¹⁷ Techniquement, le système est basé sur le gaz naturel, qui est fourni par Frigaz selon les parties.



17. Les clients de Placad pour la chaleur sont limités au Plateau de Pérolles Ville. Placad propose un seul type de contrat aux propriétaires de bâtiments, à savoir le raccordement au réseau de Placad et la fourniture de chaleur. Les clients de Placad comprennent essentiellement des entités publiques ; les bâtiments raccordés sont généralement de taille importante.¹⁸

B.1.4 La Ville

18. La ville de Fribourg est une collectivité de droit public qui exerce des activités inséparables de la puissance publique. Spécifiquement en lien avec l'opération de concentration, elle offre des services de chauffage via Frigaz, dont elle détient 44,8 % du capital-actions¹⁹ et Placad, dont elle détient 20 % du capital-actions.²⁰ La Ville n'offre pas de service de chauffage directement ou via d'autres entités.

B.1.5 Le Canton

19. Le canton de Fribourg est une collectivité de droit public qui exerce des activités inséparables de la puissance publique. Spécifiquement en lien avec l'opération de concentration, le Canton offre des services de chauffage via Groupe E, dont il détient la majorité du capital-actions,²¹ et Placad, dont il détient 33 % du capital-actions.²² Le Canton n'offre pas de service de chauffage directement ou via d'autres entités.

B.1.6 Les Autres collectivités

20. Spécifiquement en lien avec l'opération de concentration, les Autres collectivités offrent des services de chauffage via Frigaz, dont elles détiennent 10,04 % du capital-actions.²³

B.2 L'opération de concentration notifiée

21. Les parties ont l'intention de procéder à un regroupement de leurs activités de chauffage à distance et de chauffage au moyen de gaz naturel. Dans ce but, elles ont élaboré un projet dans le cadre duquel, dans un premier temps, Groupe E apporte son activité de CAD à Frigaz (voir N 34). Dans un second temps, Groupe E, la Ville et le Canton apportent les actions qu'ils détiennent dans Placad à Frigaz (voir N 35). Ensuite, Frigaz ab-

sorbe Placad dans le cadre d'une fusion par absorption (voir N 36). Ce projet est concrétisé dans une Convention d'investissement du 3 juillet 2015. A l'issue de l'opération de concentration, les actions Frigaz (qui deviendra Celsius) seront détenues comme suit :

- Groupe E: 64,78 %
- la Ville: 27,29 %
- les Autres collectivités publiques: 6,21 %
- le Canton: 1,7 %

22. Une fois l'opération de concentration réalisée, Groupe E détiendra donc 64.78 % des actions Celsius et exercera également le contrôle unique de cette nouvelle entité (voir N 36).

¹⁶ Le couplage chaleur-force (CCF) désigne un chauffage qui produit également du courant, ou alors une centrale électrique qui fournit également de la chaleur. Il fournit ainsi à son utilisateur les deux types d'énergie les plus importants, le courant et la chaleur. La chaleur inhérente à la production de courant est utilisée à bon escient pour fournir de l'eau chaude, de la vapeur ou encore de la chaleur de séchage. Le combustible est ainsi utilisé à 90-95 %. La plupart des installations CCF sont des centrales à énergie totale équipées d'un moteur à combustion et d'un générateur. La chaleur récupérée provient du refroidissement du moteur et des gaz d'échappement. Une centrale à cycle combiné (installation à turbine à gaz et à vapeur TAG) produit deux fois du courant : une première fois par la turbine à gaz, une seconde fois par la vapeur qui sort de la chaudière de récupération de la turbine à gaz (<www.bfe.admin.ch/themen/00490/00506/index.html?lang=fr> [21.10.2015]).

¹⁷ <www.placad.ch/fr/societe.html> (21.10.2015).

¹⁸ <www.placad.ch/fr/exploitation/fonctionnement.html> (21.10.2015);

<www.placad.ch/fr/exploitation/reseau.html> (21.10.2015).

¹⁹ Voir aussi <www.frigaz.ch/old/fr/historique> (21.10.2015).

²⁰ <www.placad.ch/fr/societe/actionnariat.html> (21.10.2015).

²¹ <www.groupe-e.ch/actionnariat> (21.10.2015).

²² <www.placad.ch/fr/societe/actionnariat.html> (21.10.2015).

²³ Voir aussi <www.frigaz.ch/old/fr/historique> (21.10.2015).

B.3 Les objectifs poursuivis par la concentration

23. Dans le contexte de la Stratégie énergétique 2050 du Conseil fédéral adoptée en 2011, les parties entendent développer une offre commune de produits et services dans le secteur de la chaleur comprenant le chauffage à distance issu de sources d'énergies renouvelables.²⁴ La meilleure source d'énergie sera offerte au meilleur endroit. Autrement dit, les parties offriront la source d'énergie la plus en adéquation avec l'environnement dans lequel se situe le consommateur.

24. Au travers des apports complémentaires des différentes parties et des synergies qui en résulteront, Celsius proposera des solutions innovantes et pourra continuer à développer des prestations dans le domaine de la chaleur.

25. Les parties souhaitent également partager un certain nombre de charges et éviter leur duplication : en particulier la gestion financière, les ressources humaines, le parc informatique ainsi que les conduites et certaines installations.

26. Finalement, les parties envisagent – en lien avec la construction des réseaux de chauffage à distance et de gaz –, de partager les travaux, la planification, les fouilles ou encore les poses de tuyaux. La réduction des coûts permettra à la nouvelle entité qui résultera de l'opération de concentration de réduire le prix du kWh pour le CAD et de rendre cette solution de chauffage plus compétitive par rapport aux systèmes de chauffage décentralisés traditionnels tels que les chaudières au mazout ou encore les pompes à chaleur.

C En droit

C.1 Applicabilité des prescriptions de la LCart

27. La Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart; RS 251) 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).

C.1.1 Entreprise

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

29. Selon l'art. 3 al. 1 let. b de l'Ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE; RS 251.4), sont des entreprises participant à la concentration les entreprises qui acquièrent le contrôle et celles que vise l'acquisition du contrôle. Selon l'alinéa 2, lorsque la concentration concerne une partie d'entreprise, cette partie est réputée entreprise participante.

30. En l'occurrence, par la première concentration, Groupe E apporte son activité CAD à Frigaz (voir N 34). Il en résulte un changement du contrôle unique par Groupe E sur le CAD au contrôle en commun par Groupe E et la Ville. Groupe E, la Ville et le CAD sont

donc des entreprises participant à la concentration (art. 3 al. 1 let. b et al. 2 OCCE). Par la seconde concentration, il y a prise de contrôle unique par Groupe E de Celsius, qui résulte de la fusion par absorption de Placad par Frigaz (voir N 35). Celsius est ainsi également une entreprise participante (art. 3 al. 1 let. b OCCE).

C.1.2 Concentration d'entreprises par diminution du nombre d'actionnaires contrôlant

31. Au sens de l'art. 4 al. 3 let. b LCart, une ou plusieurs entreprises acquièrent le contrôle direct ou indirect d'une ou de plusieurs entreprises jusque-là indépendantes (entreprises cibles) ou d'une partie de celles-ci lorsque notamment, par prise de participations au capital ou par conclusion d'un contrat, elle est ou elles sont en mesure d'exercer une influence déterminante sur l'activité de cette ou ces entreprises (art. 1 OCCE). Ainsi, l'art. 4 al. 3 let. b LCart porte en règle générale toujours sur une modification des rapports de contrôle sur une ou plusieurs entreprises cibles.

32. Sous la notion d'acquisition du contrôle (et par-là de concentration) tombent également les opérations qui entraînent une modification de la nature, respectivement de la qualité du contrôle.²⁵ Cela concerne dans tous les cas le passage d'un contrôle exclusif au contrôle conjoint, et à l'inverse le passage d'un contrôle conjoint au contrôle exclusif, ou encore l'arrivée de nouveaux actionnaires.²⁶

33. En l'espèce, il y a passage d'un contrôle conjoint (Groupe E et Ville) à un contrôle unique (Groupe E) de Frigaz, respectivement de Celsius (voir N 34). A cela s'ajoute que Placad est absorbée par Frigaz, respectivement par Celsius, et qu'elle passe ainsi d'une absence de contrôle à un contrôle unique par Groupe E (voir N 36). Il s'agit donc bien d'une concentration soumise à obligation de notifier au sens des art. 4 al. 3 let. b LCart et 1 OCCE.

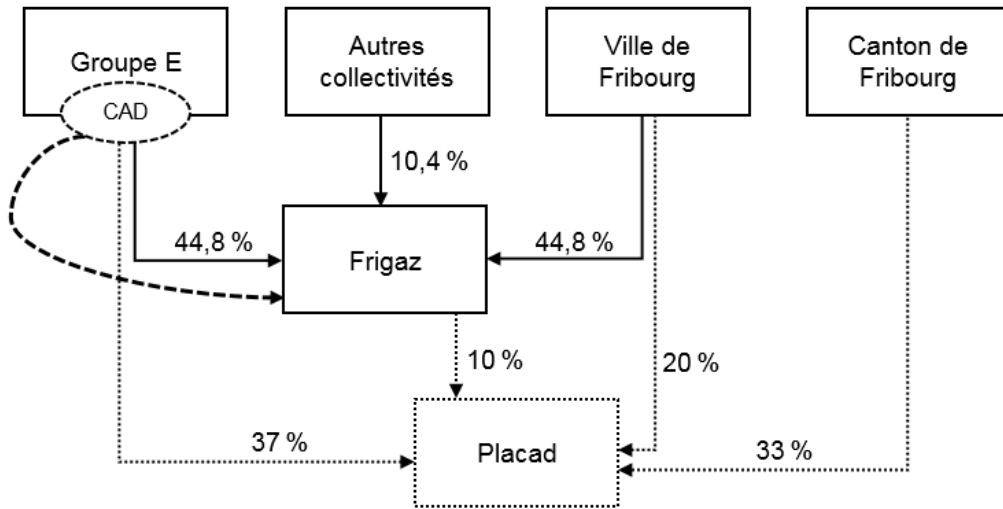
C.1.3 Première concentration

34. Groupe E apporte son activité de CAD à Frigaz. Le contrôle unique du CAD par Groupe E passe au contrôle en commun du CAD par Groupe E et la Ville.

²⁴ Gaz naturel et biogaz.

²⁵ Voir DPC 2009/1, 77 N 8, *Valora AG/Cenanava AG*; DPC 2009/1, 81 N 8, *Migros-Genossenschafts-Bund/Cevanova AG*; DPC 2007/4, 601 N 10 *Swisscom/Infonet Schweiz AG*; REINERT M., Basler Kommentar, Kartellgesetz, Bâle 2010, art. 4 al. 3 LCart N 404 ss; VENTURI S./FAVRE P. G., Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e édition, Bâle 2013, art. 4 al. 3 LCart N 191 ss; BORER J., Wettbewerbsrecht I, Kommentar, 3e édition, Zurich 2011, art. 4 LCart N 47.

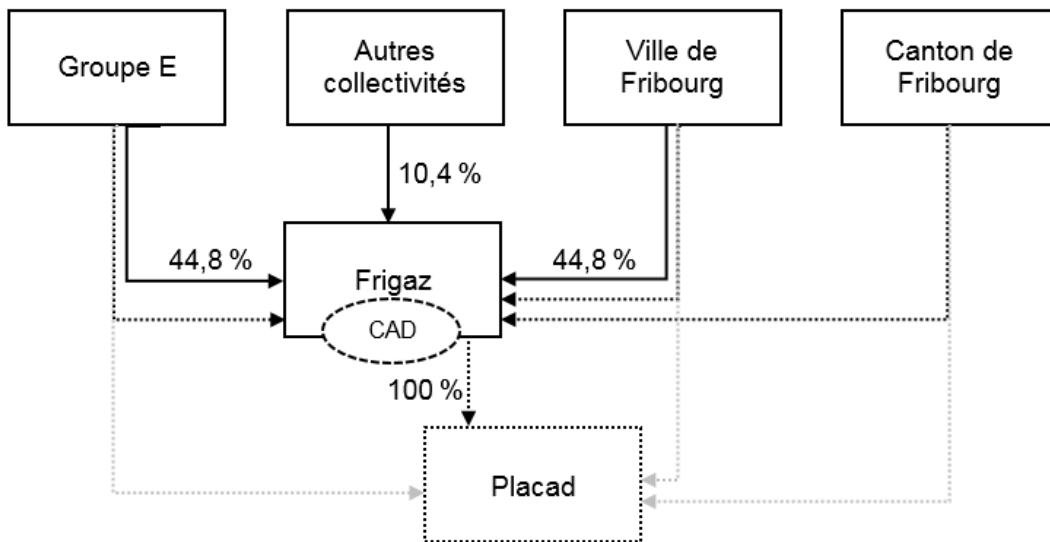
²⁶ CR Concurrence-VENTURI/FAVRE, art. 9 al. 3 LCart N 191 ss et les références citées; DUCREY P., Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3e édition, Berne 2008, p. 345 N 1585 et les références citées; BSK KG-REINERT, art. 4 al. 3 LCart N 404; BORER J., op. cit., art. 4 LCart N 47.



C.1.4 Deuxième concentration

35. 1^{ère} étape: Simultanément à la première concentration, Groupe E, la Ville et le Canton apportent leurs ac-

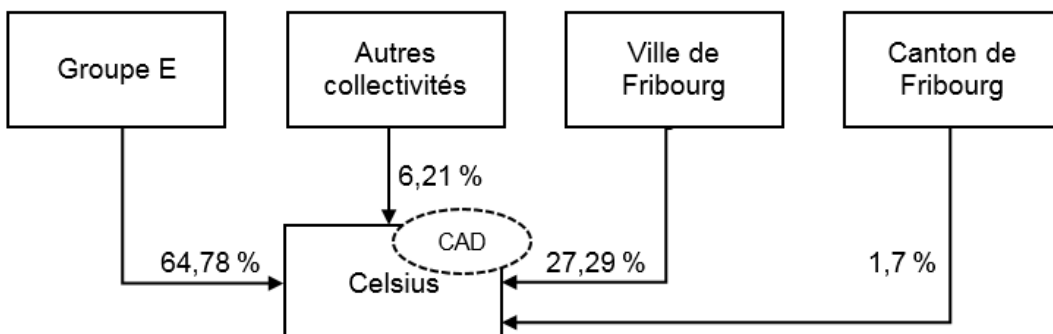
tions Placad à Frigaz : du moment où les actionnaires de Placad apportent l'ensemble de leurs actions Placad à Frigaz, Frigaz détient dès lors 100 % des actions de Placad.



36. 2^e étape: Placad est absorbée par Frigaz (fusion par absorption), qui devient Celsius. Groupe E détiendra le contrôle unique sur Celsius [...].

(précédemment absence de contrôle), de sorte qu'il y a bien une seconde concentration au sens de l'art. 4 al. 3 LCart. Quant au CAD, il retombe sous contrôle unique de Groupe E, comme à l'origine.

37. Il y a donc changement de contrôle sur Frigaz (précédemment aussi contrôlée par la Ville) et sur Placad



C.1.5 Résultat des deux concentrations

38. Au terme des deux concentrations, la situation sera la suivante:

- avant comme après, Groupe E aura le contrôle unique sur le CAD, intégré dans la nouvelle entité Celsius contrôlée par Groupe E. En conséquence et vu que les concentrations sont considérées comme un tout (voir N 41 ci-dessous), rien ne change au niveau du contrôle pour le CAD;
- Frigaz devient Celsius et passe d'un contrôle conjoint par Groupe E et la Ville à un contrôle unique par Groupe E;
- Placad est absorbée par Frigaz, respectivement par Celsius. Elle passe d'une absence de contrôle à un contrôle unique par Groupe E.

C.1.6 Prescriptions réservées

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

C.2 Faculté et obligation de notifier

C.2.1 Faculté de notifier

40. Dans sa Communication du 19 septembre 2014 «*Praxis zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen*»,²⁷ la COMCO a précisé à quelles conditions un projet de concentration qui se déroule en plusieurs étapes est à qualifier comme un seul processus économique. Ainsi, le projet de concentration est à considérer comme un seul processus économique lorsque la période de démarrage (contrôle en commun) ne dure pas plus d'une année et n'est que de nature transitoire. Lorsque la période de démarrage dépasse la durée d'une année, les différentes étapes du projet de concentration ne sauraient être notifiées et évaluées comme une unité.²⁸

41. En l'espèce, les parties ont expressément indiqué dans la notification que les opérations interviennent toutes dans un délai d'une année.²⁹ Il est également à noter que les opérations sont intrinsèquement liées et qu'elles interviennent presque simultanément. Partant, le Secrétariat considère que les opérations notifiées ne constituent qu'une seule et même opération de concentration, qui sera également évaluée comme telle. Seules les situations initiales et finales seront prises en compte.

C.2.2 Obligation de notifier

42. Selon l'art. 9 al. 1 LCart, les opérations de concentration d'entreprises doivent être notifiées avant leur réalisation à la Commission de la concurrence lorsque, dans le dernier exercice précédant la concentration (conditions cumulatives):

- a. les entreprises participantes ont réalisé ensemble un chiffre d'affaires minimum de 2 milliards de francs ou un chiffre d'affaires en Suisse d'au moins 500 millions de francs, et

- b. au moins deux des entreprises participantes ont réalisé individuellement en Suisse un chiffre d'affaires minimum de 100 millions de francs.

43. En l'espèce, Groupe E a atteint en 2014 le seuil de chiffre d'affaires minimum en Suisse de CHF 100 millions. En revanche selon les parties, aucune autre entreprise participante n'a atteint ce seuil. Ainsi, les conditions de l'art. 9 al. 1 LCart ne sont pas remplies en l'espèce et aucune obligation de notifier ne peut être tirée du premier alinéa de l'art. 9 LCart.

44. Selon l'art. 9 al. 4 LCart, nonobstant les al. 1 à 3, la notification est obligatoire lorsque, au terme d'une procédure engagée en vertu de la LCart, une décision passée en force établit qu'une entreprise participante occupe en Suisse une position dominante sur un marché, et lorsque la concentration concerne soit ce marché, soit un marché voisin ou situé en amont ou en aval.

45. Par décision du 5 mars 2001, la COMCO a notamment constaté que Groupe E (anciennement la société Entreprises électriques fribourgeoises [ci-après: EEF])³⁰ détenait une position dominante sur le marché déterminant de la distribution suprarégionale et régionale de l'électricité dans sa zone de distribution régionale au sens de l'art. 4 al. 2 LCart.³¹ La décision de la COMCO a été confirmée par le Tribunal fédéral notamment sur la question de la position dominante.³²

46. Vu ce qui précède, il y a lieu de constater qu'une décision passée en force établit que Groupe E détient une position dominante sur le marché de la distribution suprarégionale et régionale d'électricité dans sa zone de distribution régionale.³³

47. Il reste toutefois à examiner si la concentration qui fait l'objet de la présente prise de position concerne soit le marché de la distribution suprarégionale et régionale d'électricité, soit un marché voisin ou situé en amont ou en aval (art. 9 al. 4 *in fine* LCart).

48. Est un marché situé en amont celui qui est situé avant, dans le processus d'élaboration d'un produit. Plus généralement, le marché situé en amont au sens de

²⁷ <www.weko.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=fr> (21.10.2015), *Praxis zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen* (disponible uniquement en allemand).

²⁸ Voir aussi CR Concurrence-VENTURI/FAVRE, art. 4 al. 3 LCart N 39 ss et les références citées.

²⁹ Voir aussi <<http://www.groupe-e.ch/news/20150629/la-chaleur-rejoint-le-gaz>> (21.10.2015).

³⁰ La société EEF était, selon l'art. 1^{er} de l'ancienne Loi fribourgeoise du 18 septembre 1998 sur les Entreprises électriques fribourgeoises (LEEF ou Loi de 1998 sur les EEF; en vigueur du 1^{er} avril 1999 au 31 janvier 2001), un établissement de droit public distinct de l'Etat, ayant qualité de personne morale. Par la Loi du 19 octobre 2000 sur le statut des Entreprises électriques fribourgeoises et de leur Caisse de pensions (LSEEF ou Loi de 2000 sur le statut des EEF; acceptée en votation populaire le 10 juin 2001 et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002), la société EEF a été transformée en société anonyme au sens des art. 620 ss du Code suisse des obligations.

³¹ DPC 2001/2, 275 N 115 à 135, *Watt/Migros*.

³² ATF 129 II 497, consid. 6.3.4; DPC 2003/4, 959 N 6.3.4.

³³ Voir aussi CR Concurrence-VENTURI/FAVRE, art. 9 LCart N 115.

l'art. 9 al. 4 LCart englobe les produits et services utilisés pour la production des produits ou services pour lesquels il existe une position dominante.³⁴

49. Les activités de Placad consistent en partie à produire de l'électricité qui est ensuite rachetée par Groupe E et injectée sur son réseau.³⁵ Dans une moindre mesure, le surplus d'électricité produit par Frigaz³⁶ est également racheté par Groupe E et injecté sur son réseau.³⁷ Ainsi, les activités de Placad (et dans une moindre mesure de Frigaz) se situent sur un marché en amont des activités de Groupe E.

50. La législation ne précise pas l'ampleur sur laquelle doivent porter les relations entre l'entreprise participante occupant une position dominante au sens de l'art. 9 al. 4 LCart et celle située sur le marché en amont. Elle ne précise pas davantage si le marché concerné situé en amont doit être celui sur lequel la concentration porte à titre principal, ou s'il peut simplement s'agir d'un marché également concerné. Une concentration impliquant l'entreprise en position dominante doit faire l'objet d'une notification sans égard à la dimension de la concentration.³⁸ L'art. 9 al. 4 LCart peut soumettre à notification des concentrations qui sont insignifiantes du point de vue de la concurrence.³⁹ Cette disposition légale fait certes l'objet de critiques et le législateur est mis en cause, mais la doctrine ne propose pas de s'écarter de la lettre de la loi.⁴⁰

51. A cela s'ajoute que s'il l'on voulait exclure du champ d'application de l'art. 9 al. 4 LCart les «concentrations insignifiantes» ou encore celles dont l'ampleur des relations entre l'entreprise occupant une position dominante et celle située sur le marché en amont ou en aval serait «particulièrement faible», encore faudrait-il fixer une limite. Or, on est ici en présence de notions juridiques indéterminées dont l'interprétation pourrait conduire à des solutions arbitraires.

52. Partant, en vertu de ce qui précède et même si la quantité d'électricité rachetée par Groupe E à Placad et Frigaz puis injectée sur son réseau est faible (insignifiante selon le terme utilisé par les parties), les conditions de l'art. 9 al. 4 LCart sont données.

C.3 Appréciation de la concentration dans le cadre de l'examen préalable

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

54. Afin de déterminer s'il existe des indices que la concentration crée ou renforce une position dominante, il y a d'abord lieu de délimiter les marchés de produits et les marchés géographiques pertinents. Dans un deuxième temps, il sera examiné si la concentration entraîne une modification de la position des entreprises participantes sur ces marchés. Les autorités de la concurrence n'ont toutefois pas à rechercher s'il y a des indices que cette position serait susceptible de supprimer la concurrence. L'examen limité est justifié par le caractère sommaire de l'examen préalable.⁴¹

C.3.1 Marchés pertinents

C.3.1.1 Marchés de produits

55. Selon l'art. 11 al. 3 let. a de l'Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises (ci-après OCCE), les marchés des produits comprennent tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés.

C.3.1.1.1 Domaine de la chaleur

a. La question préalable de l'existence d'un marché global de la fourniture de chaleur

56. Il doit avant tout être examiné s'il existe un marché global de la fourniture de chaleur, sans égard au réseau, à la source d'énergie ou encore à la technologie utilisée (principalement les chaudières décentralisées au mazout, au bois ou au gaz, les pompes à chaleur, l'électricité, le CAD basé sur le bois, le gaz ou le charbon, les capteurs solaires, etc.).

57. L'éventualité d'un marché global repose sur le fait qu'il existe à première vue une certaine substituabilité entre les systèmes de chauffage, vu que la finalité est d'obtenir de la chaleur pour chauffer des bâtiments ou de l'eau, quelle que soit la manière dont cette chaleur est produite puis acheminée. Cette substituabilité se concrétise en règle générale au moment de la construction du bâtiment et donc du choix de la manière dont la chaleur y sera amenée de l'extérieur (centralisation) ou produite directement (décentralisation), et du choix de la technologie utilisée. Il convient également d'examiner dans quelle mesure la substituabilité peut aussi se concrétiser par la suite, soit au moment du remplacement d'un système arrivé en fin de vie, soit pendant la durée de vie du système choisi initialement. Le consommateur pourrait par exemple décider de passer au CAD s'il est disponible et qu'un raccordement est possible. A l'inverse, un utilisateur de CAD pourrait changer de système et passer à un système décentralisé.

58. Afin de déterminer si le changement du système de chauffage est une option réelle pour le consommateur, il convient notamment de comparer les coûts encourus d'un tel changement avec les gains espérés.

³⁴ BSK KG-REINERT, art. 9 LCart N 306 et les références citées; SCHERRER F., Das europäische und schweizerische Fusionskontrollverfahren, Zurich 1996, p. 340 s.

³⁵ <www.placad.ch/fr/societe.html> (21.10.2015).

³⁶ L'électricité est produite directement dans les installations de production de chaleur des consommateurs et achetée directement par ces consommateurs. En cas d'excès de production, le surplus est racheté par Groupe E et l'électricité est injectée sur le réseau de Groupe E.

³⁷ <www.frigaz.ch/fr/professionnels/applications/production/production-deelectricite> (21.10.2015); notification, N 32, 88 et 90.

³⁸ CR Concurrence-VENTURI/FAVRE, art. 9 LCart N 104 et les références citées.

³⁹ CR Concurrence-VENTURI/FAVRE, art. 9 LCart N 107 et les références citées; DUCREY P./DROLSHAMMER J. I., in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (éd.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Loseblattsammlung, Zurich 1996-1997, art. 9 LCart N 69.

⁴⁰ CR Concurrence-VENTURI/FAVRE, art. 9 LCart N 106 ss; DUCREY P./DROLSHAMMER J. I., op. cit., art. 9 LCart N 67 ss; BSK KG-Reinert, art. 9 LCart N 342 ss.

⁴¹ CR Concurrence-VENTURI/FAVRE, art. 10 LCart N 10 et les références citées.

59. Selon les parties, les frais de raccordement au CAD varient en moyenne de CHF [...] pour une maison individuelle à CHF [...] pour un immeuble, le coût de la sous-station (échangeur) installée dans le bâtiment étant compris dans ces frais. Le coût de la chaleur revient à [...] centimes par kWh. Cela représente une facture d'environ CHF [...] par année pour une famille de 4 personnes, ce à quoi s'ajoutent encore des frais d'exploitation d'environ CHF [...] pour une maison individuelle ou CHF [...] pour un appartement situé dans un immeuble standard. Au total, pour une famille de 4 personnes vivant dans une maison individuelle, cela revient ainsi à CHF [...] par année pour un investissement unique de CHF [...] en moyenne.

60. Toujours selon les parties, les frais de raccordement au réseau de gaz Frigaz varient en règle générale entre CHF [...] et CHF [...] en fonction de la longueur des conduites. S'agissant des chaudières à gaz, leur prix varie entre CHF 15'000.- pour une maison individuelle et CHF 30'000.- pour un immeuble. Le coût du gaz revient à [...] centimes par kWh. Cela représente une facture d'environ CHF [...] par année pour une famille de 4 personnes, ce à quoi s'ajoutent encore des frais d'exploitation d'environ CHF [...] (que la famille habite dans une maison individuelle ou un appartement). Au total, pour une famille de 4 personnes vivant dans une maison individuelle, cela revient ainsi à CHF [...] par année pour un investissement unique d'environ CHF [...] (si l'on retient CHF [...] de frais de raccordement afin de donner une base de comparaison avec le CAD). Par rapport au CAD, le surplus d'investissement dans système de chauffage décentralisé au gaz est ainsi amorti en [...] ans et demi environ (CHF [...] / CHF [...]), cette durée étant variable selon les frais de raccordement au réseau de gaz Frigaz.

61. Le passage du CAD à un système de chauffage décentralisé représente ainsi un investissement conséquent, d'autant plus si le bâtiment est déjà construit. Un propriétaire s'étant par exemple raccordé au CAD au moment de la construction ne se raccordera vraisemblablement pas à grands frais au gaz, d'autant plus que la durée de l'amortissement peut être importante et que la chaudière à gaz devra être renouvelée périodiquement. Quant au mazout ou au bois, des impératifs d'espace pour le stockage du combustible paraissent également compliquer drastiquement un abandon du CAD. La part de chauffage à distance est d'ailleurs restée très stable entre les années 2000 et 2013 – se maintenant à 1.8 % environ au niveau suisse – ce qui tend à démontrer que les consommateurs ne changent pas de technologie de chauffage pour le CAD.⁴² Inversement, le passage d'un système décentralisé au CAD paraît également peu probable, vu les frais élevés de raccordement et les coûts annuels plus importants. Partant, une substituabilité entre un système centralisé et décentralisé – et inversement – est certes possible dans certains cas, mais au prix d'investissements conséquents.

62. Les considérations qui précèdent correspondent à l'argumentation du Secrétariat en matière de la délimitation des marchés dans le domaine du gaz. En effet, le Secrétariat a considéré par le passé que pour des clients utilisant le gaz naturel à des fins de chauffage, le changement de la source d'énergie entraîne en général

des coûts élevés, quand bien même le gaz naturel est en principe en concurrence avec d'autres sources d'énergie. Vu que le client qui dispose d'une chaudière à gaz est lié au gaz naturel, un changement de technologie de chauffage dépend *de facto* du renouvellement de l'installation de chauffage, qui est rare.⁴³ Or, une demande régulière et récurrente avec des sources d'énergie substituables – ce qui est déterminant pour une délimitation du marché de produits – fait défaut en l'espèce.⁴⁴

63. La Commission européenne est également de l'avis que les systèmes de chauffage décentralisés exercent une certaine concurrence sur les réseaux de chauffage centralisés, mais qu'un tel changement est toutefois plutôt rare en raison des coûts. Elle considère que les systèmes de chauffage décentralisés exercent une certaine concurrence sur les réseaux de chauffage centralisés. Ainsi, les utilisateurs de systèmes centralisés peuvent dans une certaine mesure passer de ce type de système à une installation décentralisée dans leur bâtiment. Un tel changement est toutefois plutôt rare en raison des coûts d'achat de l'unité de chauffage décentralisée et des coûts d'utilisation d'une telle unité (relativement élevés en comparaison avec les coûts d'un système centralisé, lorsqu'un tel système est disponible). D'un autre côté, les unités décentralisées offrent davantage de flexibilité en matière d'utilisation pour le consommateur.⁴⁵

64. A ce qui précède s'ajoutent d'autres facteurs susceptibles de compromettre une certaine substituabilité entre les différents systèmes:

- les chaudières à gaz ou à mazout ne sont plus acceptées dans tous les bâtiments publics;
- les systèmes de chauffage au bois sont interdits dans certaines zones en raison de la pollution par particules fines qu'ils génèrent;
- les citernes à mazout ne sont pas autorisées partout. L'installation est notamment soumise à la Loi et à l'Ordonnance sur la protection des eaux (LEaux, RS 814.20; OEaux, RS 814.201);⁴⁶
- le CAD n'est disponible que de façon limitée géographiquement,⁴⁷ sous peine de perdre toute efficacité si les bâtiments sont trop éloignés du réseau. Les grands réseaux de CAD sont particulièrement intéressants dans les agglomérations à

⁴² <www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/09/02/blank/key/gebaeude/heizung.html> (21.10.2015).

⁴³ DPC 2014/1, 120 N 78, *Verbandsvereinbarung Erdgas Schweiz*.

⁴⁴ Traduit de l'allemand: „Eine für die sachliche Marktabgrenzung entscheidende regelmässig wiederkehrende Nachfragestruktur mit austauschbaren Energieträgern liegt damit offenkundig nicht vor“, DPC 2014/1, 120 N 78, *Verbandsvereinbarung Erdgas Schweiz*.

⁴⁵ COMP/M.5793 du 12 mai 2010, N 15, *Dalkia CZ/NWR Energy*.

⁴⁶ <www.energie-environnement.ch/maison/renovation-et-chauffage/installations/chauffage-au-mazout> (21.10.2015).

⁴⁷ Pour le canton de Fribourg: <www.groupe-e.ch/sites/default/files/carte_suisse_des_cad_fr_0.pdf> (21.10.2015).

⁴⁸ <www.energie-environnement.ch/maison/renovation-et-chauffage/installations/chauffage-a-distance-cad> (21.10.2015).

forte densité d'habitat. Ils le sont beaucoup moins dans les zones où l'habitat est peu dense (zones villas et zones rurales), car la demande de chaleur est faible par rapport à la longueur des conduites à installer, surtout si les maisons sont bien isolées. Suivant le lieu d'implantation, le raccordement d'un bâtiment au réseau de chauffage peut être obligatoire;⁴⁸

- un système décentralisé ne peut être installé que pour autant qu'un espace suffisant soit disponible dans l'immeuble concerné, tant pour la chaudière que pour le combustible (si mazout ou bois);
- pour qu'une pompe à chaleur soit efficace, il faut un bâtiment bien isolé et si possible un chauffage au sol, sous peine d'augmenter considérablement sa consommation d'électricité;⁴⁹
- selon les parties, il y a une volonté politique dans le canton de Fribourg de définir des zones attribuées soit au gaz, soit au CAD;
- une partie des consommateurs est sensible au choix de la source d'énergie ainsi que de la technologie utilisée.

65. Il résulte de ce qui précède qu'il n'existe pas de substituabilité suffisante entre tous les systèmes de chauffage au point qu'ils formeraient un seul et unique marché global de fourniture de chaleur. Chaque système concerné par la concentration sera ainsi examiné en tant que marché séparé.

b. Le chauffage à distance

66. Dans la concentration *AET/SES*,⁵⁰ la COMCO s'est référée à la pratique de la Commission européenne, qui a délimité à plusieurs reprises des marchés de produits dans le domaine de la fourniture de chaleur à distance.

67. Les réseaux de chaleur sont des équipements collectifs de distribution de chaleur produite sous forme de vapeur ou d'eau chaude par les unités de production centralisées. Les principales sources d'énergie primaire pour générer de la chaleur dans ces réseaux sont le gaz, la chaleur provenant de l'incinération des déchets, le charbon ou le fioul lourd.⁵¹

68. La COMCO a par le passé repris la délimitation de marché de la Commission européenne dans ce domaine et a ainsi retenu l'existence d'un **marché de la fourniture de chaleur par les réseaux de chaleur urbains/locaux**.⁵² Il s'agit de la fourniture de chaleur à travers le réseau appartenant généralement au fournisseur.⁵³ Il ne convient pas de s'écarter de cette délimitation dans le cas d'espèce.

69. Dans un cas très particulier, la Commission européenne a délimité un marché de la gestion déléguée des réseaux de chaleur (délégation de service public par contrats de concession) qui n'englobe que la gestion par un gestionnaire autre que la collectivité propriétaire du réseau.⁵⁴ Ce deuxième marché n'est pas concerné ici, selon les déclarations des parties.

c. La fourniture de gaz naturel à des fins de chauffage

70. Concernant le domaine du gaz, le rapport final dans le cas *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*⁵⁵ indique que la pratique de la COMCO s'appuie sur celle de la Commission européenne.⁵⁶

71. De manière semblable à l'électricité, le gaz naturel est acheminé du producteur à l'utilisateur final par un réseau de conduits. Le transport et la distribution de gaz naturel sont en règle générale considérés comme deux monopoles naturels, vu que la construction d'un réseau parallèle de conduits serait extrêmement coûteuse pour d'autres fournisseurs.⁵⁷

72. Concrètement, la COMCO délimite les marchés suivants en matière de gaz, délimitation à laquelle procède également la Commission européenne:⁵⁸

- Marchés liés aux infrastructures de transport:
 - o marché du transport de gaz naturel (par un réseau de conduits à haute pression)
 - o marché de la distribution de gaz naturel (par un réseau de conduits à basse pression)
- Marchés de la vente de gaz naturel:
 - o marché de la livraison de gaz naturel aux revendeurs
 - o marché de la livraison de gaz naturel aux clients finaux (le marché de la livraison de gaz naturel aux clients finaux peut en principe encore être subdivisé selon différents groupes de clients finaux, par ex. centrales à gaz, gros clients industriels, petits clients industriels et commerciaux, ménages, etc.).

73. En l'espèce, dans le domaine de la fourniture de chaleur, seuls les **marchés du transport et de la distribution de gaz naturel** ainsi que le **marché de la livraison de gaz naturel aux clients finaux**, en l'absence du marché de la livraison de gaz naturel aux revendeurs, sont concernés.

⁴⁹ <www.energie-environnement.ch/maison/renovation-et-chauffage/installations/generalites-sur-les-pac> (21.10.2015).

⁵⁰ DPC 2013/3, 341 N 52 ss, *AET/SES*.

⁵¹ DPC 2013, 341 N 53, *AET/SES*; COMP/M.4180 du 14 novembre 2006, N 935, *Gaz de France/Suez*; COMP/M.5793 du 12 mai 2010, N 13, *Dalkia CZ/NWR Energy*.

⁵² COMP/M.5793 du 12 mai 2010, N 17, *Dalkia CZ/NWR Energy*; COMP/M. 5365 du 6 octobre 2009, N 16, *IPO/EnBW/Praha/PT*.

⁵³ COMP/M.5793 du 12 mai 2010, N 13 ss, *Dalkia CZ/NWR Energy*; COMP/M.1402 du 20 janvier 1999, N 18 ss, *GDF/BEWAG/GASAG*.

⁵⁴ COMP/M.4180 du 14 novembre 2006, N 937 ss, *Gaz de France/Suez*.

⁵⁵ DPC 2014/1, 119 N 71, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*.

⁵⁶ Voir DPC 2011/4, 674 N 77 ss, *Fluxys/Swissgas/Transitgas*; voir aussi DPC 2012/3, 463 N 42, *Erdgas Zentralschweiz AG*.

⁵⁷ COMP/M.3696 du 21 décembre 2005, N 97 s., *E.ON/MOL*.

⁵⁸ DPC 2014/1, 120 N 74 ss, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*; DPC 2011/4, 674 N 79 ss, *Fluxys/Swissgas/Transitgas*.

C.3.1.1.2 Domaine de l'électricité

74. Dans le secteur de l'électricité, la COMCO distingue traditionnellement les cinq marchés de produits suivants⁵⁹ production d'électricité, transport d'électricité, distribution d'électricité, fourniture d'électricité et négoce d'électricité.

75. Le **marché de la production d'électricité** (*Stromproduktion*) concerne la génération d'électricité dans les centrales électriques.⁶⁰

76. Le **marché du transport d'électricité** (*Stromübertragung*) concerne le transport de l'électricité sur de grandes distances via le réseau de transport à très haute tension (entre 380 kV et 220 kV).⁶¹

77. Le **marché de la distribution d'électricité** (*Stromverteilung*) concerne le transit de l'électricité dans les réseaux régionaux de basse tension (niveau 7: 400 ou 230 volts), de moyenne tension (niveau 5: entre 10 kV et 35 kV) et de haute tension (niveau 3: entre 50 et 150 kV).⁶² La COMCO a laissé ouverte la question de savoir s'il convient de segmenter plus finement le marché de la distribution, en fonction du niveau de tension des réseaux (basse, moyenne et haute tension).⁶³

78. Le **marché du négoce d'électricité** (*Stromhandel*) concerne la vente et l'achat d'électricité lorsque les transactions ne visent pas nécessairement la satisfaction de besoins des consommateurs finaux. La notion de négoce d'électricité désigne, d'une part, le commerce physique de l'électricité et, d'autre part, celui des produits dérivés (commerce non physique).⁶⁴

79. Le **marché de la fourniture d'électricité** (*Stromversorgung*) concerne la livraison d'électricité aux consommateurs finaux ou à des revendeurs par les fournisseurs d'électricité. Avec l'entrée en vigueur de la Loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité (LApEI; RS 734.7) le 1^{er} janvier 2008, une distinction concernant l'approvisionnement en électricité a été introduite entre, d'une part, les consommateurs qui consomment annuellement moins de 100 MWh par site de consommation (consommateurs dits captifs, art. 6 al. 2 LApEI) et, d'autre part, les consommateurs avec une consommation annuelle dépassant 100 MWh par site de consommation (consommateurs dits éligibles). Tandis que les consommateurs éligibles sont, depuis le 1^{er} janvier 2009, libres de s'approvisionner en électricité auprès d'une entreprise d'approvisionnement en électricité de leur choix, les consommateurs captifs ne bénéficient pas de l'accès au réseau visé à l'art. 13 al. 1 LApEI (art. 6 al. 6 LApEI).⁶⁵

C.3.1.2 Marchés géographiques

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

C.3.1.2.1 Domaine de la chaleur

a. Le chauffage à distance

81. La chaleur est distribuée via les réseaux séparés des fournisseurs locaux. Différents réseaux distribuent la chaleur sur différents territoires. En règle générale et

pour des raisons techniques, les réseaux ne sont pas raccordés entre eux. C'est la raison pour laquelle ils ne sont pas substituables, et chaque réseau doit ainsi être considéré comme un marché propre. Dans des circonstances très particulières, il pourrait être techniquement possible de raccorder des réseaux voisins entre eux. Il en résulterait toutefois des coûts d'investissements élevés et des pertes de chaleur, vu que la chaleur devrait être transportée sur de longues distances. En outre, le raccordement de réseaux peut être soumis à réglementation.⁶⁶

82. Le **marché de la fourniture de chaleur par les réseaux de chaleur urbains/locaux** revêt ainsi une dimension locale, limitée à l'étendue du réseau de distribution de chaleur concerné.⁶⁷

83. Concernant le marché de la gestion déléguée des réseaux de chaleur, la Commission européenne a admis, après une enquête menée sur le marché, qu'il revêtait une dimension nationale.⁶⁸ Ce marché n'est toutefois pas concerné ici, selon les déclarations des parties.

b. La fourniture de gaz naturel à des fins de chauffage

84. De façon générale, il peut être renvoyé à l'affaire *Fluxys/Swissgas/Transitgas*⁶⁹ ainsi qu'au rapport final *Verbandsvereinbarung Erdgas Schweiz*.⁷⁰

85. Selon la pratique de la COMCO, il doit être parti du principe que chaque réseau de transport ou de distribution de gaz naturel définit un **marché de transport de gaz naturel** ou un **marché de distribution de gaz naturel propre**. Bien que les différents réseaux de transport de gaz existants en Suisse soient liés les uns aux autres, ils ne se chevauchent pas. C'est la raison pour laquelle il n'existe, dans la majorité des cas, qu'une seule voie d'approvisionnement en gaz naturel entre un point A et un point B.⁷¹

86. Concernant le **marché de la livraison de gaz naturel aux clients finaux**, les autorités suisses de la concurrence partagent l'opinion des autorités européennes

⁵⁹ DPC 2013/3, 338 N 32, AET/SES; DPC 2006/3, 483 N 65, *Atel - EOSH-Aktiven*.

⁶⁰ DPC 2013/3, 338 N 33, AET/SES; DPC 2006/3, 483 N 64, *Atel - EOSH-Aktiven*.

⁶¹ DPC 2013/3, 338 N 34, AET/SES; DPC 2006/3, 484 N 68, *Atel - EOSH-Aktiven*.

⁶² DPC 2006/3, 484 N 68, *Atel - EOSH-Aktiven*; DPC 2006/3, 459 N 20, *Youility*; DPC 2006/2, 234 N 68 let. c, *Vertriebspartnerschaften der AEW Energie AG et al.*

⁶³ DPC 2013/3, 338 N 35, AET/SES; DPC 2006/2, 234 N 68 let. c, *Vertriebspartnerschaften der AEW Energie AG et al.*

⁶⁴ DPC 2013/3, 338 N 36, AET/SES; DPC 2006/4, 673 N 36, *Gaz de France/Suez*; DPC 2006/3, 483 N 67, *Atel - EOSH-Aktiven*.

⁶⁵ DPC 2013/3, 338 N 37 s., AET/SES.

⁶⁶ COMP/M.5793 du 12 mai 2010, N 14, *Dalkia CZ/NWR Energy*.

⁶⁷ COMP/M.5793 du 12 mai 2010, N 17, *Dalkia CZ/NWR Energy*; COMP/M.5365 du 6 octobre 2009, N 16, *IPO/EnBW/Praha/PT*; DPC 2013/3, 343 N 71, AET/SES.

⁶⁸ COMP/M.4180 du 14 novembre 2006, N 944 s., *Gaz de France/Suez*.

⁶⁹ DPC 2011/4, 676 N 96 ss, *Fluxys/Swissgas/Transitgas*.

⁷⁰ DPC 2014/1, 121 N 81 ss, *Verbandsvereinbarung Erdgas Schweiz*.

⁷¹ DPC 2014/1, 119 et 121 N 72 et 82 à 84, *Verbandsvereinbarung Erdgas Schweiz*.

selon lesquelles la délimitation géographique des marchés pour la vente de gaz naturel est liée au degré de réglementation du marché à examiner. Un marché suprarégional, national ou même international de la livraison de gaz naturel aux clients finaux ne peut entrer en considération que si, d'un côté, les clients finaux sont éligibles et, de l'autre côté, un accès non discriminatoire aux réseaux de transport et de distribution est assuré (voir ci-après). Si ces conditions ne sont pas réalisées, il doit être procédé à une délimitation étroite du marché, à savoir que chaque fournisseur de gaz définit individuellement un marché géographique limité à son réseau historique de conduits.⁷²

87. La question de savoir si un accès non discriminatoire aux réseaux de transport et de distribution est assuré en Suisse ne peut être résolue de façon abstraite. Bien que les livreurs de gaz naturel tiers au réseau peuvent se baser sur l'art. 13 de la Loi fédérale du 4 octobre 1963 sur les installations de transport par conduites de combustibles ou carburants liquides ou gazeux (Loi sur les installations de transport par conduites, LITC; RS 746.1) et l'art. 7 LCart afin de requérir un droit d'acheminement de leur gaz naturel, aucune réglementation des conditions d'accès au réseau ainsi que de la rétribution d'utilisation du réseau ne ressort à proprement parler de la LITC ou de la LCart.⁷³ Dans ce cadre, la délimitation du marché géographique de la livraison de gaz naturel aux clients finaux a été laissée ouverte. Il doit toutefois être relevé que la délimitation d'un marché national ou même international de livraison de gaz naturel aux clients finaux serait possible, vu que le législateur n'a jusqu'à ce jour adopté aucune prescription qui instaurerait un monopole géographique de livraison de gaz naturel aux clients finaux.⁷⁴ Pour combler cette lacune, les distributeurs suisses de gaz naturel ont élaboré de leur propre chef les dispositions nécessaires au règlement de l'accès au marché.⁷⁵ Toutefois, les dispositions de réglementation d'accès au marché contenues dans cet accord interprofessionnel n'ont pas force obligatoire.

88. En résumé, la délimitation géographique du marché de la livraison de gaz naturel aux clients finaux peut éventuellement s'étendre au-delà du réseau de distribution. Vu toutefois que cette délimitation a été laissée ouverte jusqu'à ce jour, la délimitation la plus étroite possible sera retenue en l'espèce, ce qui correspond à la délimitation géographique du marché de la distribution de gaz naturel.

89. Les considérations ci-dessus portant sur la livraison de gaz naturel aux clients finaux sont également valables pour le marché de la livraison de gaz naturel aux revendeurs. Sur le plan réglementaire, rien n'empêche généralement les revendeurs à choisir librement leur fournisseur, la question devant être examinée de cas en cas.⁷⁶ Or et comme indiqué précédemment, ce marché n'est pas concerné par la fourniture de gaz naturel à des fins de chauffage.

C.3.1.2.2 Domaine de l'électricité

90. La dimension géographique du **marché de la production d'électricité** est en tout cas de dimension nationale. Par le passé, la COMCO a laissé ouverte la question de savoir si la dimension géographique du

marché de la production d'électricité dépasse le territoire suisse.⁷⁷

91. La dimension géographique du **marché du transport d'électricité** doit être fixée de cas en cas, dépendant des points géographiques entre lesquels les partenaires de l'échange demandent le service de transport d'électricité. Il convient de préciser qu'un marché ainsi délimité peut inclure des lignes de transport de plusieurs réseaux différents.⁷⁸ Lorsque, pour transporter de l'électricité d'un point A à un point B, il existe plusieurs lignes de transport parallèles et que celles-ci relèvent de réseaux de transport différents, il faut se demander si ces lignes parallèles sont substituables du point de vue de la demande.⁷⁹

92. Selon la pratique constante de la COMCO, le **marché de la distribution d'électricité** correspond à la zone d'extension géographique des réseaux de distribution.⁸⁰

93. La COMCO a retenu que le **marché du négoce d'électricité** dépassait désormais les frontières nationales, mais ne s'est pas prononcée sur l'extension géographique exacte du marché.⁸¹

94. L'extension géographique du **marché de la fourniture d'électricité aux clients captifs** est identique à celle du marché de la distribution d'électricité, car les consommateurs captifs ne disposent, pour l'instant, pas du droit d'accéder au réseau et ne peuvent être approvisionnés que par le gestionnaire de réseaux de distribution (ci-après: GRD) de leur zone de desserte. Ce marché correspond donc à la zone d'extension géographique des réseaux de distribution concernés.

95. Le **marché de la fourniture d'électricité aux clients éligibles** (gros consommateurs finaux et revendeurs d'électricité) revêt une dimension au moins nationale, dans la mesure où le consommateur d'électricité (revendeur ou consommateur éligible) peut se faire approvisionner par n'importe quelle entreprise, quel que soit le lieu où celle-ci est située.⁸²

C.3.2 Position future des entreprises participantes sur les marchés affectés par l'opération de concentration

96. Selon l'art. 11 al. 1 let. d OCCE, seuls les marchés de produits et les marchés géographiques sur lesquels la part de marché totale en Suisse de deux ou plusieurs entreprises participantes est de 20 % ou plus, ou sur

⁷² DPC 2014/1, 121 N 85, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*, DPC 2011/4, 675 et 677 N 81 et 99 ss, *Fluxys/Swissgas/Transitgas*.

⁷³ DPC 2014/1, 121 N 87, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*.

⁷⁴ DPC 2014/1, 121 s. N 89, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*.

⁷⁵ <<http://www.gaz-naturel.ch/gaz-naturel/infrastructure/marche-suisse>> (21.10.2015); <<http://www.ksdl-erdgas.ch/fr/office-de-coordination.html>> (21.10.2015).

⁷⁶ DPC 2014/1, 122 N 90, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*.

⁷⁷ DPC 2013/3, 341 N 57, *AET/SES*.

⁷⁸ DPC 2006/3, 484 N 72, *Atel - EOSH-Aktiven*.

⁷⁹ DPC 2005/2, 352 N 55, *Swissgrid*.

⁸⁰ DPC 2006/3, 484 N 73, *Atel - EOS-Aktiven*.

⁸¹ DPC 2006/3, 485 N 75, *Atel - EOSH-Aktiven*; DPC 2006/4, 675 N 50, *Gaz de France/Suez*.

⁸² DPC 2008/1, 122 N 16, *RE Comm SA/Services Industriels de Lausanne*.

lesquels la part de marché en Suisse de l'une des entreprises participantes est de 30 % ou plus, sont soumis à une analyse détaillée. Ces marchés sont décrits comme «marchés affectés par l'opération de concentration». Si les seuils précités ne sont pas atteints, l'opération de concentration est supposée n'avoir pas d'effets pertinents dans les marchés concernés et il n'est généralement pas utile de procéder à une analyse plus approfondie.

C.3.2.1 Domaine de la chaleur

a. Le chauffage à distance

97. Groupe E produit de la chaleur (principalement avec du bois) et fournit de la chaleur à distance à l'aide de son propre réseau. Géographiquement, ce réseau s'étend à la ville de Fribourg (sauf le Plateau de Pérolles) ainsi qu'à la région fribourgeoise (y compris quelques zones situées dans les cantons voisins).

98. Placad produit également de la chaleur et fournit de la chaleur à distance à l'aide de son propre réseau. Géographiquement, ce réseau s'étend uniquement au Plateau de Pérolles en ville de Fribourg.

99. Vu que le **marché de la fourniture de chaleur** par les réseaux de chaleur à distance revêt une dimension locale, limitée à l'étendue du réseau de distribution de chaleur concerné, Groupe E et Placad ont chacun des parts de marché de 100 % pour la fourniture de chaleur à distance à travers leurs réseaux respectifs. Par conséquent, le marché de la fourniture de chaleur à distance par les réseaux de chaleur de Groupe E et Placad est un marché affecté par la concentration au sens de l'art. 11 al. 1 let. d OCCE. Ce marché est par la suite soumis à une analyse plus approfondie.

b. La fourniture de gaz naturel à des fins de chauffage

100. Frigaz est active sur le marché du transport de gaz naturel, sur le marché de la distribution de gaz naturel ainsi que sur le marché de la livraison de gaz naturel aux clients finaux.

101. Le **marché du transport de gaz naturel** et le **marché de la distribution de gaz naturel** sont en règle générale considérés comme des monopoles naturels. Frigaz dispose ainsi d'une part de marché de 100 % pour le marché du transport et le marché de la distribution de gaz naturel via son réseau de conduits. Par conséquent, le marché du transport et le marché de la distribution de gaz naturel sont tous deux affectés par la concentration au sens de l'art. 11 al. 1 let. d OCCE. Ces marchés sont par la suite soumis à une analyse plus approfondie.

102. Concernant le **marché de la livraison de gaz naturel aux clients finaux**, les distributeurs de gaz naturel exploitent chacun un réseau local qui leur permet de fournir le gaz naturel au client final.⁸³ Conformément à la délimitation la plus étroite de ce marché (voir N 88), à savoir que le marché de la livraison de gaz naturel aux clients finaux correspond au marché de la distribution de gaz naturel, Frigaz dispose d'une part de marché proche de 100 %. Par conséquent, le marché de la livraison de gaz naturel aux clients finaux est affecté par la concen-

tration au sens de l'art. 11 al. 1 let. d OCCE. Ce marché est par la suite soumis à une analyse plus approfondie.

C.3.2.2 Domaine de l'électricité

103. Les parts de marché des entreprises participantes sont présentées dans le tableau suivant. Les calculs reposent sur les chiffres fournis par les parties:

⁸³ <<http://www.gaz-naturel.ch/gaz-naturel/infrastructure/marche-suisse>> (21.10.2015).

		Groupe E (parts de marché)	Celsius		Parts de mar- ché cumulées
			Frigaz (parts de marché)	Placad (parts de marché)	
Production ⁸⁴		[...] GWh/an [0-10 %]	[...] GWh/an [0-10 %]	[...] GWh/an [0-10 %]	[0-10 %] pas affecté
Transport ⁸⁵		[90-100 %]	Electricité injectée dans le ré- seau de Groupe E (0 %)		100 % affecté
Distribution ⁸⁶		[90-100 %]			100 % affecté
Fourniture aux clients captifs (<100 MWh/an) ⁸⁷		[90-100 %]	0 GWh/an (0 %)	0 GWh/an (0 %)	100 % affecté
Fourniture aux clients éligibles (>100 MWh/an) ⁸⁸	Gros consommateurs ⁸⁹	[...] GWh/an ⁹⁰ [10-20 %]	0 GWh/an (0 %)	0 GWh/an (0 %)	[10-20 %] pas affecté
	Revendeurs ⁹¹	[...] GWh/an ⁹² [0- 10 %]	[...] GWh/an [0-10 %]	[...] GWh/an [0-10 %]	[0-10 %] pas affecté

104. En conclusion, il doit être retenu que dans le domaine de l'électricité, le marché du transport de l'électricité, le marché de la distribution d'électricité et le marché de la fourniture d'électricité aux clients captifs sont des marchés affectés par la concentration au sens de l'art. 11 al. 1 let. d OCCE. Ces marchés sont par la suite soumis à une analyse plus approfondie.

C.3.2.3 Analyse des marchés affectés par la concentration au sens de l'art. 11 al. 1 let. d OCCE

C.3.2.3.1 Domaine de la chaleur

a. Le chauffage à distance

105. Considérant que le marché de la fourniture de chaleur par des réseaux de chaleur urbains/locaux est limité à l'étendue du réseau de chaleur considéré, il n'y aura pas d'addition de parts de marché entre la chaleur produite par Groupe E et celle produite par Placad. Dans le cas d'espèce et également vu les participations initiales dans les sociétés concernées, les différents fournisseurs de chaleur ne sont donc pas – ni avant ni après la concentration – en concurrence actuelle et potentielle les uns par rapport aux autres.

106. Concernant la chaleur produite actuellement par Placad, le passage de l'absence de contrôle au contrôle par Groupe E aura pour simple conséquence de transférer au Groupe E le monopole naturel qui est actuellement exercé par Placad sur le réseau concerné (Plateau de Pérolles en ville de Fribourg).

107. En conclusion, le projet de concentration ne fait pas apparaître d'indices qu'il crée ou renforce une position dominante sur le marché de la fourniture de chaleur par des réseaux de chaleur urbains/locaux, et il ne semble pas non plus y avoir d'autres facteurs qui permettraient de retenir la création ou le renforcement d'une position dominante sur ce marché.

b. La fourniture de gaz naturel à des fins de chauffage

108. Dans le cadre de la concentration, Frigaz devient Celsius et passe d'un contrôle conjoint par Groupe E et la Ville à un contrôle unique par Groupe E.

⁸⁴ Le marché de production d'électricité est au moins de dimension nationale. En 2014, la production nationale nette d'électricité s'est élevée à 67'278 GWh (pompage d'accumulation déduit), <http://www.bfe.admin.ch/themen/00526/00541/00542/00630/index.html?lang=fr&dossier_id=04840> (21.10.2015), tableau Excel *Bilan suisse de l'électricité - valeurs annuelles*.

⁸⁵ Les lignes de transport des différents exploitants des réseaux de transport ne sont – à l'exception des lignes parallèles – pas substituables. Un exploitant d'un réseau de transport a dès lors une part de marché de 100 % sur son réseau (DPC 2006/3, 486 note de bas de page 28, *Atel - EOSH-Aktiven*).

⁸⁶ Les réseaux de distribution exploités par les gestionnaires de réseaux de distribution (ci-après : GRD) ne sont en principe pas substituables les uns par rapport aux autres, de sorte que chaque réseau constitue un marché géographique autonome. Chaque GRD dispose d'une part de marché de 100 % sur son propre réseau (DPC 2006/3, 486 note de bas de page 29, *Atel - EOSH-Aktiven*).

⁸⁷ Le marché de la fourniture d'électricité aux clients captifs correspond à la zone d'extension géographique des réseaux de distribution concernés. Chaque GRD dispose sur sa zone de desserte d'un monopole pour la fourniture d'électricité aux consommateurs captifs (DPC 2013/3, 338 N 38, *AET/SES*).

⁸⁸ Le marché de la fourniture d'électricité aux clients éligibles revêt une dimension au moins nationale. La COMCO a laissé ouverte la question de savoir si le marché de la fourniture d'électricité devait être subdivisé en fourniture d'électricité aux gros consommateurs et en fourniture d'électricité aux revendeurs (DPC 2013/3, 344 N 75 s., *AET/SES*). Le tableau prend cette hypothèse en compte.

⁸⁹ Les parties indiquent que le volume total de consommation par les consommateurs finaux éligibles en Suisse est estimé en 2014 et 2015 à 23'750 GWh/an, sur la base de chiffres fournis par l'Elcom.

⁹⁰ Maximum dans l'hypothèse où Groupe E fournirait l'intégralité de son électricité à des gros consommateurs éligibles.

⁹¹ Les parties se réfèrent à l'affaire *AET/SES* (N 76) et proposent de retenir un volume total de consommation nationale en 2014 de 57'466 GWh sur la base des chiffres établis par l'OFEN, <http://www.bfe.admin.ch/themen/00526/00541/00542/00631/index.html?lang=fr&dossier_id=00867> (21.10.2015), document *Aperçu de la consommation d'énergie en suisse au cours de l'année 2014* p. 5.

⁹² Maximum dans l'hypothèse où Groupe E fournirait l'intégralité de son électricité aux revendeurs éligibles.

109. Concernant le gaz transporté et distribué par Frigaz, le passage d'un contrôle conjoint par Groupe E et la Ville à un contrôle unique par Groupe E par le biais de Celsius aura pour simple conséquence de transférer au Groupe E le monopole naturel qui est actuellement exercé par Frigaz sur le réseau concerné (ville de Fribourg, y compris le Plateau de Pérolles, et région fribourgeoise).

110. Il en va de même concernant la livraison de gaz naturel aux clients finaux, le passage d'un contrôle conjoint par Groupe E et la Ville à un contrôle unique par Groupe E par le biais de Celsius n'entraîne aucune addition de parts de marché.

111. En conclusion, le projet de concentration ne fait pas apparaître d'indices qu'il crée ou renforce une position dominante sur le marché du transport et le marché de la distribution de gaz naturel, et il ne semble pas non plus y avoir d'autres facteurs qui permettraient de retenir la création ou le renforcement d'une position dominante sur ces marchés.

C.3.2.3.2 Domaine de l'électricité

a. Transport d'électricité

112. Frigaz et Placad ne sont pas actives sur le marché du transport d'électricité. Ainsi, la concentration notifiée n'entraîne pas d'addition de parts de marché et il ne semble pas non plus y avoir d'autres facteurs qui créeraient ou renforceraient une position dominante de Groupe E.

b. Distribution d'électricité

113. Frigaz et Placad ne sont pas actives sur le marché de la distribution d'électricité et Groupe E dispose avant comme après de 100 % du marché de la distribution d'électricité. Ainsi, la concentration notifiée n'entraîne pas d'addition de parts de marché et il ne semble pas non plus y avoir d'autres facteurs qui créeraient ou renforceraient une position dominante de Groupe E.

c. Fourniture d'électricité aux clients captifs

114. Frigaz et Placad ne sont pas actives sur le marché de la fourniture d'électricité aux clients captifs et Groupe E dispose avant comme après de 100 % du marché de la fourniture d'électricité aux clients captifs. Ainsi, la concentration notifiée n'entraîne pas d'addition de parts de marché et il ne semble pas non plus y avoir d'autres facteurs qui créeraient ou renforceraient une position dominante de Groupe E.

C.3.3 Analyse d'effets verticaux

115. Frigaz étant actuellement le fournisseur de gaz naturel de Placad, il convient également d'examiner les effets verticaux qu'entraîne l'absorption de Placad par Frigaz/Celsius.

116. L'approvisionnement de Placad ne constitue qu'environ [...] % des quantités de gaz fournies par Frigaz. Ainsi, Frigaz ne cessera pas d'approvisionner ses autres clients à la suite de la concentration. En conséquence, aucun risque d'*input foreclosure* n'existe.

117. A cela s'ajoute que la quantité de gaz dont Placad a besoin est relativement modeste de sorte que Placad ne constitue pas un client auquel des fournisseurs de gaz tiers ont nécessairement besoin d'avoir accès. En outre, Placad est déjà à l'heure actuelle approvisionnée uniquement par Frigaz, de sorte que la concentration n'apporte aucune modification de la situation existante. Il n'existe donc pas non plus de *customer foreclosure*.

C.3.4 Conclusion

118. Pour les raisons déjà énoncées, l'examen préalable n'a permis de retenir aucun indice que la concentration créera ou renforcera une position dominante dans le domaine de la fourniture de chaleur par des réseaux de chaleur urbains/locaux, le domaine du gaz ou le domaine de l'électricité. Par conséquent, il n'y a pas lieu de procéder à un examen de l'opération de concentration au sens de l'art. 10 LCart.

B 2.3

5. Vitol Holding/CIEP II S.a.r.l./NSH (North Sea Holding B.V.)/Varo Energy B.V./Argos Downstream Europe B.V.

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 20. August 2015

1. Am 23. Juli 2015 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft zum einen den Zusammenschluss des in der Argos Downstream Europe B.V. (nachfolgend: Argos DSE) zusammengefassten nachgelagerten Erdölgeschäfts der Argos Group B.V. (nachfolgend: Argos) und des nachgelagerten Erdölgeschäfts der Varo Energy B.V. (nachfolgend: Varo). Die beabsichtigte Transaktion umfasst auch, als Gegenleistung für das Einbringen der Argos DSE in die Firma Varo, den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle über Varo durch Argos zusammen mit den gegenwärtigen Aktionären (Vitol Holding und CIEP II S.a.r.l.) und dies mittels der neu zu gründenden North Sea Holding B.V. (nachfolgend: NSH). Sowohl der Zusammenschluss der Argos DSE mit der Varo als auch den indirekten Erwerb von Aktien der Varo durch die NSH werden zusammen nachfolgend als die „beabsichtigte Transaktion“ bezeichnet.

2. Varo wird gemeinsam kontrolliert von der Vitol Refining Group B.V. (nachfolgend: Vitol) und mehreren Portfolio-Gesellschaften (CIEP II S.à.r.l., nachfolgend: CIEP II), welche durch von mit The Carlyle Group L.P. (nachfolgend: Carlyle) verbundenen Unternehmen verwalteten Fonds kontrolliert werden. Varo ist sowohl in der Rohöl-Raffinierung und in der Tanklagerung von raffinierten Erdölprodukten in der Schweiz und in Deutschland als auch im Vertrieb von raffinierten Erdölprodukten in der Schweiz, Deutschland und Österreich tätig. In der Schweiz ist Varo durch die Tochtergesellschaft Varo Energy Holding SA mit Sitz in Genf tätig, diese hat vier 100-prozentige Tochtergesellschaften in der Schweiz: Varo Energy Marketing AG, Varo Energy Tankstorage AG, Varo Refining (Cressier) SA und Varo Direct Sales AG.¹

3. Carlyle ist ein weltweit tätiger Alternative Asset Manager, der Fonds verwaltet, die weltweit in vier Investmentkategorien investieren: Corporate Private Equity, Immobilienvermögen, globale Marktstrategien sowie Solutions.²

4. Vitols Kerngeschäft ist der Handel mit verschiedenen Waren und Finanzinstrumenten, insbesondere im Öl- und Gassektor.³

5. Argos Group Holding B.V. (nachfolgend: Argos Group Holding) ist einzige Aktionärin der Argos. Argos Group Holding und NSH werden durch Reggeborgh Invest B.V. (nachfolgend: Reggeborgh) zu [...] kontrolliert. Der an-

dere Aktionär der NSH und der Argos Group Holding mit einem Anteil von [...] ist die Ruby B.V. (nachfolgend: Ruby). Argos ist im Markt für den Handel mit und die Lieferung von Erdölprodukten für die wasser- und landgebundene Nutzung tätig. Die Aktivitäten von Argos und ihrer Tochtergesellschaften vor der Transaktion umfassen den Handel mit Erdölprodukten und Derivaten, die Tanklagerung von Erdölprodukten, den Grosshandel mit Erdölprodukten und flüssigem Gas (liquified petroleum gas, nachfolgend: LPG), den Detailhandel mit Erdölprodukten und LPG und so genanntes Bunkering von Schiffstreibstoff.

6. Reggeborgh ist an Unternehmen in verschiedenen Sektoren beteiligt. Zusätzlich zum Geschäft, welches von Argos betrieben wird, umfassen die Aktivitäten der Reggeborgh Baudienstleistungen, Immobiliendienstleistungen, die Produktion und den Verkauf von Bau-Zuschlagsstoffen, die Abfallverbrennung, die Vermietung einer Betonfabrik und den Betrieb von On-Shore-Windfarmen in Deutschland. In der Schweiz unterhält Reggeborgh mit Verkäufen von weniger als [...] (im Jahr 2014) nur sehr geringe Aktivitäten, welche ohne Bezug zu den Aktivitäten von Varo sind.

7. Argos DSE ist eine Tochtergesellschaft der Argos, welcher – in Vorbereitung der geplanten Transaktion – alle in Rz 5 erwähnten nachgelagerte Erdölaktivitäten⁴ von Argos zum Zwecke des Zusammenschlusses mit Varo übertragen wurden. In der Schweiz ist die Argos DSE über ihre Tochtergesellschaft Argos Switzerland AG mit Sitz in Zug (nachfolgend: Argos Switzerland) im Grosshandel mit Benzin, Diesel und Heizöl tätig. Zusätzlich hält die Argos Switzerland eine 50-prozentige Beteiligung an der Rhytank AG (nachfolgend: Rhytank). Rhytank ist eine Tanklageranlage für Erdölprodukte. Sie wird gemeinsam von Argos Switzerland und der Fluvia AG kontrolliert und hat ihren Sitz in Birsfelden. Argos Switzerland wird einen Vertrag schliessen, um die restlichen 50 % der Rhytank-Aktien zu erwerben, die gegen-

¹ Vgl. RPW 2014/1, 305 Rz 4, *Carlyle Group/Vitol Group/Varo Energy Holding* und RPW 2014/4, 726 Rz 6, *Varo Energy Tankstorage AG/Varo Energy Marketing AG/Total (Suisse) SA* für eine detaillierte Beschreibung der Aktivitäten der Varo-Tochterunternehmen: Varo Energy Marketing AG, Varo Energy Tankstorage AG und Varo Refining (Cressier) SA.

² Vgl. RPW 2014/1, 305 Rz 2, *Carlyle Group/Vitol Group/Varo Energy Holding* und RPW 2014/4, 726 Rz 3, *Varo Energy Tankstorage AG/Varo Energy Marketing AG/Total (Suisse) SA* für detaillierte Angaben zu weiteren Portfolio-Gesellschaften von Carlyle in der Schweiz nebst ihrer Tochtergesellschaft Varo.

³ Vgl. RPW 2014/1, 305 Rz 3, *Carlyle Group/Vitol Group/Varo Energy Holding* und RPW 2014/4, 726 Rz 4, *Varo Energy Tankstorage AG/Varo Energy Marketing AG/Total (Suisse) SA* für die detaillierte Beschreibung der Aktivitäten von Vitol.

⁴ Eine Ausnahme hingegen bilden das LPG-Geschäft im Grosshandel sowie das meeresgebundene Bunkering (bunkering of marine fuels), diese (nachgelagerten Aktivitäten) wurden nicht auf die Argos DSE übertragen.

wärtig von der Fluvia AG gehalten werden.⁵

8. Ziel des Zusammenschlussvorhabens ist es, dass Varo und Argos DSE ihre Aktivitäten in der Erdölindustrie zusammenlegen und ihr jeweiliges Netzwerk ausbauen. Die Geschäftstätigkeiten von Varo konzentrieren sich vorwiegend auf die Schweiz und Deutschland und sind in den Benelux-Staaten relativ beschränkt. Die Aktivitäten der Argos DSE konzentrieren sich demgegenüber hauptsächlich auf die Benelux-Staaten. Die neu entstehende Unternehmenseinheit wird die Grosshandelsaktivitäten von Argos DSE in den Niederlanden und Belgien mit komplementären Grosshandelsaktivitäten von Varo in Deutschland und der Schweiz verbinden. Zusätzlich werden die Grosshandels- und Inland-Bunkering-Aktivitäten von Argos DSE von der vertikalen Integration in die Raffinerie- und Tanklager-Aktivitäten von Varo profitieren. Argos wird dadurch weniger abhängig von Drittlieferanten, aus diesem Grund wird der Zusammenschluss, gemäss Angaben der Parteien, zu zusätzlicher Wertschöpfung führen.

9. Die beabsichtigte Transaktion besteht aus zwei Teilen. Sie stellt einen einzigen Zusammenschluss dar, wenn die beiden Teile der beabsichtigten Transaktion so miteinander verbunden sind, dass keiner ohne den anderen durchgeführt werden würde.⁶ Gemäss Angaben der Parteien ist dies im vorliegenden Zusammenschluss der Fall, da jeder Teil die Gegenleistung für den anderen Teil darstellt. Im ersten Teil der Transaktion kommt es zu Änderungen in der Gesellschaftsstruktur von Varo und dem Erwerb gemeinsamer Kontrolle von Varo durch Vitol, CIEP II und NSH und im zweiten Teil der Transaktion schliessen sich Argos DSE und Varo zusammen (vgl. Rz 10 und 11).

10. Im ersten Teil der beabsichtigten Transaktion erhöht Varo das Aktienkapital durch die Ausgabe neuer Aktien. Im Ergebnis dieser Transaktion werden Vitol, CIEP II und NSH Anteile an Varo halten. Der Erwerb von Aktien durch die NSH stellt einen Erwerb gemeinsamer Kontrolle über Varo dar. Auch die Anzahl kontrollierender Gesellschaften ändert durch diesen Teil der Transaktion von zwei auf drei, was ebenfalls einen Erwerb gemeinsamer Kontrolle darstellt.⁷

11. Im zweiten Teil der beabsichtigten Transaktion werden Argos DSE und die nachgelagerten Geschäfte von Varo so zusammengelegt, dass Varo direkte Eigentümerin ihrer eigenen bestehenden Geschäfte und der in Argos DSE zusammengefassten Geschäfte (vgl. Rz 7) sein wird.

12. Als Unternehmen mit eigener Marktpräsenz in einer Vielzahl verschiedener Märkte ist Varo ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen. Nach Umsetzung der beabsichtigten Transaktion erwirbt Varo die alleinige Kontrolle über die Argos DSE, und dies stellt gemäss Art. 4 Abs. 3 KG in Verbindung mit Art. 1 VKU einen Unternehmenszusammenschluss dar (vgl. Rz 9).

13. Die sachliche Marktabgrenzung führt zur Betrachtung von verschiedenen Märkten bezüglich Erdölprodukten. Die WEKO hat sich mit der Herstellung und dem Vertrieb von Erdölprodukten insbesondere in den Fällen Tamoil Distribution SA / TotalFinaElf (Suisse) SA und Potrans SA (RPW 2003/1, 161 f. Rz 10), BP / E.ON

(RPW 2002/3, 467 f. Rz 10 ff.), Carlyle Group / Vitol Group / Varo Energy Holding (RPW 2014/1, 305 Rz 6) und Varo Energy Tankstorage AG/Varo Energy Marketing AG/Total (Suisse) SA (RPW 2014/4, 726 ff.) auseinandergesetzt. Im Rahmen der vorgenannten Praxis wurden für die Stufen Herstellung und Vertrieb die raffinierten Erdölprodukte unterteilt in Treibstoffe (teilweise weiter unterteilt in Benzin und Diesel, und teilweise, aufgrund der Substituierbarkeit auf der Angebotsseite, in einem Markt zusammengefasst), Flugbenzin (Kerosin), Heizöl, Schmierstoffe und Bitumen. Die WEKO war der Auffassung, dass diese Produkte nicht miteinander austauschbar und – mit Ausnahme der Treibstoffe – jeweils homogen sind. Sie unterschied nicht zwischen Raffinerung und Ex Raffinerie Verkäufen und es wurde kein separater, sachlicher Markt für die Raffinerung definiert.

14. In ihren neuesten Entscheidungen⁸ in Bezug auf den Vertrieb von Erdölprodukten hielt die WEKO fest, dass in Bezug auf den Vertrieb von Benzin und Diesel die Vertriebskanäle auf der Grosshandels- und der Detailhandelsebene beinahe identisch seien und daher Benzin und Diesel als ein sachlich relevanter Markt zu betrachten sei. Die genaue Marktabgrenzung in Bezug auf den Vertrieb von Erdölprodukten liess die WEKO letztlich allerdings offen.

15. Im vorliegenden Fall wird für die Analyse von einem sachlich relevanten Markt für den Grosshandel von Benzin und Diesel ausgegangen. Es kann aber letztlich offen gelassen werden, ob dieser in weitere Teilmärkte (beispielsweise in separate Märkte für den Grosshandel von Diesel und den Grosshandel von Benzin) zu unterteilen ist, da dies das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

16. Die WEKO ist in ihrer Praxis von einem sachlich relevanten Markt für den Grosshandel von Heizöl ausgegangen, der sich vom Markt für den Vertrieb von Treibstoffen auf Grosshandelsstufe unterscheidet, hat die genaue sachliche Abgrenzung dieses Marktes aber schliesslich offen gelassen.⁹ Im vorliegenden Fall beschränken sich die Aktivitäten von Argos DSE im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Brennstoffen auf den

⁵ Betreffend den Abschluss dieses Vertrags wurde, gemäss Angaben der Parteien, am 29. Juni 2015 ein Term Sheet unterzeichnet. Argos Switzerland beabsichtigt, den Kauf sobald als möglich nach dem Ende dieses Zusammenschlussverfahrens zu vollziehen. Der Anteilserwerb ist unabhängig von diesem Zusammenschlussverfahren und erfolgt auf Initiative von Argos Schweiz und ist, gemäss Angaben der Parteien, in der Schweiz nicht meldepflichtig.

⁶ MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert [Hrsg.], 2010, Art. 4 Abs. 3 KG N 447.

⁷ Vgl. RPW 2006/3, 467 f. Rz 7, NZZ/Ringier/Edipresse.

⁸ RPW 2014/4, 727 Rz 12, Varo Energy Tankstorage AG/Varo Energy Marketing AG/Total (Suisse) SA und RPW 2015/2, 326 Rz 8, Varo Energy Germany GmbH/GEKOL Mineralölhandel GmbH & Co. KG.

⁹ RPW 2014/4, 727 Rz 14, Varo Energy Tankstorage AG/Varo Energy Marketing AG/Total (Suisse) SA und RPW 2015/2, 325 Rz 10, Varo Energy Germany GmbH/GEKOL Mineralölhandel GmbH & Co. KG.

Vertrieb von Heizöl und es ist, analog zur Praxis der Europäischen Kommission¹⁰ von einem Markt für den Grosshandel von Heizöl auszugehen und ein solcher abzugrenzen. Die genaue sachliche Abgrenzung dieses Marktes kann aber schliesslich offen gelassen werden, da diese das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

17. Die WEKO hat in der Vergangenheit auf die Praxis der Europäischen Kommission Bezug genommen und entsprechend ein separates Marktsegment für den Grosshandel von LPG und den Grosshandel für Schweröl angenommen, die genaue sachliche Abgrenzung allerdings offen gelassen.¹¹ Im vorliegenden Fall ist von einem Markt für den Grosshandel von LPG und einem Markt für den Grosshandel von Schweröl auszugehen. Die genaue sachliche Abgrenzung kann allerdings offen gelassen werden, da diese das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

18. Die Europäische Kommission erwog, jeweils separate Märkte für die Lagerung von Rohöl, raffinierten Erdölprodukten, Pflanzenölen, Chemikalien und Gas zu unterscheiden, und begründete dies damit, dass die Tanks für die Lagerung jeder dieser genannten Produkte sich unterscheiden bezüglich die technischen Merkmale, ihrer Grösse und ihrer Nebenanlagen (Pipeline-Verbindungen, Anlegestellen, Anlegebrücken usw.).¹²

19. Die WEKO hat in ihrer bisherigen Praxis einen sachlich relevanten Markt für die Lagerung von raffinierten Erdölprodukten abgegrenzt.¹³ Im vorliegenden Fall wird von einem sachlich relevanten Markt für die Lagerung von raffinierten Erdölprodukten ausgegangen.

20. Bei der räumlichen Marktabgrenzung ist die WEKO in ihrer bisherigen Praxis von einem nationalen Markt für Mineralölprodukte (Motorkraftstoff, Kerosin, Brennstoffe und Schmierstoffe), einem internationalen Markt für Rohöl und einem regionalen Markt für Bitumen ausgegangen.¹⁴ Die WEKO hat den Vertrieb von Tankstellen bei Tamoil Distribution SA / TotalFinaElf (Suisse) SA und Potrans S.A. (RPW 2003/1, 162 f. Rz 12) aufgrund der landesweit weitgehend homogenen Wettbewerbsverhältnisse und der im Vergleich zum benachbarten Ausland geringeren Fiskalbelastung national abgegrenzt.

21. Gemäss den Parteien zeigen die Daten der Schweizer Erdöl-Vereinigung, dass im Jahr 2013 über 60 % und im Jahr 2012 über 72 % der raffinierten Erdölprodukte in die Schweiz importiert wurden, was ein starker Indikator dafür ist, dass der räumliche Markt im Bereich des Grosshandels für raffinierte Erdölprodukte grösser ist als die Schweiz. Zusätzlich bestätigt die Entwicklung der Einfuhrstatistik der Jahre von 2011 bis 2013, dass der räumliche Markt im Bereich des Grosshandels für raffinierte Erdölprodukte weiter sein muss als die Schweiz.

22. Die Europäische Kommission hat in der Regel den räumlichen Markt für Ex Raffinerie Verkäufe mindestens EWR-weit definiert. Im Fall BP/Mobil stellte die Kommission fest, dass sich die geografische Reichweite für alle Ex Raffinerie Verkäufe über die EU oder Westeuropa erstreckt.¹⁵ Im Fall PKN/Mazeikiu war die Kommission der Auffassung, dass der räumlich relevante Markt für den Ex Raffinerie Verkauf von Flüssiggas (LPG) EWR-weit oder sogar weiter, einschliesslich der GUS-Staaten,

sei.¹⁶ Gemäss der Kommission sei dies insbesondere darum der Fall, weil Lieferanten aus den GUS-Ländern bereits an Frachtkunden in der Region Zentral- und Osteuropa liefern.

23. Gestützt auf die Angaben der Parteien (vgl. Rz 21) ist eine rasche Anpassung der importierten Volumina von raffinierten Erdölprodukten an eine veränderte Nachfrage möglich und findet auch statt, was auf eine Substituierbarkeit der im In- und Ausland raffinierten Erdölprodukte schliessen lässt. Es könnte daher auch für die Märkte des Grosshandels mit Mineralölprodukten von einer EWR-weiten und die Schweiz umfassenden räumlichen Marktabgrenzung auszugehen sein. Folglich ist eine mindestens nationale Marktabgrenzung vorzunehmen, wovon die WEKO in ihren neuesten Entscheidungen¹⁷ auch ausging, obwohl sie die genaue räumliche Marktabgrenzung letztlich offen liess.

24. Die WEKO ist beim Markt für die Lagerung von raffinierten Erdölprodukten in ihrer neuesten Entscheidungen in räumlicher Hinsicht von einem nationalen Markt ausgegangen, liess die genaue Marktabgrenzung letztlich jedoch offen.¹⁸

25. Für alle in Rz 13–19 abgegrenzten sachlichen Märkte ist daher von nationalen bzw. mindestens nationalen räumlichen Märkten auszugehen. Eine genaue räumliche Abgrenzung dieser Märkte kann offen gelassen werden, da das Ergebnis der nachfolgenden Analyse bei jeder denkbaren räumlichen Abgrenzung gleich bleibt.

26. Bei einer von den Parteien vorgeschlagenen denkbaren räumlichen Marktabgrenzung, welche den EWR und die Schweiz umfasst, wären für das Jahr 2014 die Marktanteile der beiden Zusammenschlussparteien, gemäss Angaben der Parteien, für alle hier betroffenen Märkte jeweils im niedrigen einstelligen Prozentbereich oder gleich Null. Konkret hätte Argos DSE bei einer solchen Abgrenzung einen Marktanteil im Grosshandel mit Diesel und Benzin von [0–10] %, im Grosshandel mit Heizöl von [0–10] % und im Grosshandel mit LPG und demjenigen mit Schweröl von jeweils gleich Null. Die Marktanteile von Varo würden im Markt für den Grosshandel von Diesel und Benzin [0–10] %, im Grosshandel mit Heizöl [0–10] %, im Grosshandel mit LPG [0–10] % und im Grosshandel mit Schweröl [0–10] % betragen.

¹⁰ Case COMP/M.4348, Rz 9 ff, *PKN/Mazeikiu*.

¹¹ RPW 2014/1, 305 Rz 7, *Carlyle Group/Vitol Group/Varo Energy Holding*.

¹² Case COMP/M.1621, Rz 8, *Pakhoed/Van Ommeren (II)*.

¹³ RPW 2014/1, 306 Rz 11, *Carlyle Group/Vitol Group/Varo Energy Holding* und RPW 2015/2, 326 Rz 11, *Varo Energy Germany GmbH/GEKOL Mineralölhandel GmbH & Co. KG*.

¹⁴ RPW 2002/3, 468 Rz 16, *BP / E.ON*.

¹⁵ Case COMP/M.727, Rz 34, *BP/Mobil*.

¹⁶ Case COMP/M.4348, Rz 32, *PKN/Mazeikiu*.

¹⁷ RPW 2014/4, 727 Rz 17, *Varo Energy Tankstorage AG/Varo Energy Marketing AG/Total (Suisse) SA* und RPW 2015/2, 327 Rz 16, *Varo Energy Germany GmbH/GEKOL Mineralölhandel GmbH & Co. KG*.

¹⁸ RPW 2014/1, 305 Rz 9 und 11, *Carlyle Group/Vitol Group/Varo Energy Holding* und RPW 2015/2, 326 Rz 15 und 16, *Varo Energy Germany GmbH/GEKOL Mineralölhandel GmbH & Co. KG*.

Tabelle 1: Marktanteile der Parteien in der Schweiz für den Handel mit und die Lagerung von Erdölprodukten

Markt	Erdölprodukte: Marktanteile in der Schweiz (nach Volumen) im Jahr 2014 (Angaben in Prozent)		
	Argos DSE	Varo	Kumuliert
Grosshandel Diesel/Benzin	[0–10]	[30–40]	[30–40]
- Grosshandel Diesel	[0–10]	[30–40]	[30–40]
- Grosshandel Benzin	[0–10]	[30–40]	[30–40]
Grosshandel Heizöl	[0–10]	[30–40]	[30–40]
Grosshandel Kerosin	0,0	[0–10]	[0–10]
Grosshandel LPG	0,0	[40–50]	[40–50]
Grosshandel Schweröl	0,0	[70–80]	[70–80]
Detailhandel Heizöl	0,0	[0–10]	[0–10]
Detailhandel Benzin und Diesel	[0–10]	[0–10]	[0–10]
Lagerung von raffinierten Erdölprodukten (Argos hält 50 % der Rhytank AG)	[0–10]	[0–10]	[10–20]

Bemerkung: Grau hinterlegt: Betroffener Markt

Quelle: Sämtliche Angaben sind Angaben der Parteien gestützt auf interne Berechnungen zum individuellen Volumen und von der Schweizer Erdöl Vereinigung veröffentlichte Zahlen (Gesamtnachfrage Erdölprodukte in der Schweiz). Die Anteile für den Markt „Lagerung von raffinierten Erdölprodukten“ sind Schätzungen der Parteien ihrer eigenen Kapazitäten relativ zur gesamten Marktkapazität, letztere basiert, gemäss Angaben der Parteien, auf von Carbura veröffentlichten Daten.

27. Wie in Tabelle 1 ersichtlich, sind bei einer nationalen räumlichen Marktsegmentierung (vgl. Rz 25) die Marktanteile von Argos in den betroffenen Märkten mit Marktanteilsaddition relativ klein und führen somit beim geplanten Zusammenschluss lediglich zu einer sehr geringen Marktanteilsaddition und, unabhängig von der Marktsegmentierung, zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken. Auf Basis des Absatzvolumens im Jahr 2014 beträgt der Anteil von Argos im Markt für den Grosshandel von Diesel und Benzin in der Schweiz [0–10] % und im Markt für den Grosshandel von Heizöl in der Schweiz [0–10] %. Sofern der Markt für den Grosshandel von Diesel und Benzin weiter unterteilt werden würde, beträgt der schweizweite Marktanteil von Argos beim Grosshandel von Diesel ungefähr [0–10] % und beim Grosshandel von Benzin [0–10] %. Die Anteile von Varo im Markt Grosshandel von Diesel und Benzin betragen ungefähr [30–40] %. Für den Fall, dass der Markt für den Verkauf von Diesel und Benzin auf der Grosshandelsebene weiter segmentiert werden würde, sind es für Grosshandel von Diesel [30–40] % und für Grosshandel von Benzin ungefähr [30–40] %. Im Markt Grosshandel von Heizöl hat die Varo einen ungefähren Marktanteil von [30–40] %.

28. Im Ergebnis wird die Transaktion nicht zu nennenswerten Marktanteilsadditionen führen, unabhängig da-

von, ob die Auswirkungen für die Märkte Grosshandel von Diesel, Grosshandel von Benzin und Grosshandel von Heizöl je einzeln berücksichtigt werden oder ob der Markt Grosshandel von Diesel und Benzin, so wie in Rz 15 abgegrenzt, als ein Markt betrachtet wird. Aus diesen Gründen kann die Transaktion nicht zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Position führen.

29. Es ist weiter zu berücksichtigen, dass die Marktanteile der in Rz 27 genannten Märkte auf einer nationalen räumlichen Abgrenzung basieren. Die Europäische Kommission hat den geographischen Markt für die dort abgegrenzten Grosshandelsmärkte teilweise weiter als national abgegrenzt (vgl. Rz 22). Bei einer räumlichen Abgrenzung, die den EWR und die Schweiz umfasst, ergäben sich, gestützt auf Angaben der Parteien, wesentlich tiefere Marktanteile für Argos DSE und die gemeinsamen Anteile mit Varo nach Abschluss der geplanten Transaktion verglichen mit einem Markt, der räumlich nur die Schweiz umfasst (vgl. Rz 26). Bei keiner möglichen räumlichen Segmentierung führt das geplante Zusammenschlussvorhaben – aufgrund der geringen Marktanteilsadditionen – zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

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

B 2.3	6. Migros/Lüchinger+Schmid-Gruppe
-------	------------------------------------------

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 10. März 2015

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 10. März 2015

A Sachverhalt

1. Am 10. Februar 2015 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt der Migros-Genossenschafts-Bund (nachfolgend: MGB) bzw. die vom MGB kontrollierte Migros Beteiligungen AG (nachfolgend: Migros Beteiligungen) die alleinige Kontrolle über die L+S Holding AG (nachfolgend: L+S Holding) einschliesslich derer Tochtergesellschaften (zusammen nachfolgend: L+S-Gruppe) zu übernehmen.

2. Die Migros-Gruppe ist hauptsächlich im Detailhandel (in den Bereichen Food, Near Food und Non Food) tätig. Zudem verfügt die Migros mit den Migros-Industrien über eigene Produktionsbetriebe, wie beispielsweise die Midor AG mit Sitz in Meilen als Produzentin von v.a. Biscuits und Glacé sowie die Jowa AG mit Sitz in Volketswil, welche insbesondere Back- und Teigwaren herstellt. Daneben ist die Migros mit folgenden Gesellschaften auch im Grosshandel tätig: die 2013 gegründete Saviva AG (nachfolgend: Saviva), zu der die Geschäftsbereiche CCA Angehrn (Abholgrosshandel) sowie Scana (Zustellgrosshandel) gehören, und die Mérat und Cie. AG (nachfolgend: Mérat), welche sowohl Fleisch- und Fleischprodukte als auch Fisch und Seafood-Produkte verarbeitet und diese an Gastronomiebetriebe liefert.¹ Der MGB erbringt insbesondere zentrale Dienste und hält Tochtergesellschaften.

3. Die L+S-Gruppe handelt primär mit Eiern, welche sie im In- und Ausland einkauft. Zu ihrer Tätigkeit als Händlerin gehört, dass sie diejenigen Eier, welche sie als Schaleneier und somit als sog. Konsumeier verkauft, sortiert, verpackt, etikettiert und in der Regel an ihre Kunden ausliefert. Ein Teil der von ihr eingekauften Eier werden von ihr zudem zu Eiprodukten wie Flüssigeiprodukten und Stangeneiern verarbeitet. Eiprodukte kauft sie auch bei Herstellern im Ausland ein. Daneben ist sie als Zustellgrosshändlerin für gekühlte Frisch- und Tiefkühlprodukte tätig und erbringt Logistikleistungen für Dritte, namentlich im Bereich Distribution, Transport und Lagerung. Muttergesellschaft der L+S-Gruppe ist die L+S Holding mit Sitz in Appenzell. Deren (direkte oder indirekte) Tochtergesellschaften sind die Lüchinger+Schmid AG (nachfolgend: L+S), die Proei AG, die Orofrais SA (nachfolgend: Orofrais), die Eier Hungerbühler AG (nachfolgend: Hungerbühler) und die Farmco AG,

die primär im Eierhandel und teilweise auch im Grosshandel tätig sind, die EGW Liegenschaften AG (An- und Verkauf sowie Verwaltung von Liegenschaften) und die Labeye AG (insbesondere Belieferung von Privatkunden mit Schaleneiern). [...].

4. Veräusserer ist Rudolf O. Schmid, welcher zur Zeit [...] % der Aktien der L+S Holding hält. [...].

5. Sowohl die Migros-Gruppe (mit Scana und Mérat) als auch die L+S-Gruppe sind im Zustellgrosshandel tätig (vgl. Rz 2 und 3). Gemäss den Parteien erhofft sich die Migros-Gruppe durch die vorliegende Übernahme eine Ergänzung ihres Angebots im Belieferungsgrosshandel und namentlich im Bereich der Logistik die Generierung von Effizienzvorteilen, während der Veräusserer Rudolf O. Schmid damit die Nachfolge für sein Unternehmen regeln möchte.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

7. Migros Beteiligungen beabsichtigt, 100 Prozent der Aktien der L+S Holding von Rudolf O. Schmid zu erwerben. [...].

8. Aus Vorgenanntem geht hervor, dass es sich vorliegend um einen Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) handelt.

B.2 Meldepflicht

9. Gemäss Art. 9 Abs. 1 KG sind Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen meldepflichtig, wenn die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Mrd. Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Mio. Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Mio. Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

10. Die nachfolgende Tabelle 1 zeigt die schweiz- und weltweiten Umsätze der beteiligten Unternehmen für das Geschäftsjahr 2013. Gemäss den Parteien lagen für das Geschäftsjahr 2014 noch keine definitiven Umsatzzahlen vor.

¹ Vgl. <www.mindustry.com/de/company.html+/company/8-M%C3%A9rat/> (19.02.2015).

Tabelle 1: Schweiz- und weltweite Umsätze der beteiligten Unternehmen, 2013

Parteien	Umsätze [CHF Mio.]	
	schweizweit	weltweit
Migros-Gruppe	24'223	26'737
L+S-Gruppe	[...]	[...] ²

11. Wie aus Tabelle 1 ersichtlich ist, werden die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG erreicht. Somit handelt es sich um einen meldepflichtigen Zusammenschluss.

B.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

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

13. 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.3.1 Relevante Märkte

14. Vorliegend werden lediglich diejenigen relevanten Märkte definiert, in welchen die zu übernehmende L+S-Gruppe tätig ist.

B.3.1.1 Sachlich relevante Märkte

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

B.3.1.1.1 Absatzmärkte

16. Eierhändler in der Schweiz beschaffen Eier bei Eierproduzenten im In- und Ausland. Sie verkaufen Eier von Eierproduzenten in der Schweiz zum grossen Teil sortiert und verpackt als Schaleneier und somit als sogenannte Konsumeier weiter.³ Auch ausländische Eier werden teilweise als Schaleneier weiterverkauft.⁴ Ausländische Eier werden in der Regel via das Zollkontingent Nr. 9 „Vogeleier in der Schale“ eingeführt, entweder via das Teilzollkontingent Nr. 9.1 Konsumeier oder das Teilzollkontingent Nr. 9.2 Verarbeitungseier (vgl. Rz 39). Werden sie über das letztgenannte Teilzollkontingent eingeführt, müssen sie gemäss Art. 5 der Eierverordnung⁵ zu Eiprodukten verarbeitet werden. Mehrere in der Schweiz tätige Eierhändler sind auch Produzenten von Eiprodukten wie flüssiges Eigelb und geschälte, hartgekochte Eier. Dafür werden sowohl in- als auch ausländische Eier verwendet.

Handel mit Eiern und Eiprodukten

17. Im Entscheid Eierhandel hat die WEKO einen Markt für den industriellen Handel mit Eiern abgegrenzt und führte dazu aus, dass dieser neben der Vermarktung der Eier auch diverse Veredelungsprozesse umfasst.⁶ Gemäss vorgenanntem Entscheid besteht die Hauptaktivität der Eierhändler in der Beschaffung der Eier sowie der Sicherstellung der von Abnehmern vorgegebenen Qualitätsanforderungen; als weitere Aktivitäten der Eierhändler nennt der Entscheid die Sortierung, die Verpackung, die Preisauszeichnung, die Etikettierung, die Bestellungenabwicklung, die Lieferlogistik und die Garantie der Liefersicherheit.⁷ Kleinere Eierverkäufer, die Eier nur im Nebenerwerb vertreiben und nicht die kritische Grösse erreichen, um den Detailhandel zu beliefern, können gemäss dem Entscheid Eierhandel nicht dem Markt für den industriellen Handel mit Eiern zugerechnet werden.⁸ Nachfolgend wird in Übereinstimmung mit der Praxis der WEKO (absatzseitig) von einem sachlich relevanten Markt für den industriellen Handel mit Eiern ausgegangen.

18. Im Entscheid Eierhandel wurden gemäss den ausgewiesenen Marktanteilen in dessen Tabelle 2⁹ neben dem industriellen Handel mit Konsumeiern auch der Handel mit Eiprodukten berücksichtigt. Jenem Entscheid folgend wird für vorliegendes Zusammenschlussvorhaben der Handel mit Eiprodukten dem Markt für den industriellen Handel mit Eiern als zugehörig betrachtet (vgl. Marktanteile in Tabellen 2 und 3). Es ist aber auch denkbar, den Handel mit Eiern und den Handel mit Eiprodukten als eigenständige sachliche Märkte zu betrachten und den Handel mit Eiprodukten weiter nach Produktarten (z.B. gemäss Rz 19 ff.) zu unterscheiden. Zudem wurde im Entscheid Eierhandel nur der Handel mit Schweizer Eiern und mit Eiprodukten aus Schweizer Eiern berücksichtigt.¹⁰ Es ist aber auch denkbar, den absatzseitigen industriellen Handel mit Eiern inkl. den

² Weltweiter konsolidierter Umsatz gemäss Angaben der Parteien. Gemäss Homepage der L+S-Gruppe betrug der Umsatz 2013 CHF 201 Mio.; vgl. <www.luechinger-schmid.ch/html/de/01-unternehmen/kennzahlen.php> (03.02.2015).

³ Vgl. RPW 2011/2, 235 Rz 47, *Eierhandel*.

⁴ Vgl. RPW 2011/2, 235 Rz 45, *Eierhandel*.

⁵ Verordnung über den Eiermarkt vom 26. November 2003 (Eierverordnung, EiV; SR 916.371). Vgl. auch Verordnung über die Einfuhr von landwirtschaftlichen Erzeugnissen vom 26. Oktober 2011 (Agrareinfuhrverordnung, AEV; SR 916.01), Anhang 5 Marktordnung Eier und Eiprodukte.

⁶ RPW 2011/2, 237 Rz 58, *Eierhandel*.

⁷ RPW 2011/2, 236 Rz 56, *Eierhandel*.

⁸ RPW 2011/2, 236, Rz 52 und 55, *Eierhandel*.

⁹ RPW 2011/2, 240 Tabelle 2, *Eierhandel*.

¹⁰ Dies geht aus den ausgewiesenen Marktanteilen in Tabelle 2 des Entscheids Eierhandel hervor: RPW 2011/2, 240 Tabelle 2, *Eierhandel*.

Handel mit ausländischen Eiern und Eiprodukten aus ausländischen Eiern zu betrachten. Da diese weiteren in dieser Randziffer genannten Unterteilungen dieser Märkte das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert, kann die genaue sachliche Abgrenzung bezüglich der Produktion von Eiprodukten aber offen gelassen werden.

Produktion von Eiprodukten

19. Mehrere Eierhändler in der Schweiz sind auch als Produzenten von Eiprodukten tätig.¹¹ Für ihre Produktion von Eiprodukten verwenden die Produzenten von Eiprodukten in der Schweiz sowohl in- als auch ausländische Eier (vgl. Rz 16). Von den in der Schweiz produzierten Eiern wird allerdings nur ein kleiner Teil zu Eiprodukten weiterverarbeitet.¹² Zudem ergänzen verschiedene Eierhändler in der Schweiz ihre Produktpalette mit importierten Eiprodukten. Zu den Eiprodukten gehören insbesondere Flüssigeiprodukte wie flüssiges Eiweiss, flüssiges Eigelb, Eimassen für Rührei und Eistreiche, Trockeneiprodukte wie Eigelb-, Eiweiss- und Vollei-Pulver sowie weitere Eiprodukte ohne Schale wie beispielsweise hartgekochte und geschälte Eier und geschnittene Stangeneier. Solche Eiprodukte werden von Eierhändlern und Eiprodukteherstellern in der Regel insbesondere an Lebensmittelhersteller und die Gastronomie verkauft sowie über den Lebensmittelgrosshandel abgesetzt. Im Weiteren stellen Produzenten von Eiprodukten hartgekochte Eier her, die in der Schale weiterverkauft werden, insbesondere gefärbte Eier (Picknick-Eier). Diese Produkte können ebenfalls zu den Eiprodukten gezählt werden. Werden die rohen Eier hierfür mittels Zollkontingent Nr. 9 (vgl. Rz 16) importiert, hat dies via Teilzollkontingent für Konsumeier zu erfolgen und nicht über dasjenige für Verarbeitungseier. Während viele Eiprodukte gar nicht oder nur zu einem verhältnismässig geringen Ausmass über den Lebensmitteldetailhandel abgesetzt werden, ist der Lebensmitteldetailhandel für hartgekochte, gefärbte Eier ein wichtiger Absatzkanal. Anzumerken ist, dass gemäss Angaben der Parteien sämtliche Trockeneiprodukte, die in der Schweiz verbraucht werden, importiert werden. So stellen auch die Parteien selbst keine Trockeneiprodukte her.

20. Die WEKO hat sich in ihrer bisherigen Praxis noch nicht zur Marktabgrenzung bezüglich der Produktion von Eiprodukten geäussert. Die Competition & Markets Authority (nachfolgend: CMA) in Grossbritannien schilderte in ihrem Entscheid *Noble Egg Innovations Unlimited/Manton and Manton 2 Limited* (nachfolgend: *Noble Egg/Assets of Manton*), dass Kunden darauf hingewiesen hatten, dass Eipulver verglichen mit Flüssigei in der Regel als technisch minderwertiges Produkt angesehen werde. Unter anderem deshalb grenzte sie einen Markt für das Angebot von Flüssigeiern ab und bemerkte, dass Eipulver nicht diesem Markt zuzurechnen sei.¹³ Die genaue Marktabgrenzung liess sie schliesslich aber offen. Weiter unterteilte sie das Angebot an Flüssigeiern danach, ob Käfighaltungseier oder Freiland Eier verwendet worden waren, liess die genaue Marktabgrenzung aber offen.¹⁴ Im selben Entscheid grenzte sie einen Markt für das Angebot an hartgekochten Eiern ab, liess die genaue Marktabgrenzung – insbesondere dazu, ob hartgekochte Käfigeier und hartgekochte Freiland Eier zum selben Markt gehören – aber wiederum offen.¹⁵

21. Anzumerken ist, dass die Parteien in ihrer Zusammenschlussmeldung zwar einen Absatzmarkt für den Handel mit Eiern und einen Beschaffungsmarkt für den Handel mit Eiern abgegrenzt haben, aber anmerken, dass diese Märkte nicht enger in verschiedene Eiprodukte-Märkte zu unterteilen sind. So haben sie auch keine Märkte bezüglich die Produktion von Eiprodukten abgegrenzt. Entgegen der Ansicht der Parteien kann es durchaus angezeigt sein, verschiedene Märkte für die Produktion von Eiprodukten zu unterscheiden. Mangels Einfluss auf das Resultat der vorliegenden Zusammenschlussprüfung kann die genaue Marktabgrenzung indes offen gelassen werden.

22. Nachfolgend wird absatzseitig ein sachlich relevanter Markt für die Produktion von Flüssigeiprodukten und ein solcher für die Produktion von hartgekochten Eiern (ungeschält, geschält, Stangeneier etc.) abgegrenzt. Es ist denkbar, diese Märkte weiter zu unterteilen, beispielsweise gemäss Haltungsform der Hühner und Art des Futters. Auch ist es denkbar, den Markt für hartgekochte Eier weiter zum Beispiel danach zu unterteilen, ob die hartgekochten Eier in ihrer Schale (z.B. als gefärbte Picknick-Eier) oder geschält (z.B. ganz oder gewürfelt) verkauft werden. So sind Abnehmer bei hartgekochten Eiern in Schale vermutlich eher bereit, einen preislichen Aufschlag für Schweizer Eier zu bezahlen als bei anderen Produkten aus hartgekochten Eiern, die in erster Linie von der Gastronomie verwendet und weiterverarbeitet werden. Da eine weitere Unterteilung dieser Märkte das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert, kann die genaue sachliche Abgrenzung bezüglich der Produktion von Eiprodukten aber offen gelassen werden.

Grossverbrauchermarkt

23. Der Grossverbrauchermarkt versorgt die klassische Gastronomie (Restaurants, Hotels), die Betriebs- und Gemeinschaftsgastronomie (industrielle Betriebe wie Spitäler, Kantinen, Heime), die Zusatzgastronomie sowie unabhängige (Klein-)Detailisten mit Gütern des täglichen Bedarfs.¹⁶ Nachfolgend wird in Übereinstimmung mit der Praxis der WEKO absatzseitig ein Grossverbrauchermarkt abgegrenzt, dem Zustellgrosshändler, Abholmärkte und Direktbelieferer angehören, und somit sowohl Vollsortiments- als auch Teilsortimentsanbieter angehören, nicht aber der Detailhandel.¹⁷ Schliesslich kann aber offen gelassen werden, ob dieser Markt weiter

¹¹ RPW 2011/2, 240 Rz 91, *Eierhandel*.

¹² In der Schweiz wurden 2013 92,6 % der in der Schweiz produzierten Eier als Schaleneier (d.h. nicht als Verarbeitungseier) nachgefragt; eigene Berechnungen basierend auf Geflügelwirtschaft in Zahlen (Fn 24), 1. 2009 wurden 96 % der in der Schweiz produzierten Eier als Schaleneier weitervertrieben; vgl. RPW 2011/2, 235 Rz 47 und 236 Tabelle 1, *Eierhandel*.

¹³ Competition & Markets Authority, *Completed acquisition by Noble Egg Innovations Unlimited of certain assets of Manton and Manton (2) Limited*, ME/6438-14, Entscheid vom 19. August 2014, publiziert am 31. Oktober 2014, Rz 27.

¹⁴ *Noble Egg/Assets of Manton* (Fn 13), Rz 32.

¹⁵ *Noble Egg/Assets of Manton* (Fn 13), Rz 35.

¹⁶ Vgl. RPW 2012/4, 886 Rz 22, *Migros/Angehrn* (CCA); RPW 2005/2, 343 Rz 19, *transGourmet Holding AG*.

¹⁷ Vgl. RPW 2012/4, 886 f. Rz 23 ff., *Migros/Angehrn* (CCA); RPW 2005/2, 343–344 Rz 21–24, *transGourmet Holding AG*.

nach Abhol- und Zustellgrossverbrauchermarkt zu unterscheiden ist, da dies das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert. Anzumerken ist, dass die WEKO im Entscheid Migros/Angehern (CCA) es nicht ausschloss, in Zukunft eine engere Marktabgrenzung als diejenige, welche Abhol- und Zustellgrosshandel vereint, vorzunehmen.¹⁸

B.3.1.1.2. Beschaffungsmärkte

Eier

24. Bei der Beschaffung von Eiern bilden die Produzenten von Eiern die Marktgegenseite der Eierhändler (vgl. Rz 16).¹⁹ Wie im Entscheid Eierhandel beschrieben, können Eierproduzenten Eier über Eierhändler absetzen oder direkt an Detailhändler oder kleinere Abnehmer (z.B. Bäckereien, Altersheime, Spitäler, betriebseigene Hofläden, Endkonsumenten) vertreiben.²⁰ Gemäss dem Entscheid Eierhandel werden die Eierhändler meistens von wenigen, tendenziell grossen Eierproduzenten beliefert, hauptsächlich aufgrund von Effizienzgründen.²¹ Weiter sind gemäss vorgenanntem Entscheid grössere Eierproduzenten die beschaffungsseitige Marktgegenseite beim Markt für den industriellen Handel mit Eiern.²² Gemäss den Parteien gehören zur Marktgegenseite dieses Beschaffungsmarkts auch Produzenten von Eiprodukten. Letztere wurden im Entscheid Eierhandel aber nicht erwähnt als beschaffungsseitige Marktgegenseite im Markt für den industriellen Handel mit Eiern.

25. Im Entscheid Eierhandel wurden beim Markt für den industriellen Handel mit Eiern, absatz- als auch beschaffungsseitig, nur in der Schweiz produzierte Eier berücksichtigt.²³ Eierproduzenten in der Schweiz produzieren praktisch ausschliesslich für den Schweizer Markt. Ein Export von in der Schweiz produzierten Eiern findet, wenn überhaupt, nur in einem geringen Ausmass statt.²⁴ Schweizer Eier werden v.a. als Schaleneier nachgefragt und nur zu einem geringen Teil als Verarbeitungseier verbraucht (vgl. Rz 16). So betrug der Anteil inländischer Eier am Schaleneierverbrauch in der Schweiz im Jahr 2013 74,7 %, der Anteil inländischer Eier am Verbrauch von Verarbeitungseiern durch in der Schweiz ansässige Unternehmen dagegen nur 20,8 %.²⁵ Der Anteil inländischer Eier an sämtlichen in der Schweiz nachgefragten Eiprodukten, d.h. im Inland hergestellte als auch importierte, betrug 2013 gar nur 13,2 %.²⁶

26. Die Preise von in der Schweiz produzierten Eiern sind in der Regel höher als diejenigen von importierten Eiern. So betrug der durchschnittliche Produzentenpreis eines inländischen Bodenhaltungseies der Gewichtsklasse 53–63 g 24,22 Rappen, derjenige eines importierten Konsumeies (aus sämtlichen Haltungsformen, sämtliche Grössen) 14,69 Rappen.²⁷ Während viele Konsumenten in der Schweiz bereit sind, für schweizerische Konsumeier einen höheren Preis zu bezahlen als für importierte Eier, gilt dies nicht im selben Ausmass für Produkte, die Eier resp. Eiprodukte enthalten. Als einer der Gründe für den geringen Anteil schweizerischer Verarbeitungseier an sämtlichen Verarbeitungseiern sieht die WEKO, dass das Produktionsland eines Rohstoffes gemäss schweizerischer Gesetzgebung erst dann deklariert werden muss, wenn der Anteil dieses Rohstoffes am Enderzeugnis mehr als 50 Massenprozent beträgt.²⁸ Die Bevorzugung von Schweizer Eiern bei Konsumeiern

durch viele Konsumenten in der Schweiz führt dazu, dass Eierhändler in der Regel ebenfalls höhere Preise für schweizerische Schaleneier als für ausländische Schaleneier bezahlen. Nachfolgend wird deshalb von einem beschaffungsseitigen Markt für den industriellen Handel mit Schweizer Eiern und einem beschaffungsseitigen Markt für den industriellen Handel mit im Ausland produzierten Eiern ausgegangen.

27. Im Entscheid Eierhandel wurden beim Markt für den industriellen Handel mit Eiern beschaffungsseitig nur diejenigen Schweizer Eier berücksichtigt, welche an den industriellen Handel mit Eiern geliefert wurden.²⁹ Diesem Entscheid folgend wird für vorliegendes Zusammenschlussvorhaben das Volumen an Schweizer Eiern, welches nicht an den industriellen Handel für Eier geliefert wurde, diesem Markt als nicht zugehörig betrachtet (vgl. Tabellen 2 und 3). Es ist aber auch denkbar, den Markt weiter zu fassen und z.B. die gesamte Produktion an Schweizer Eiern miteinzubeziehen.

28. Denkbar ist, diese vorgenannten Beschaffungsmärkte weiter nach Art der Tierhaltung (Freiland, Bodenhaltung) und bei der Freilandhaltung weiter nach Art des Futters (biologisch, konventionell) zu unterscheiden. So sind Konsumenten insbesondere von Schaleneiern oftmals bereit, deutlich mehr für Bio-Freiland-Eier zu bezahlen als für Freiland-Eier und für Freiland-Eier mehr als für Bodenhaltungseier. Dies wirkt sich auch auf die Beschaffungspreise der Eierhändler aus. Eine solche Unterscheidung nach Tierhaltung und Futter erwog die WEKO in ihrem Entscheid Eierhandel bezüglich den

¹⁸ RPW 2012/4, 887 Rz 26, *Migros/Angehern (CCA)*.

¹⁹ Vgl. RPW 2011/2, 237 Rz 59, *Eierhandel*.

²⁰ RPW 2011/2, 237 Rz 61, *Eierhandel*.

²¹ RPW 2011/2, 236 Rz 50, *Eierhandel*.

²² RPW 2011/2, 237 Rz 58, *Eierhandel*.

²³ Vgl. RPW 2011/2, 240 Tabelle 2, *Eierhandel*.

²⁴ Gemäss der Stiftung Aviforum zur Förderung der Schweizerischen Geflügelproduktion und -haltung betrug sowohl die Inlandproduktion an Eiern als auch der Eiverbrauch aus Inlandproduktion im Jahr 2013 812,2 Mio.; vgl. ANDREAS GLOOR, Aviforum, Entwicklungen Eier- und Geflügelmarkt: Inlandproduktion, Importe und Konsum, Stand August 2014, 2, <www.aviforum.ch/downloads/Statistiken_2013_d.pdf> (24.02.2015); Aviforum, Geflügelwirtschaft in Zahlen (aktualisiert 8/14) (nachfolgend: Geflügelwirtschaft in Zahlen), 1, <www.aviforum.ch/downloads/FB_11_14.pdf> (24.02.2015). Gemäss dem Entscheid Eierhandel sind die Exporte der Eierproduzenten gering; RPW 2011/2, 237 Rz 61, *Eierhandel*.

²⁵ Der Anteil inländischer Eier am Schaleneierverbrauch ist der Publikation Geflügelwirtschaft in Zahlen (Fn 24, 1) entnommen, die beiden weiteren Prozentsätze entstammen eigenen Berechnungen basierend auf Zahlen, die der vorgenannten Publikation entnommen wurden.

²⁶ Eigene Berechnungen basierend auf Zahlen, die der Publikation Geflügelwirtschaft in Zahlen (Fn 24, 1) entnommen wurden. Anzumerken ist, dass hartgekochte Eier, die als Schaleneier abgesetzt worden sind, aufgrund der zugrunde liegenden Daten nicht zu den Eiprodukten gezählt worden sind.

²⁷ Bundesamt für Landwirtschaft, Fachbereich Marktbeobachtung, Marktbericht Eier, September 2014, 5, abrufbar unter <www.blw.admin.ch> Dokumentation> Marktbeobachtung> Eier> Marktberichte Eier> September 2014. Import-Schaleneier sind im Grosshandel teurer (25.02.2015).

²⁸ Vgl. RPW 2011/2, 235 Rz 46, *Eierhandel*; Art. 16 Abs. 1 Bst. a der Verordnung der EDI vom 23. November 2005 über die Kennzeichnung und Anpreisung von Lebensmitteln (LKV; SR 817.022.21).

²⁹ Vgl. RPW 2011/2, 240 Tabelle 2 in Verbindung mit 245 Rz 136, *Eierhandel*.

(Absatz-)Markt für die Eierproduktion, einem Markt, welcher dem Markt für den industriellen Handel mit Eiern vorgelagert ist, ohne endgültig über eine solche Unterteilung zu entscheiden.³⁰ Da das Ergebnis der nachfolgenden Analyse aber nicht davon abhängt, ob eine solche Unterscheidung bezüglich die Beschaffungsmärkte für Eier vorgenommen wird, kann diese Frage offengelassen werden.

Grossverbrauchermarkt

29. Auf der Beschaffungsseite bilden die Lieferanten von Food- und Near-Food-Produkten des Grossverbrauchermarkts die Marktgegenseite.³¹ Nebst der Belieferung von Grossverbrauchermärkten stehen diesen Lieferanten gemäss Praxis der WEKO weitere Absatzkanäle wie beispielsweise der Detailhandel und die Direktbelieferung von grossen (End-)Abnehmern zur Verfügung.³² In ihrer bisherigen Praxis hat die WEKO bezüglich die Beschaffungsmärkte des Grossverbrauchermarkts auf eine präzise Marktabgrenzung verzichtet, sei es hinsichtlich allfällig verschiedener Absatzkanäle oder hinsichtlich einer allfälligen Abgrenzung nach Produktgruppen entsprechend der Unterscheidung im Lebensmittel-detailhandel.³³ Zweitens wurden im Entscheid Eierhandel beschaffungsseitig beim industriellen Handel mit Eiern nur diejenigen Eier berücksichtigt, die an den industriellen Handel mit Eiern geliefert wurden (vgl. Rz 27), wobei als Lieferant grössere Eierproduzenten erwähnt wurden (vgl. Rz 24).

B.3.1.2 Räumlich relevante Märkte

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

B.3.1.2.1 Absatzmärkte

Handel mit Eiern und Eiprodukten

31. Die WEKO ging in ihrem Entscheid zum Eierhandel von einem nationalen Markt für den industriellen Handel mit Eiern aus.³⁴ Dabei stellte sie fest, dass die Marktgegenseite, d.h. die Detailhändler und grossen Nachfrager von Eiern, Eier grundsätzlich schweizweit nachfragten, erörterte aber auch die Möglichkeit, diesen Markt räumlich enger abzugrenzen. Nachfolgend wird, in Übereinstimmung mit der bisherigen Praxis der WEKO, räumlich von einem nationalen Markt für den industriellen Handel mit Eiern ausgegangen.

Produktion von Eiprodukten

32. Nachfrager von Eiprodukten in der Schweiz fragen diese sowohl im In- als auch im Ausland beim Eierhandel und bei Produzenten von Eiprodukten nach. Von den 2013 insgesamt rund 455 Mio. in der Schweiz konsumierten, (im In- oder Ausland) verarbeiteten Eiern stammten 166 Mio., d.h. rund 36 %, aus importierten Eiprodukten, weitere 229 Mio. Eier (50 %) aus in der Schweiz mit ausländischen Eiern produzierten Eiprodukten, 60 Mio. Eier (13 %) schliesslich mit in der Schweiz mit Schweizer Eiern produzierten Eiern.³⁵

33. Wie bereits in Rz 20 erwähnt, hat sich die WEKO in ihrer Praxis noch nicht zur Marktabgrenzung bezüglich die Produktion von Eiprodukten geäussert. Für den briti-

schen Markt hielt die CMA in ihrem Bericht zum Zusammenschlussvorhaben Noble Egg/Assets of Manton fest, dass die Mehrheit der Drittparteien, die während der Untersuchung von ihr kontaktiert worden waren, sagten, dass importierte Flüssigeier ein Substitut für in Grossbritannien produzierte Flüssigeier seien.³⁶ Allerdings hätten auch mehrere bemerkt, dass einige Konsumenten eine Präferenz für Flüssigeier britischen Ursprungs hatten oder solche verlangt hatten. Schliesslich grenzte sie den Markt für das Angebot an Flüssigeiern national ab.³⁷ Auch den Markt für das Angebot an hartgekochten Eiern grenzte sie im selben Entscheid national ab.³⁸ Bei beiden Märkten berücksichtigte sie zudem den Wettbewerbsdruck durch Importe bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens.³⁹

34. Eiprodukte (sowohl getrocknete als auch andere) können das ganze Jahr über zum jeweiligen Zollkontingentsansatz importiert werden,⁴⁰ getrocknete Eiprodukte aktuell zum Normalansatz von CHF 255 pro 100 kg (Zollkontingent Nr. 10) und andere Eiprodukte aktuell zum Normalansatz von CHF 79 pro 100 kg (Zollkontingent Nr. 11).⁴¹ Hartgekochte Eier in der Schale können im Rahmen des Zollkontingents Nr. 9 (vgl. Rz 16) importiert werden.

35. Das wichtigste Herkunftsland für importierte Flüssigeierprodukte war 2013 mit Abstand die Niederlande, gefolgt von Deutschland. Weitere Länder, aus denen Flüssigeierprodukte importiert wurden, waren Belgien/Luxemburg, Frankreich und Italien.⁴² Nachfolgend wird davon ausgegangen, dass der Markt für die Produktion von Flüssigeierprodukten räumlich weiter als schweizweit ist und zumindest die Schweiz, die Nachbarländer der Schweiz und die Benelux-Länder umfasst. Die genaue räumliche Marktabgrenzung dieses Marktes kann aber offen bleiben, da das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bei jeder denkbaren räumlichen Marktabgrenzung dasselbe bleibt.

36. Dazu, in welchem Ausmass hartgekochte Eier (in Schale oder geschält) importiert werden und dazu, aus welchen Ländern diese hauptsächlich stammen, liegen

³⁰ RPW 2011/2, 237 Rz 59–63, *Eierhandel*.

³¹ RPW 2012/4, 887 Rz 27, *Migros/Angehrn (CCA)*.

³² Vgl. z.B. RPW 2012/4, 887 Rz 27, *Migros/Angehrn (CCA)*.

³³ RPW 2015/1, 112 Rz 50, Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA; RPW 2012/4, 887 Rz 27, *Migros/Angehrn (CCA)*; RPW 2008/2, 271 Rz 29, *fenaco/Kellenberger Frisch Service AG*; RPW 2008/1, 150 ff. Rz 205 ff., *Migros/Denner*; RPW 2005/2, 344 Rz 27, *trans-Gourmet Holding AG*.

³⁴ RPW 2011/2, 238, Rz 73–76, *Eierhandel*.

³⁵ Zahlen gemäss Aviforum, Geflügelwirtschaft in Zahlen (aktualisiert 8/14), 1, oder Berechnungen des Sekretariats basierend auf dieser Quelle.

³⁶ Noble Egg/Assets of Manton (Fn 13), Rz 40.

³⁷ Noble Egg/Assets of Manton (Fn 13), Rz 43–44.

³⁸ Noble Egg/Assets of Manton (Fn 13), Rz 47.

³⁹ Noble Egg/Assets of Manton (Fn 13), Rz 65–67, 73.

⁴⁰ Gemäss Art. 3 der Eierverordnung wird bei den Zollkontingenten Nr. 10 und 11 auf eine Regelung zur Verteilung verzichtet.

⁴¹ Vgl. <www.blw.admin.ch> Themen> Einfuhr von Agrarprodukten> Eier und Eiprodukte (25.02.2015) sowie <www.tares.ch>, Tarifnummern 0408.91 und 0408.99 (25.02.2015).

⁴² Vgl. Gloor (Fn 24), 6. Als Quelle wird auf die Oberzolldirektion verwiesen.

dem Sekretariat keine Angaben vor. Möglich wäre sowohl eine nationale als auch eine weiter als nationale Marktabgrenzung. Die genaue räumliche Marktabgrenzung kann schliesslich offen gelassen werden, da dies am Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nichts ändert.

Grossverbrauchermarkt

37. Die WEKO ist in ihren bisherigen Entscheiden zum Grossverbrauchermarkt absatzseitig von einem nationalen Markt ausgegangen.⁴³ Gemäss dem Entscheid Migros/Angehrn (CCA) wäre eine engere räumliche Marktabgrenzung aber möglich, wenn ein eigener sachlich relevanter Abholgrosshandelsmarkt vorliegen würde.⁴⁴ Nachfolgend wird gemäss Praxis der WEKO absatzseitig von einem nationalen Grossverbrauchermarkt ausgegangen. Die Frage, ob bei einem allfälligen Abholgrosshandelsmarkt ein engerer als nationaler Markt vorliegen würde, kann offen gelassen werden, da bei jeder denkbaren räumlichen Marktabgrenzung das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens dasselbe bleibt.

B.3.1.2.2. Beschaffungsmärkte

Eier

38. Bei der Beschaffung von Schweizer Eiern sind die Eierproduzenten in der Schweiz die Marktgegenseite der Eierhändler in der Schweiz. Schweizer Eierproduzenten verkaufen ihre Eier praktisch ausschliesslich in der Schweiz, da sie in der Regel im Inland für ihre Eier einen höheren Preis erhalten als im Ausland (vgl. Rz 25–26 und Fn 24). Gemäss dem Entscheid Eierhandel beziehen verschiedene schweizerische Eierhändler Eier jeweils aus diversen Kantonen oder schweizweit.⁴⁵ Ein Grossteil der im Entscheid Eierhandel befragten Eierproduzenten gab an, eine nationale Auslieferung als eher unproblematisch zu sehen.⁴⁶ Schliesslich grenzte die WEKO den Markt für den industriellen Handel mit Eiern national ab.⁴⁷ Nachfolgend wird deshalb räumlich von einem nationalen Beschaffungsmarkt für den industriellen Handel mit Schweizer Eiern ausgegangen.

39. Im Jahr 2013 wurden 483,5 Mio. Schaleneier importiert, 254,5 Mio. als Konsumeier und 229 Mio. als Verarbeitungseier.⁴⁸ Sowohl Konsumeier als auch Verarbeitungseier für die Nahrungsmittelindustrie können im Rahmen des Zollkontingents Vogeleier in der Schale zum aktuellen Zollsatz von CHF 47 pro 100 kg aus der EU importiert werden. Die beiden Teilzollkontingente, eines für Konsumeier, das andere für Verarbeitungseier, werden im Windhundverfahren vergeben und wurden in den Jahren 2013–2015 – weder bezüglich Konsumeier noch bezüglich Verarbeitungseier – je vollständig ausgeschöpft.⁴⁹

40. Bei den Eiern, welche 2013 als Schaleneier für den Konsum oder die Verarbeitung importiert wurden, war die Niederlande mit Abstand das wichtigste Herkunftsland, gefolgt von Deutschland, Frankreich, Polen und Italien.⁵⁰ Nachfolgend wird deshalb räumlich von einem beschaffungsseitigen Markt für den industriellen Handel mit im Ausland produzierten Eiern ausgegangen, der weiter als national ist und z.B. die Nachbarländer der Schweiz, die Niederlande und Polen umfasst. Die genaue räumliche Abgrenzung dieses Marktes kann aber

mangels Einfluss auf das Ergebnis der nachfolgenden Analyse offen gelassen werden.

Grossverbrauchermarkt

41. Die WEKO ist in ihren bisherigen Entscheiden zum Grossverbrauchermarkt beschaffungsseitig von nationalen Märkten ausgegangen, wobei die genaue räumliche Abgrenzung offen gelassen wurde.⁵¹ Beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben kann mangels Einfluss auf das Ergebnis der Analyse ebenfalls auf eine präzise Marktabgrenzung verzichtet werden.

B.3.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

42. 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.

43. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben führt nur in einem Markt zu einer Marktanteilsaddition von mindestens 20 % gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Dabei handelt es sich, wie aus Tabelle 2 ersichtlich, beschaffungsseitig um den Grossverbrauchermarkt, in welchem die Migros-Gruppe 2013 einen schweizweiten Marktanteil von [20–30] % und die L+S-Gruppe einen solchen von [0–10] % hatte. Dabei ist der Marktanteil der L+S-Gruppe im allgemeinen Grosshandelsmarkt auf der Beschaffungsseite derart gering, dass davon auszugehen ist, dass das Zusammenschlussvorhaben zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken auf diesem Markt führt. Auch wenn der Markt weiter segmentiert würde, so ist davon auszugehen, dass keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken bezüglich einer oder mehrerer dieser segmentierten Märkte bestehen würden, da die Migros-Gruppe im Gegensatz zur L+S-Gruppe nicht als Eierhändlerin tätig ist.

⁴³ Vgl. u.a. RPW 2015/1, 113 Rz 58, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*; RPW 2012/4, 887 Rz 29, *Migros/Angehrn (CCA)*.

⁴⁴ RPW 2012/4, 887 Rz 29, *Migros/Angehrn (CCA)*.

⁴⁵ RPW 2011/2, 238 Rz 74, *Eierhandel*.

⁴⁶ RPW 2011/2, 238 Rz 75, *Eierhandel*.

⁴⁷ RPW 2011/2, 238 Rz 76, *Eierhandel*.

⁴⁸ Vgl. Geflügelwirtschaft in Zahlen (Fn 24, 1).

⁴⁹ Vgl. <www.blw.admin.ch> Themen> Einfuhr von Agrarprodukten> Eier und Eiprodukte (25.02.2015) sowie <www.tares.ch>, Tarifnummern 0408.91 und 0408.99 (25.02.2015).

⁵⁰ Vgl. GLOOR (Fn 24), 5.

Importe und Konsum, GLOOR (Fn 24), 5. Als Quelle wird auf die Oberzolldirektion verwiesen.

⁵¹ Vgl. u.a. RPW 2015/1, 113 Rz 62, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*; RPW 2012/4, 887 Rz 29, *Migros/Angehrn (CCA)*; RPW 2009/4, 455 Rz 48, *Emmi Interfräis SA/Kellenberger Frisch Service SA*; RPW 2008/2, 272 Rz 40 ff., *fenaco/Kellenberger Frisch Service AG*.

44. Dagegen zeigt sich (vgl. Tabelle 2), dass es beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben in mehreren Märkten vom Zusammenschluss betroffene Märkte ohne Marktanteilsadditionen gibt, d.h. Märkte, in welchem der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Rz 42). Dabei handelt es sich absatzseitig um den Markt für den industriellen Handel mit Eiern (Marktanteil der L+S-Gruppe: [30–40] % resp. [40–50] %), den Markt für die Produktion an Flüssigeiprodukten (Marktanteil der L+S-Gruppe: [50–60] %) und den Lebensmittelhandel (Marktanteil der Migros-Gruppe: > 30 %) so-

wie beschaffungsseitig um den Markt für den industriellen Handel mit Schweizer Eiern (Marktanteil der L+S-Gruppe: [30–40] %) und den Markt für den industriellen Handel mit im Ausland produzierten Eiern (Marktanteil der L+S-Gruppe: 61,6 %). Der letztgenannte Markt ist allerdings räumlich weiter als national abzugrenzen (vgl. Rz 40). In einem solchen weiteren räumlichen Markt dürfte der Marktanteil der L+S-Gruppe sehr deutlich unter die 30 %-Marktanteilsschwelle für betroffene Märkte ohne Marktanteilsaddition fallen. Zudem ist die Migros-Gruppe nicht als Eierproduzent tätig, so dass diesbezüglich keine vertikalen Effekte zu erwarten sind.

Tabelle 2: Marktanteile der Parteien in verschiedenen Märkten, schweizweit, 2013

Märkte	Marktanteil [%]			Gesamtmarkt
	Migros-Gruppe	L+S-Gruppe	kumuliert	
Absatzmärkte				
Industrieller Handel mit Eiern ⁵²				
- nur Schweizer Eier	0	[30–40]	[30–40]	[...] ⁵³ Mio. Eier
- in- und ausländische Eier	0	[40–50]	[40–50]	[...] ⁵⁴ Mio. Eier
Produktion an Flüssigeiprodukten ⁵⁵	0	[50–60]	[50–60]	400 Mio. Eier
Produktion an hartgekochten Eiern ⁵⁶	0	[20–30]	[20–30]	145 Mio. Eier
Grossverbrauchermarkt	[10–20]	[0–10]	[10–20]	6779 Mio. CHF
Lebensmitteldetailhandel	> 30 ⁵⁷	0	> 30	k. A.
Beschaffungsmärkte				
Industrieller Handel mit Schweizer Eiern	0	[30–40]	[30–40]	[...] Mio. Eier ⁵⁸
Industrieller Handel mit ausländischen Eiern ⁵⁹	0	61,6	61,6	32'451 t brutto
Grossverbrauchermarkt (ohne allfällige weitere Segmentierung)	[20–30]	[0–10] ⁶⁰	[20–30]	[...] Mio. CHF ⁶¹

Quelle Gesamtmärkte: Wo nicht anders vermerkt, gemäss Berechnungen und Schätzungen der Parteien. Umsätze für Marktanteile gemäss Berechnungen und Schätzungen der Parteien und darauf basierende Berechnungen des Sekretariats.

⁵² Eier inkl. Eiprodukte.

⁵³ Berechnung: Gesamtmarkt von 812,2 Mio. Eiern (gemäss Geflügelwirtschaft in Zahlen (Fn 24)) abzüglich den nicht-industriellen Handel mit Eiern in Analogie zu RPW 2011/2, 240 Tabelle 2, Eierhandel, wobei die Kategorie „Diverse, Direktvermarktung, Kleinbestände“ aus Gloor (Fn 24, 10) korrigiert wurde um die Abweichung zum tatsächlichen Umsatz mit Schweizer Eiern der L+S-Gruppe (gemäss Angaben der Parteien) von durch in GLOOR (Fn 24, 10) geschätzten Umsatz der L+S-Gruppe.

⁵⁴ Gesamtmarkt von 1462 Mio. Eiern (vgl. Geflügelwirtschaft in Zahlen (Fn 24), 1) abzüglich nicht-industrieller Handel gemäss Fn 53.

⁵⁵ Aus in- und ausländischen Eiern.

⁵⁶ Aus in- und ausländischen Eiern, mit und ohne Schale.

⁵⁷ Schätzung des Sekretariats.

⁵⁸ Vgl. Fn 53.

⁵⁹ Schätzung des Sekretariats basierend auf Daten des Bundesamts für Landwirtschaft: BLW, Bericht über zolltarifrische Massnahmen 2013, Anhang „Details zur Ausnützung der Zollkontingente“, <www.blw.admin.ch> Themen> Einfuhr von Agrarprodukten> Veröffentlichung der Zuteilung der Kontingentsanteile 2013> Alle Marktordnungen 2013 - Anhänge 1 bis 13 (07.03.2015). Diesem Bericht ist zu entnehmen, dass die L+S 2013 per Zollkontingent Nr. 9 13'348 t brutto Verarbeitungseier und 6'631 t brutto Konsumeier importierte, während in diesem Zeitraum total 15'655 t brutto an Verarbeitungseiern und 16'796 t brutto an Konsumeiern per Zollkontingent Nr. 9 importiert wurden.

⁶⁰ Gemäss den Parteien hat die L+S-Gruppe 2013 Waren im Wert von CHF [...] beschafft. Darin eingeschlossen sind Eier und Eiprodukte.

⁶¹ Schätzung der Parteien.

45. Die Migros-Gruppe ist jedoch Marktgegenseite des absatzseitigen Markts für den industriellen Handel mit Eiern und Abnehmerin von Eiprodukten [...]. Allfällige diesbezügliche vertikale Effekte sollen in der nachfolgenden Analyse – im Anschluss an einen kurzen Überblick über die Wettbewerbssituation beim industriellen Handel mit Eiern – aufgezeigt werden.

46. Wie aus nachfolgender Tabelle 3 hervorgeht, ist die L+S-Gruppe gemessen am Jahr 2013 mit einem Marktanteil von [30–40] % der grösste Wettbewerber in der Schweiz beim industriellen Handel mit Schweizer Eiern

und Eiprodukten aus Schweizer Eiern. Weitere grosse Wettbewerber sind die Frigemo AG (nachfolgend: Frigemo) mit 25 % Marktanteil und die Ei AG mit 25 %. Etwas kleinere Wettbewerber sind die Hosberg (Marktanteil: 10 %) und die f&f SA/AG (Marktanteil: 7 %). Beim industriellen Handel mit in- und ausländischen Eiern und mit Eiprodukten aus in- und/oder ausländischen Eiern ist die L+S-Gruppe in der Schweiz gemessen am Jahr 2013 mit einem Marktanteil von [40–50] % klarer Marktführer, die beiden nachfolgenden Wettbewerber, die Frigemo und die Ei AG, sind mit einem Marktanteil von 17 % resp. 12 % deutlich kleiner.

Tabelle 3: Industrieller Handel mit Eiern, 2013

Unternehmen	Industrieller Handel mit Schweizer Eiern		Industrieller Handel mit in- und ausländischen Eiern	
	Umsatz [Mio. Eier]	Marktanteil [%]	Umsatz [Mio. Eier]	Marktanteil [%]
L+S-Gruppe	[...]	[30–40]	[...]	[40–50]
Frigemo (vormals EiCO)	139	[20–30]	200	[10–20]
Ei AG der SEG-Zürich/Basel	137	[20–30]	140	[10–20]
Hosberg	58	[10–20]	50	[0–10]
f&f SA/AG	40	[0–10]	40 ⁶²	[0–10]
Weitere	–	–	[...]	[10–20]
Gesamtmarkt	[...]	100	[...]	100

Bemerkungen: Vom jeweiligen Gesamtmarkt ausgenommen ist die Kategorie „Diverse, Direktvermarktung, Kleinbestände Schweiz“.⁶³

Quellen: GLOOR (Fn 24), 10; Geflügelwirtschaft in Zahlen (Fn 24); Angaben der Parteien, wobei die Umsätze bezüglich in- und ausländische Eier der Frigemo AG, der Ei AG und der Hosberg von den Parteien geschätzt wurden; Angaben der f&f SA/AG (vgl. Fn 62) sowie auf diesen Quellen basierende Berechnungen des Sekretariats.

47. Für die L+S-Gruppe ist [...] der mit Abstand wichtigste Kunde. Der zweitwichtigste Kunde der L+S-Gruppe war 2013 [...], gefolgt von [...] als drittwichtigstem Kunden [...]. Es ist davon auszugehen, dass den Kunden der L+S-Gruppe, sollten sie in Zukunft nicht mehr von der L+S-Gruppe beliefert werden, ausreichend alternative Bezugsmöglichkeiten offen stehen (vgl. die in Tabelle 3 aufgeführten Wettbewerber), so dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben diesbezüglich zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken führt.

48. Wichtigster Lieferant der Migros-Gruppe für Eier und Eiprodukte war 2013 [...] ⁶⁴ [...] ⁶⁵ [...].

49. [...] war auch 2014 ein [...] Lieferant der Migros-Gruppe im Bereich Eier und Eiprodukte, [...]. Auch die L+S-Gruppe war 2013 und 2014 Kunde [...]. Stellt man diese mit der Migros-Gruppe erzielten Umsätze in Relation zu den im Jahr 2013 [...] von [...] gehandelten Schweizer Eiern und den [...] gehandelten Eiern insgesamt (jeweils inklusive Eiprodukte, vgl. Tabelle 3), so wird deutlich, dass [...] einen bedeutenden Teil [ih-

res/seines] Umsatzes bezüglich Eier und Eiprodukte mit der Migros-Gruppe erzielt.

50. Sollte [...] die Migros-Gruppe nicht mehr oder nur mehr im geringen Ausmass mit Eiern und/oder Eiprodukten beliefern können, stellt sich die Frage nach alternativen Absatzmöglichkeiten. Der Eierhandel liefert Eier und Eiprodukte v.a. an den Lebensmittelhandel, den Grosshandelsmarkt, die Gastronomie und die verarbeitende Nahrungsmittelindustrie. Die Migros-Gruppe ist in sämtlichen dieser Märkte in unterschiedlichem Ausmass

⁶² Die f&f SA/AG verarbeitet gemäss eigenen Angaben jährlich ca. 40 Mio. Eier (vgl. <www.ffsaag.com/DE/Sortiment.php> (26.02.2015)).

⁶³ Gemäss Aviform sind 2013 von den 812,2 Mio. in der Schweiz produzierten Eiern 34,2 % diversen, der Direktvermarktung und Kleinbeständen zuzuschreiben (vgl. Gloor (Fn 24), 2 und 10). Dieser Prozentsatz, der abhängig ist vom geschätzten Marktanteil der L+S-Gruppe, wurde um den tatsächlichen Marktanteil der L+S-Gruppe, erhalten von den Parteien, korrigiert. In gleicher Art wurde der Handel mit in- und ausländischen Eiern insgesamt korrigiert.

⁶⁴ [...].

⁶⁵ [...].

tätig. Eine starke Stellung hat sie insbesondere im Lebensmittelhandel. In sämtlichen dieser Märkte steht sie aber auch in Konkurrenz mit anderen Unternehmen, die als alternative Absatzmöglichkeiten für [...] im Bereich Eier und Eiprodukte angesehen werden können. Insgesamt geht das Sekretariat davon aus, dass auch nach einem möglichen Wegfall der Migros-Gruppe als Abnehmer von Eiern und Eiprodukten für [...] und für andere Wettbewerber als potentieller Abnehmer ausreichend alternative Absatzmöglichkeiten bestehen und somit das vorliegende Zusammenschlussvorhaben diesbezüglich zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken führt.

B.3.3 Schlussfolgerungen

51. Die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Migros/Lüchinger+Schmid-Gruppe hat ergeben, dass der Zusammenschluss ohne Bedingungen und Auflagen zugelassen werden kann.

C Konkurrenzverbot

52. [...].

53. Konkurrenzverbote müssen räumlich, sachlich, zeitlich und persönlich notwendig sind, um den Aufbau des Kundenstamms und/oder des Know-hows nach einem vollzogenen Zusammenschlussvorhaben sicherzustellen.⁶⁶ Zeitlich erachten die EU-Wettbewerbsbehörden Konkurrenzverbote bis drei Jahre als zulässig.⁶⁷ Die WEKO hat sich dieser Praxis grundsätzlich angeschlossen, betrachtet aber länger dauernde Wettbewerbsverbote im Ausnahmefall für zulässig.⁶⁸ Das vorgenannte Konkurrenzverbot ist mit den Vorgaben der bisherigen WEKO-Praxis vereinbar und kann deshalb genehmigt werden.

54. [...].

55. Gemäss Praxis der EU-Kommission ist eine Vereinbarung, wonach bis zur Vollendung eines Zusammenschlusses keine wesentlichen Änderungen am Geschäft des Zielunternehmens vorgenommen werden dürfen, als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig zu erachten.⁶⁹ Ohnehin dürfen die Parteien im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle nach dem Kartellgesetz das Zielunternehmen während der Dauer des Verfahrens nicht verändern.⁷⁰ Die vorgenannte Vereinbarung der Parteien über die Fortführung der Geschäftstätigkeit des Zielunternehmens zwischen Vertragsunterzeichnung und Vollzug gilt damit als mit dem Zusammenschluss verbunden.

D Ergebnis

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

⁶⁶ Vgl. RPW 2006/4, 687 ff., Rz 29 ff., *ISS/Edelweissfm*.

⁶⁷ Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. 2005/C 56/03 (nachfolgend: EU-Bekanntmachung), Rz 20.

⁶⁸ RPW 2006/4, 691 Rz 49 ff., *ISS/Edelweissfm*.

⁶⁹ RPW 2013/3, 351 Rz 18, *Tamedia AG/PPN AG*; EU-Bekanntmachung, Rz 14.

⁷⁰ RPW 2013/3, 351 Rz 18, *Tamedia AG/PPN AG*.

B 3	Bundesverwaltungsgericht Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale
B 3	1. Urteil vom 13. November 2015 in Sachen Bayerische Motoren Werke AG gegen Wettbewerbskommission

Urteil B-3332/2012 des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 13. November 2015 in Sachen Bayerische Motoren Werke AG, in München (D), vertreten durch [...] gegen Wettbewerbskommission WEKO, in Bern – Gegenstand: Verfügung der WEKO vom 7. Mai 2012 im Untersuchungsverfahren 22-0408 betreffend die Bayerische Motoren Werke AG wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG.

Inhaltsverzeichnis

Sachverhalt	801
I. Einleitung	801
II. Vorinstanzliches Verfahren	802
III. Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht	804
Erwägungen	805
1. Prozessvoraussetzungen	805
2. Anwendungsbereich des Kartellgesetzes	805
i. Persönlicher Anwendungsbereich	805
ii. Sachlicher Anwendungsbereich	806
iii. Örtlicher Anwendungsbereich	806
Formelles Bundesrecht	810
3. Rüge der Verletzung der Untersuchungsmaxime	810
4. Rüge der Verletzung der Unschuldvermutung	817
5. Rüge der Befangenheit der Vorinstanz	819
Zwischenfazit: Keine Verletzung von formellem Bundesrecht	819
Materielles Bundesrecht	819
6. Vorliegen einer Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG	820
7. Marktabgrenzung	820
i. Sachliche Marktabgrenzung	821
ii. Räumliche Marktabgrenzung	822
iii. Fazit relevanter Markt	822
8. Widerlegung der Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung	823
9. Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung	823

i. Qualitative Erheblichkeit	823
ii. Quantitative Erheblichkeit	825
10. Rechtfertigungsgründe	836
Zwischenfazit: Unzulässige Wettbewerbsabrede	837
11. Sanktionierung	837
i. Sanktionierbarkeit von erheblichen Wettbewerbsabreden	837
ii. Sanktionsbemessung	838
iii. Rüge der Unverhältnismässigkeit der Sanktion	841
iv. Rüge der Missachtung mildernder Umstände	842
12. Fazit: Abweisung der Beschwerde	843
13. Kosten und Entschädigung	843
Dispositiv	844

Sachverhalt:

I. Einleitung

A.

A.a Die Bayerische Motoren Werke AG (BMW AG) mit Sitz in München ist die Muttergesellschaft der BMW Group, welcher die Automobil- und Motorradmarken BMW, MINI und Rolls-Royce sowie die Submarken BMW M und BMW i gehören. Der Vertrieb von BMW Produkten erfolgt sowohl in der Schweiz als auch im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) über ein selektives Vertriebssystem, welches [...]. In jedem Land besteht zudem eine (in Deutschland mehrere) von der jeweiligen nationalen Vertriebsgesellschaft gehaltene Niederlassung, welche Repräsentationsfunktion hat aber ansonsten wie ein normaler Vertragshändler funktioniert. Für den Vertrieb ihrer Fahrzeuge der Marke BMW und MINI verwendet die BMW AG im EWR seit dem 1. Oktober 2003 Händlerverträge mit nachstehenden Klauseln:

„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.

[...]"

A.b Der in der Schweiz seit dem 1. Januar 2005 geltende BMW Händlervertrag enthält folgende Bezugsklausel:

„[...]“

II. Vorinstanzliches Verfahren

B.

B.a Am 12. Oktober 2010 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (hiernach: Sekretariat) folgende Anzeige eines Kaufinteressenten 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.“

B.b Die Redaktion der Sendung „Kassensturz“ des Schweizer Radio und Fernsehens (SRF) übermittelte am 19. Oktober 2010 dem Sekretariat folgende Stellungnahme der BMW AG zum Thema „Import von BMW/MINI Neufahrzeugen aus Deutschland in die Schweiz“:

„[...] 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.

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 [...].“

B.c Gleichentags wurde in der Sendung „Kassensturz“ ein Bericht zum Thema „Autoimport“ ausgestrahlt, wo u.a. festgehalten wurde, dass die BMW AG Importe von Fahrzeugen ihrer Marken BMW und MINI verhindere und somit die Preise in der Schweiz hochhalte. In der Folge gingen beim Sekretariat insgesamt 16 Anzeigen von Kaufinteressenten mit Wohnsitz in der Schweiz ein, welche erfolglos versucht hatten, Neufahrzeuge der beiden Marken aus Deutschland, Österreich und Grossbritannien zu importieren. 11 der Anzeiger wurden auf eine entsprechende Weisung von BMW hingewiesen.

B.d Am 25. Oktober 2010 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit dem Präsidenten der Wettbewerbskommission WEKO (hiernach: Vorinstanz) eine Untersuchung gemäss Art. 27 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) gegen die BMW Group bzw. die BMW AG und alle mit ihr konzernmässig verbundenen Unternehmen. Die amtliche Publikation der Eröffnung der Untersuchung im Sinne von Art. 28 KG erfolgte im Bundesblatt am 9. November 2010 (BBI 2010 7655). Gegenstand der Untersuchung war eine allfällige Gebietszuweisung durch Vertriebsgesellschaften der BMW Group bzw. ein Verkaufsverbot von BMW und MINI Neufahrzeugen an Kunden mit Wohnsitz ausserhalb des EWR nach Massgabe von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG (act. 12). Das Sekretariat informierte das deutsche Bundeskartellamt am 26. Oktober 2010 über die Untersuchungseröffnung.

B.e Im Rahmen der Untersuchung richtete das Sekretariat Auskunftsbegehren an den Verband Freier Autohandel Schweiz (VFAS), an die Oberzolldirektion der Eidgenössischen Zollverwaltung, an [...] eine Multimarkengrosshändlerin für Neuwagen, an die Vereinigung Schweizer Automobil-Importeure Auto-Schweiz sowie an deren Mitglieder. Zudem wurden dem Sekretariat 4 weitere Anzeigen bzw. Bürgeranfragen übermittelt.

B.f Am 26. Januar 2011 wurden Vertreter der BMW AG vom Sekretariat angehört zum Vertriebssystem der BMW Group, zur Stellungnahme der BMW AG zuhanden des Sekretariats vom 3. Dezember 2010 sowie zur Statistik „Direktimporte und Gesamtverkäufe“. Zudem wurde den Vertretern der BMW AG Gelegenheit eingeräumt, Fragen zu Stellen sowie sich zur Sache zu äussern. Mit Schreiben vom 27. Januar 2011 stellte das Sekretariat der BMW AG das Protokoll der Anhörung zur Stellungnahme und allfälliger Korrektur zu. Eine von der BMW AG bereinigte Version des Protokolls der Anhörung sowie eine unterzeichnete Kopie desselben nahm das Sekretariat am 15. Februar 2011 bzw. am 25. Februar 2011 zu den Akten.

B.g Aufgrund eines Artikels in der Sonntagszeitung vom 3. Juli 2011, wonach die BMW Group gegenüber ihren deutschen Händlern das Exportverbot schriftlich als aufgehoben bezeichnet haben sollte, ersuchte das Sekretariat die BMW AG am 11. Juli 2011 um die Einreichung allfälliger an die EWR Vertragshändler verschickten Mitteilungen. Die BMW AG teilte dem Sekretariat am 25. Juli 2011 mit, dass kein entsprechendes Schreiben versandt worden sei, da sich an der bisherigen Duldspraxis gegenüber Parallelimporten nichts geändert und folglich kein Anlass für eine Mitteilung bestanden habe.

B.h Das Sekretariat stellte der BMW AG am 21. Oktober 2011 seinen der Vorinstanz gemäss Art. 30 Abs. 1 KG unterbreiteten Antrag zur Stellungnahme zu. Darin gelangte es zum Schluss, dass das vertragliche Exportverbot in den EWR Händlerverträgen eine unzulässige Gebietsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG darstelle, weswegen die BMW AG mit einem Betrag von CHF 156'868'150.- zu belasten sei. Innert erstreckter Frist nahm die BMW AG mit Eingabe vom 13. Januar 2012 Stellung zum Antrag des Sekretariats.

B.i Am 26. März 2012 wurde die BMW AG von der Vorinstanz gestützt auf Art. 30 Abs. 2 KG angehört. In der Folge ersuchte die Vorinstanz die BMW AG um Offenlegung der Berechnungsgrundlagen für die von ihr vorgenommene Marktanteilsberechnung. Die BMW AG reichte die entsprechenden Unterlagen am 29. März 2012 ein.

B.j Mit Schreiben vom 16. April 2012 teilte die BMW AG der Vorinstanz mit, sie werde unverzüglich eine Mitteilung an ihre Händler verschicken, in welcher sie klarstellen werde, [...]. Diese Mitteilung, welche am 20. April 2012 an die deutschen Händler und an die Vertriebsstochtergesellschaften in den übrigen EWR Ländern versandt wurde, reichte die BMW AG am 27. April 2012 bei der Vorinstanz ein. Sie lautet wie folgt:

„[...]“

C.

C.a Die Vorinstanz erliess am 7. Mai 2012 eine Verfügung mit folgendem Dispositiv:

„1. Es wird festgestellt, dass das vertragliche Exportverbot zwischen der BMW AG (München) und ihren 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. [Eröffnung]“

Die Verfügung wurde am 23. Mai 2012 versandt und am 24. Mai 2012 zugestellt. Die Veröffentlichung erfolgte in RPW 2012/3, S. 540 ff.

C.b Zur Begründung wird in der angefochtenen Verfügung ausgeführt, das im EWR Händlervertrag der BMW Group festgehaltene Exportverbot bezwecke und bewirke eine Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG. Dieses Exportverbot sei sowohl in der Vertragsversion aus dem Jahr 2003 als auch in der Version des Jahres 2008 enthalten gewesen. Die eher kryptisch for-

mulierte Mitteilung, welche kurz vor dem Entscheid der Vorinstanz an die Händler im EWR versandt worden sei, habe eine schriftlich vereinbarte Gebietsschutzabrede nicht ohne Weiteres aufzuheben vermögen. Die Abrede habe daher zumindest seit dem Jahr 2003 angedauert. In casu habe das Exportverbot in erster Linie im Interesse der BMW AG gelegen, da diese durch Verhinderung von Wettbewerbsdruck durch Importe das hohe Preisniveau in der Schweiz habe aufrechterhalten können. Aufgrund dieser Interessenasymmetrie sowie der Durchsetzungsschwierigkeiten gegenüber den BMW Vertragshändlern im EWR habe die Vorinstanz auf eine Ausdehnung der Untersuchung auf die EWR Händler verzichtet.

C.c In der angefochtenen Verfügung wird weiter festgehalten, bei dem vertraglich vereinbarten Exportverbot handle es sich um eine Gebietsabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG. Zwar lasse sich die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auf den relevanten Märkten, welche laut Vorinstanz das Gebiet Schweiz für „Kleinwagen“, Wagen der „Unteren Mittelklasse“, der „Oberen Mittelklasse“, der „Oberklasse“ und der „Luxusklasse“ umfassten, aufgrund des vorhandenen Interbrand-Wettbewerbs widerlegen. Allerdings würden Gebietsabreden, durch welche der schweizerische Markt abgeschottet werde, das qualitative Element einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung bereits ihrem Wesen nach erfüllen. Daher genügte in quantitativer Hinsicht tiefe Anforderungen, um die Abrede als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren. Aufgrund der Marktstellung und der Marktanteile von BMW und MINI, den Preisunterschieden zwischen der Schweiz und dem EWR und den Auswirkungen auf den relevanten Märkten sei auch das quantitative Kriterium der Erheblichkeit zu bejahen. Das vertraglich vereinbarte Exportverbot zwischen der BMW AG und ihren EWR Händlern habe zumindest seit Oktober 2010, ab welchem Zeitpunkt ein starkes Arbitragepotenzial bestanden habe, zu einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung auf den relevanten Märkten i.S.v. Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG geführt. Eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG sei nicht möglich.

C.d In der angefochtenen Verfügung wird ferner festgestellt, dass das in Frage stehende Exportverbot die Voraussetzungen für eine Sanktionierung gemäss Art. 49a Abs. 1 KG erfülle. Da die BMW AG das Exportverbot wissentlich und willentlich umgesetzt habe, obwohl ihr dessen Unzulässigkeit bekannt gewesen sei, sei ihr Verhalten vorwerfbar i.S.v. Art. 49a Abs. 1 KG. In casu liege ein mittelschwerer Verstoss gegen das Kartellgesetz vor, weshalb der Basisbetrag gestützt auf Art. 3 der Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen vom 12. März 2004 (KG-Sanktionsverordnung, SVKG, SR 251.5) auf [4-7] % des auf den relevanten Märkten erzielten Umsatzes der letzten drei Jahre festzusetzen sei. Die Dauer des Kartellverstosses führe nicht zu einem Zuschlag. Ebenso lägen keine erschwerenden oder mildernden Umstände vor. Daher werde die BMW AG mit einer Verwaltungsanktion in Höhe von CHF 156'868'150.- belegt. Darüber hinaus habe die BMW AG die Verfahrenskosten in Höhe von CHF 205'881.60 vollumfänglich zu tragen.

III. Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht

D.a Gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 7. Mai 2012 erhob die BMW AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 22. Juni 2012 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht mit folgenden Rechtsbegehren:

- „1. Es seien die Ziffern 1-5 des Dispositivs der Verfügung der Vorinstanz vom 7. Mai 2012 im Verfahren 22-0408 aufzuheben.
2. Eventualiter für den Fall der Abweisung von Antrag 1 sei gegenüber der Beschwerdeführerin maximal eine Sanktion von CHF [...] zu verhängen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Staates.

PROZESSUALE ANTRÄGE

1. Es seien die Verfahrensakten der Vorinstanz zum Verfahren 22-0408 für das vorliegende Verfahren beizuziehen.
2. Es seien alle als Geschäftsgeheimnisse bezeichnete Angaben und Beilagen als Geschäftsgeheimnisse zu behandeln und gegenüber Dritten und im Fall einer Entscheidepublikation nicht offen zu legen.
3. Es sei der Beschwerdeführerin das Recht einzuräumen, zu Vernehmlassungen der Vorinstanz in diesem Verfahren schriftlich Stellung zu nehmen.“

D.b In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin die Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes, der strafrechtlichen Unschuldsvermutung sowie des Anspruchs auf Beurteilung durch eine unbefangene Entscheidung. Im Zusammenhang mit der Rüge der Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz habe zahlreiche relevante Tatsachen nicht berücksichtigt bzw. nicht untersucht und aktenwidrige Feststellungen getroffen. Eine Verletzung der strafrechtlichen Unschuldsvermutung sieht die Beschwerdeführerin darin begründet, dass das alleinige Abstellen der Vorinstanz auf das qualitative Element bei der Erheblichkeitsanalyse zu einer Beweislastumkehr geführt habe. Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Anspruchs auf Beurteilung durch eine unbefangene Entscheidung, weil die Vorinstanz in der Formulierung der angefochtenen Verfügung die gebotene Neutralität habe missen lassen.

D.c Materiell wendet die Beschwerdeführerin insbesondere ein, die Erheblichkeit der Abrede sei fehlerhaft geprüft und daher zu Unrecht bejaht worden. Zudem habe die Vorinstanz es versäumt, den Kausalzusammenhang zwischen der Abrede und den angeblich wettbewerbswidrigen Wirkungen nachzuweisen. Schliesslich seien der Vorinstanz auch bei der Sanktionsberechnung erhebliche Fehler unterlaufen, was zu einem deutlich überhöhten Sanktionsbetrag geführt habe.

E.

Die Vorinstanz liess sich mit Eingabe vom 22. Oktober 2012 vernehmen und reichte die Akten des vorinstanzli-

chen Verfahrens ein. Sie beantragt die Abweisung der Beschwerde vom 7. Mai 2012 unter Kostenfolge.

F.

Am 31. Oktober 2012 stellte die Beschwerdeführerin Antrag auf Einsicht in die von der Vorinstanz eingereichten Akten des vorinstanzlichen Verfahrens. Das Bundesverwaltungsgericht kam diesem Begehren am 6. November 2012 nach.

G.

Die Beschwerdeführerin replizierte mit Eingabe vom 20. Dezember 2012. Dabei stellte sie folgende weitere Verfahrensanträge:

- „2. Es sei die Vorinstanz zur Edition der unter Rz. 67-68 bzw. Fn. 113 der Vernehmlassung thematisierten, nach Veröffentlichung der Verfügung bei der Vorinstanz eingegangenen E-Mails zu verpflichten und der Beschwerdeführerin diesbezüglich Akteneinsicht zu gewähren sowie Gelegenheit einzuräumen, zu diesen E-Mails Stellung zu nehmen.
3. Es sei der Beschwerdeführerin das Recht einzuräumen, zur Duplik der Vorinstanz Stellung zu nehmen.“

H.

Das Bundesverwaltungsgericht ersuchte mit Verfügung vom 8. Januar 2013 die Vorinstanz um Einreichung der nach Veröffentlichung der angefochtenen Verfügung bei der Vorinstanz eingegangenen E-Mails. Dabei sei sowohl eine Version mit Geschäftsgeheimnissen als auch eine bereinigte Version der E-Mails zu erstellen. Die Vorinstanz kam diesem Ersuchen mit Eingabe vom 9. Januar 2013 nach. Eine um Geschäftsgeheimnisse bereinigte Version der besagten E-Mails wurde der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 10. Januar 2013 übermittelt.

I.

Die Beschwerdeführerin reichte am 17. Januar 2013 eine Stellungnahme ein zu den nach Erlass der angefochtenen Verfügung bei der Vorinstanz eingegangenen Anzeigen. Darin trägt sie insbesondere vor, die betreffenden Anzeigen würden darlegen, dass ein Import von BMW und MINI Neufahrzeugen im untersuchungsrelevanten Zeitraum möglich gewesen sei.

J.

Mit Eingabe vom 25. Februar 2013 duplizierte die Vorinstanz, wobei sie an ihren bisherigen Ausführungen festhielt. Ferner reichte sie die neu hinzugekommenen Verfahrensakten ein.

K.

Das Bundesverwaltungsgericht übermittelte der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 4. März 2013 die Duplik der Vorinstanz inklusive Aktenverzeichnis einstweilen zur Kenntnis. Die Beschwerdeführerin beantragte am 8. März 2013 Einsicht in die mit der Duplik eingereichten vorinstanzlichen Verfahrensakten, welche ihr mit Verfügung vom 15. März gewährt wurde. Zudem räumte das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin Frist zur Einreichung einer allfälligen Stellung-

nahme zur vor-instanzlichen Duplik ein. Die entsprechende Eingabe der Beschwerdeführerin ging am 8. April 2013 ein.

L.

Mit Schreiben vom 5. März 2014 ersuchte die Beschwerdeführerin das Bundesverwaltungsgericht um Einsicht in die seit dem letzten Akteneinsichtsgesuch vom 8. März 2013 allenfalls beigezogenen weiteren Akten. Das Bundesverwaltungsgericht teilte der Beschwerdeführerin mit Brief vom 10. März 2014 mit, dass keine neuen Akten Eingang ins Dossier gefunden haben und sie daher über alle Akten des Verfahrens verfüge.

M.

Das Bundesverwaltungsgericht teilte mit Verfügungen vom 12. Februar 2015 und 1. April 2015 den Parteien die Zusammensetzung des Spruchkörpers im vorliegenden Fall mit. Dagegen sind keine Ausstandsbegehren eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessvoraussetzungen

1.

1.1 Ob die Prozessvoraussetzungen gegeben sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist, hat das Bundesverwaltungsgericht nach ständiger Rechtsprechung von Amtes wegen und mit freier Kognition zu prüfen.

1.2 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Als Verfügungen gelten autoritative, einseitige, individuell-konkrete Anordnungen einer Behörde, die in Anwendung von Verwaltungsrecht ergangen, auf Rechtswirkungen ausgerichtet sowie verbindlich und erzwingbar sind (vgl. BGE 135 II 38 E. 4.3 m.w.H.). Der angefochtene Entscheid der Schweizerischen Wettbewerbskommission (WEKO) vom 7. Mai 2012 im Untersuchungsverfahren 22-0408 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG dar. Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 33 Bst. f VGG (i.V.m. Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG) für die Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig, zumal keine Ausnahme i.S.v. Art. 32 VGG vorliegt.

1.3 Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Sie ist zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 VwVG). Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift gemäss Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG sind gewahrt. Der Kostenvorschuss im Sinne von Art. 63 Abs. 4 VwVG wurde rechtzeitig geleistet und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt.

1.4 Auf die Beschwerde vom 22. Juni 2012 ist daher einzutreten.

2. Anwendungsbereich des Kartellgesetzes

i. Persönlicher Anwendungsbereich

2.

2.1

2.1.1 Die angefochtene Verfügung erging gestützt auf das Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251), welches gemäss seinem Art. 1 bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern. Das Kartellgesetz ist nach seinem Art. 2 Abs. 1 auf Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts anwendbar, worunter sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess zu verstehen sind, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Das KG geht demnach von einem weiten Unternehmensbegriff aus (vgl. dazu VINCENT MARTENET/ANDREAS HEINEMANN, *Droit de la concurrence*, Genf/Zürich/Basel 2012, S. 63 f.).

2.1.2 In casu richtet sich die angefochtene Verfügung gegen die Bayerische Motoren Group bzw. die Unternehmenszentrale in München (die BMW AG) und alle mit ihr konzernmässig verbundenen Unternehmen. Darunter fallen auch die Vertriebsgesellschaften im EWR und die BMW Schweiz AG mit Sitz in Dielsdorf. Die Konzerngesellschaft wird zweifelsohne vom Unternehmensbegriff des Art. 2 Abs. 1^{bis} KG erfasst. Nach herrschender Rechtsprechung und Lehre ist ein Konzern als Ganzes als wirtschaftliche Einheit zu betrachten, wenn die Konzerngesellschaft effektiv Kontrolle über ihre Konzernunternehmen ausübt. Die Konzernunternehmen sind aufgrund ihrer wirtschaftlichen Unselbstständigkeit nicht als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KG zu betrachten. Bei einer hundertprozentigen Beteiligung der Konzernmutter an ihren Tochtergesellschaften wird nach der Stora-Vermutung angenommen, dass eine Konzernmutter tatsächlichen Einfluss auf ihre Tochterunternehmen ausübt. Ist die Muttergesellschaft nicht zu hundert Prozent an ihren Tochtergesellschaften beteiligt, muss sie die Möglichkeit haben, einen Einfluss auf deren Verhalten auszuüben. Zudem muss sie von dieser Möglichkeit wirklich Gebrauch machen, was eine Gesamtbeurteilung erfordert (vgl. EuGH, Rs. C-286/98 P, *Stora Kopparbergs Bergslags/Kommission*, Slg. 2000, I-9925, Rn. 27 ff.; EuGH, verb. Rs. C-93/13 P und C-123/13 P, *Versalis u.a./Kommission*, ECLI:EU:C:2015:150, Rn. 40 ff.; BGE 139 I 72 „Publigruppe“ nicht publizierte E. 3; ANDREAS HEINEMANN, *Thesenpapier* vom 21. Februar 2013, *Kartellverstoss des Tochterunternehmens: Haftet die Konzernmutter?*, abrufbar unter: http://www.debatingcompetition.ch/storage/3rd_Thesenpapier_Heinemann.pdf, zuletzt besucht am 19. November 2015; ROGER ZÄCH, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2. Auflage, Bern 2005, Rn. 256; ROLF H. WEBER, *Kartellrecht - Einleitung*, in: Roland von Büren/Lucas David [Hrsg.], *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Band V/2; *Kartellrecht*, Basel/Genf/München 2000, S. 1 ff., 2).

Ob vorliegend die Muttergesellschaft zu hundert Prozent an ihren Tochtergesellschaften beteiligt ist, kann offen bleiben. Fest steht, dass sie die Möglichkeit hatte, auf das Verhalten ihrer Tochtergesellschaften Einfluss zu nehmen und davon Gebrauch machte. So wird auf der Homepage der BMW Group festgehalten: „Die Unternehmenszentrale in München steuert die Aktivitäten der BMW Group weltweit. Im 'Vierzylinder' am Olympiapark laufen die Fäden aus mehr als 150 Ländern zusammen.“ (abrufbar unter http://www.bmwgroup.com/bmwgroup_prod/d/0_0_www_bmwgroup_com/unternehmen/unternehmensprofil/standorte/standorte/index.html, zuletzt besucht am 19. November 2015). Ferner haben Mitarbeiter der Sendung „Kassensturz“ und verschiedene Anzeiger bestätigt, dass sich die Vertriebsgesellschaften in der Schweiz an die Händlerverträge hielten (vgl. z.B. act. 1, 3, 4, 5; s. auch Rn. 3 der angefochtenen Verfügung). Die Vorinstanz hat demnach das Verhalten der Vertriebsgesellschaften richtigerweise der BMW Group zugerechnet.

ii. Sachlicher Anwendungsbereich

2.2

2.2.1 In sachlicher Hinsicht ist das Kartellgesetz anwendbar auf Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf Unternehmenszusammenschlüsse (Art. 2 Abs. 1 KG). Vorliegend sind zwischen der Beschwerdeführerin und ihren Händlern in der Schweiz und im EWR schriftliche Händlerverträge abgeschlossen worden. Es ist zu prüfen, ob diese Wettbewerbsabreden im Sinne des Kartellgesetzes darstellen.

2.2.2 Nach Art. 4 Abs. 1 KG gelten als Wettbewerbsabreden 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). Gefordert wird demnach ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken zwischen den Betroffenen. Dabei sind die rechtliche oder tatsächliche Form des Zusammenwirkens und die Durchsetzungsmöglichkeit unerheblich. Entscheidend ist einzig, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren (siehe statt vieler THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar zum Kartellgesetz, hiernach: BSK-KG, Basel 2010, Art. 4 Abs. 1 N. 79 ff.; ANDREAS HEINEMANN/ANDREAS KELLERHALS, Wettbewerbsrecht in a nutshell, Zürich/St. Gallen 2014, S. 24 ff.). Die zwischen der Beschwerdeführerin und ihren Schweizer und EWR Händlern bestehenden, schriftlichen Verträge erfüllen dieses Tatbestandselement zweifelsohne.

2.2.3 Gemäss Art. 4 Abs. 1 KG muss die Wettbewerbsabrede zudem eine Beschränkung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn Unternehmen aufgrund einer Abrede im Innen- oder Aussenwettbewerb hinsichtlich eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter (wie den Preis oder die Lieferbedingungen) in ihrer Handlungsfreiheit eingeschränkt werden (BGE 129 II 18 „Sammelrevers“ E. 5.1 m.w.H.). Um vom Anwendungsbereich der Norm erfasst zu werden genügt nach dem Wortlaut des Gesetzes bereits das Bezwecken einer Wettbewerbsbe-

schränkung, die Abrede muss noch keine Wirkung zeitigt haben. Dabei ist die subjektive Ansicht der an der Abrede Beteiligten unerheblich; eine Abrede muss nach Art. 4 Abs. 1 KG objektiv geeignet sein, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 „Gaba“ E. 3.2.3).

2.2.4 Nach Ziff. 1.5 des Händlervertrages vom 1. Oktober 2003 ist es Händlern im Gebiet des EWR nicht gestattet, direkt oder indirekt BMW und MINI Fahrzeuge in Länder ausserhalb des EWR zu verkaufen. Zudem sind sie nach Ziff. 6.2 des Vertrages verpflichtet, BMW und MINI Fahrzeuge sowie Originalteile derselben über das Bestellsystem der Beschwerdeführerin zu beziehen. Eine ähnliche Bezugsklausel findet sich in Ziff. 6.2 des in der Schweiz verwendeten Vertrages, wonach Schweizer Händler für den Bezug von BMW und MINI Fahrzeugen und Originalteilen ebenfalls das Bestellsystem der Beschwerdeführerin verwenden müssen. Demnach werden die EWR Händler in ihrer Freiheit eingeschränkt, BMW und MINI Fahrzeuge sowie Originalteile derselben ausserhalb des EWR zu vertreiben. Darüber hinaus wird das Bezugsgebiet der Schweizer Händler für BMW und MINI Fahrzeuge und Originalteile limitiert. Ob die Abrede eingehalten wurde oder nicht, ist für die Anwendung des Kartellgesetzes auf den vorliegenden Sachverhalt nicht erheblich. Es genügt bereits, wie hiavor ausgeführt, dass sie objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen. Das ist vorliegend zu bejahen.

iii. Örtlicher Anwendungsbereich

2.3.1 Örtlich ist das Kartellgesetz auf alle Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden (Auswirkungsprinzip; Art. 2 Abs. 2 KG). Es ist einleitend zu untersuchen, ob Art. 2 Abs. 2 KG für die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf Sachverhalte mit internationalem Bezug eine bestimmte Art der Auswirkung auf den Schweizer Markt verlangt und wie intensiv diese Auswirkung sein muss. Das ist durch Auslegung der Norm zu ermitteln. Nach der Rechtsprechung muss das Gesetz in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Die Gesetzesauslegung muss vom Gedanken geleitet werden, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei folgen das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht einem pragmatischen Methodenpluralismus und lehnen es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen. Die Gesetzesmaterialien können beigezogen werden, wenn sie auf die streitige Frage eine klare Antwort geben (vgl. BGE 135 V 50 E. 5.1 BGE 132 III 707 E. 2 BVGE 2010/48 E. 3).

2.3.2 Aus dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 2 ergibt sich lediglich, dass das Kartellgesetz auf Sachverhalte anwendbar ist, welche Auswirkungen in der Schweiz ha-

ben. Dies gilt selbst dann, wenn die Sachverhalte im Ausland veranlasst worden sind. Die Bestimmung schreibt für die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes keine besondere Art oder Intensität der Auswirkung vor. Auch aus der systematischen Stellung der Norm in den allgemeinen Bestimmungen des Gesetzes lässt sich für die Frage der Art der Auswirkung nichts ableiten.

2.3.3 Die Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994 (BBI 1995 I 468; nachfolgend: Botschaft KG 95) stellt fest, es werde „[i]n Anlehnung an die herrschende internationale und auch schweizerische Praxis [...] zur Begründung des örtlichen Geltungsbereichs auf das Auswirkungsprinzip verwiesen“ (BBI 1995 I 535). Ein nationales Gesetz dürfe sich auf extraterritoriale Sachverhalte beziehen, „wenn eine eindeutige Binnenbeziehung dieser Sachverhalte zum inländischen Recht besteht“ (BBI 1995 I 535). Der Geltungsbereich des Kartellgesetzes wurde bewusste weit umschrieben. Sämtliche Formen unternehmerischer Tätigkeit werden vom Gesetz erfasst, sofern sich daraus eine Beschränkung des Wettbewerbs ergeben kann. Nach der Botschaft KG 95 sagt die Unterstellung unter den Geltungsbereich des Kartellgesetzes noch nichts aus über die wettbewerbsrechtliche Würdigung des unternehmerischen Verhaltens, es bedeutet keinerlei Werturteil. Zur Anwendung der materiellen Bestimmungen müssen die erwähnten Wettbewerbsabreden in ihrer Wirkung auf den Wettbewerb untersucht werden (BBI 1995 I 553). Für die Beurteilung der Auswirkung einer Abrede auf den Wettbewerb muss zunächst der relevante Markt bestimmt werden (BBI 1995 I 554). Die Würdigung erfolgt erst bei der Anwendung der Art. 5 ff. KG. Ziel dieser weiten Umschreibung des Geltungsbereiches ist die rechtsgleiche Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen für die gesamte Wirtschaft nach einem einheitlichen Prüfungsrahmen. Allein die materiellen Bestimmungen des Kartellgesetzes sollen für die Beurteilung der Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit unternehmerischen Verhaltens massgebend sein (BBI 1995 I 533). Das Kriterium der Erheblichkeit wird denn auch erst im Zusammenhang mit den materiellen Bestimmungen behandelt (vgl. BBI 1995 I 554).

2.3.4 Das in Art. 2 Abs. 2 KG statuierte Auswirkungsprinzip wurde vom Bundesgericht bereits im Jahre 1967 im Entscheid BGE 93 II 192 unter dem Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 20. Dezember 1962 (AS 1964 53; hiernach KG 62) anerkannt. In Auslegung des Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG 62, welcher für Klagen aus Wettbewerbsbehinderung als Gerichtsstand den Begehungsort vorsah, wenn der Beklagte in der Schweiz keinen Wohnsitz hatte, stellte das Bundesgericht fest: „L'art. 7 al. 2 litt. b permet [...] d'assigner en Suisse des organisations étrangères dont les accords de cartel produisent en Suisse des résultats illicites selon l'art. 4 L.Cart., quel que soit le lieu où ces accords ont été conclus. Cela est conforme à son but qui est de protéger la libre concurrence, jugée conforme à l'intérêt général. Cette disposition doit dès lors réprimer les entraves à la concurrence d'où qu'elles viennent, dès qu'elles ont un effet direct sur le jeu de la concurrence à l'intérieur du territoire suisse (BGE 93 II 192 „Librairie Hachette“ E. 3)“. Diese Rechtsprechung wurde in einem

Fusionskontrollfall betreffend die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens durch eine französische und eine amerikanische Unternehmung, die nach dem KG 95 zu prüfen war, bestätigt. Die Parteien wollten die Anwendbarkeit des Gesetzes an eine qualifizierte Auswirkung der Fusion auf den schweizerischen Markt knüpfen. Das Bundesgericht stellte hingegen fest: „Il ne s'agit cependant que des effets sur le marché suisse prévisibles d'emblée, afin de réserver à l'autorité compétente la possibilité de procéder ensuite à un examen plus approfondi [...]. Il s'ensuit que l'obligation d'annoncer les opérations de concentration selon le droit suisse peut déjà résulter des effets potentiels que lesdites opérations sont susceptibles de produire sur le marché suisse, même si les entreprises concernées ne sont pas physiquement présentes en Suisse“ (BGE 127 III 219 „Rhône-Poulenc“ insb. E. 3a).

2.3.5 Ein Teil der schweizerischen Literatur vertritt die Ansicht, dass eine Auswirkung auf den Schweizer Markt unmittelbar und wesentlich (also spürbar) sein müsse, damit das Kartellgesetz örtlich zur Anwendung gelange. So sieht beispielsweise Zäch aufgrund des Wortlautes von Art. 2 Abs. 2 KG die Zuständigkeit der WEKO nur als gegeben an, wenn sich die Wettbewerbsbeschränkung unmittelbar auf den schweizerischen Märkten auswirkt, was auch eine gewisse Spürbarkeit im Sinne einer Möglichkeit der Wahrnehmung der Beschränkung verlange (ZÄCH, a.a.O., Rn. 268). Borer zufolge soll mit dem Kriterium der Wesentlichkeit verhindert werden, dass von den materiellen Tatbestandsmerkmalen her eigentlich erfasste, bloss mögliche Wirkungen durch Wettbewerbsabreden zum Anlass für die Einleitung eines nationalen Kartellverfahrens genommen werden, auch wenn im Inland keine Wirkungen tatsächlich spürbar sind (JÜRGEN BORER, Wettbewerbsrecht I, Kommentar zum Kartellgesetz, Zürich 2011, Art. 2 N. 21). Andere Autoren fordern eine unmittelbare Wirkung auf den schweizerischen Markt, wobei allfällige Weiterwirkungen auf nachgelagerte Märkte oder Rückwirkungen ausser Betracht bleiben müssten (vgl. insbesondere Rolf Bär, Das Auswirkungsprinzip im schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrecht, in: Roland von Büren/Thomas Cottier, Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld, Bern 1997, S. 92; BERNHARD RUBIN/MATTHIAS COURVOISIER, in: Baker & McKenzie, Stämpfli Handkommentar zum KG [hiernach: Baker-Kommentar], Bern 2007, Art. 2 N. 32). ZURKINDEN/TRÜEB wiederum wollen auf die Spürbarkeit der wettbewerbs-schädlichen Auswirkungen abstellen (PHILIPP E. ZURKINDEN/HANS RUDOLF TRÜEB, Das neue Kartellgesetz, Handkommentar, Zürich/Basel/Genf 2004, Art. 2 N. 10). Es wird indessen auch die Auffassung vertreten, durch die Kriterien der Unmittelbarkeit und insbesondere der Spürbarkeit werde eine materielle Prüfung der Abrede vorweggenommen. Das Kartellgesetz komme zur Anwendung aufgrund einer Auswirkung auf den Schweizer Markt, ein Mindestmass an Intensität sei nicht verlangt. Die Intensität sei im Rahmen der materiellen Prüfung der Abrede zu untersuchen. Unwesentliche Auswirkungen würden denn auch nicht zu einer kartellrechtlichen Verantwortlichkeit führen. Weil im Zeitpunkt der Einleitung einer Untersuchung die Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung oft nicht abzuschätzen seien, müsse für die Einleitung eines Verfahrens die Möglichkeit

von (wesentlichen) Auswirkungen genügen. Bei Wettbewerbsabreden i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG reiche bereits das Bezwecken einer (wesentlichen) Auswirkung auf den Schweizer Markt (vgl. Jens Lehne, in: BSK-KG, Art. 2 Rn. 53; Mariel Hoch Classen, Vertikale Wettbewerbsabreden im Kartellrecht, Zürich 2003, S. 209; VINCENT MARTENET/PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier [Hrsg.], Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Basel 2013, [hiernach Commentaire Romand], Art. 2 LCart N. 92; siehe auch BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Eric Homburger/Bruno Schmidhauser/Franz Hoffet/Patrick Ducrey [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1996/1997, Art. 2 N. 40, nach dem das Kriterium der „Spürbarkeit“ in der Umschreibung des sachlichen Geltungsbereichs enthalten ist). Nach SCHNYDER schliesslich schützt das Kartellrecht auf dem insbesondere räumlich relevanten Markt die Allgemeinheit und einzelne Betroffene vor Wettbewerbsbehinderungen. In kollisionsrechtlicher Hinsicht sei daher funktional eine Anknüpfung zu verwirklichen, welche diesem Schutzgedanken Rechnung trage. Aus funktionalen Gründen könne es sich das Wettbewerbsrecht nicht leisten, nur wegen der Lokalisierung einzelner, ebenfalls relevanter Anknüpfungspunkte ausserhalb des betroffenen Marktes auf seine Durchsetzung zu verzichten (ANTON K. SCHNYDER, in: Günter Hirsch/Frank Montag/Franz Jürgen Säckler [Hrsg.], Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Band 1: Europäisches Wettbewerbsrecht, München 2007 [hiernach Münchener Kommentar EuWettbR], Einleitung: Sachlicher, zeitlicher und räumlicher Geltungsbereich des Wettbewerbsrechts. Extraterritoriale Anwendung, Rn. 848 ff.). Ferner könne bei der Handhabung des Auswirkungsprinzips nicht auf abstrakte Kriterien wie Spürbarkeit, Unmittelbarkeit oder Vorhersehbarkeit abgestellt werden, sondern es bedürfe einer Rückkopplung auf Sachnormen und deren Anwendungskriterien, wie Bestimmung des relevanten Marktes, beherrschende Stellung usw. Marktauswirkungen seien dort zu bejahen, wo durch die Verwirklichung eines Sachnormtatbestandes der Anwendungsanspruch einer Rechtsordnung ausgelöst werde (SCHNYDER, in: Münchener Kommentar EuWettbR, Rn. 927 ff.). Insbesondere die immer wieder genannten Voraussetzungen „Spürbarkeit“ (i.S.v. Erheblichkeit), „Unmittelbarkeit“, „Tatsächlichkeit“ und „Vorhersehbarkeit“ seien zu abstrakt bzw. zu einschränkend (vgl. SCHNYDER, in: Münchener Kommentar EuWettbR, Rn. 929 ff.).

2.3.6 Das Auswirkungsprinzip hat seine völkerrechtliche Grundlage im Lotus-Entscheid des Ständigen Internationalen Gerichtshofes (S.S. Lotus [France v. Turkey], 1927 P.C.I.J. [ser. A] No. 10 [Sept. 7], para. 60 ff. und 86). Demnach sind Handlungen von Personen, die sich zum Tatzeitpunkt auf dem Territorium eines anderen Staates aufhalten, nichtdestotrotz als Handlungen anzusehen, welche innerhalb eines Staatsgebietes begangen wurden, wenn ein wesentliches Tatbestandsmerkmal, insbesondere die Auswirkungen der Tat, sich im Inland realisiert hat (S.S. Lotus [France v. Turkey], 1927 P.C.I.J. [ser. A] No. 10 [Sept. 7], para. 60).

2.3.7 Im Kartellrecht wurde das Auswirkungsprinzip entscheidend durch das U.S.-amerikanische Recht, und vor

allem die amerikanischen Gerichte, geprägt (für eine Übersicht über die Entwicklung des Auswirkungsprinzips im U.S.-amerikanischen Recht vgl. Carl Baudenbacher, Swiss Economic Law Facing the Challenges of International and European Law, Zeitschrift für Schweizerisches Recht ZSR, 146. Jahrgang 2012, S. 590 ff.; DIETMAR BAETGE, Globalisierung des Wettbewerbsrechts, Eine internationale Wettbewerbsordnung zwischen Kartell- und Welthandelsrecht, Tübingen 2009, S. 262 ff.). Der Sherman Act (15 U.S.C. §§ 1-7) sah von Beginn an in Section 1 die Möglichkeit vor, das Kartellverbot auch dann anzuwenden, wenn der Handelsverkehr mit anderen Staaten betroffen war. Davon machte die Rechtsprechung erstmals 1945 im sog. Alcoa-Fall Gebrauch (United States v. Aluminium Co. of America et al., Circuit Court of Appeals, Second Circuit, No. 144, March 12, 1945, 148 F.2d 416). Allerdings sollten ausländische Abreden nur dann erfasst werden, „if they were intended to affect imports and did affect them“ (S. 444). Dieser Ansatz wurde vom Obersten Gerichtshof der U.S.A. in Hartford Fire Ins. v. California bestätigt (509 U.S. 764, 1993). Der sog. „effects-test“ wurde 1982 durch den Foreign Trade Antitrust Improvements Act (FTAIA; Pub. L. No. 97-290, 96 Stat. 1246 [1982]) förmlich in den Sherman Act aufgenommen. Das U.S.-Kartellrecht ist damit auf Verhalten anwendbar, welches direkte, erhebliche und hinreichend vorhersehbare Auswirkungen auf den Binnen- bzw. indirekten Importhandel oder auf den Exporthandel eines U.S.-Exporteurs hat (vgl. Section 7 Sherman Act). Die neueste amerikanische Rechtsprechung liegt auf der von SCHNYDER vertretenen Linie. Nach dem Urteil des Bundesberufungsgerichts des Siebten Bezirkes der U.S.A. in Minn-Chem Inc. V. Agrium Inc. vom 27. Juni 2012 (No. 10-1712), das auf eine Privatklage hin erging, sind die Begriffe „direct“, „substantial“ und „foreseeable“ keine Zuständigkeitsregeln, d.h. Regeln, welche die Zuständigkeit begrenzen, sondern Vorschriften betreffend die Begründetheit.

2.3.8 Das Kartellrecht der früheren EWG und heutigen EU, auf welches sich das KG in grossen Teilen stützt (BBl 1995 I 494 ff. sowie 528 ff.), findet seit 1964 Anwendung auf Unternehmen ausserhalb des Gemeinsamen Marktes (für eine Übersicht über die extraterritoriale Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts vgl. Schnyder, in: Münchener Kommentar EuWettbR, Rn. 855 ff.). Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat sich bisher nicht ausdrücklich zum Auswirkungsprinzip bekannt, sondern das europäische Kartellrecht zunächst über die Theorie der wirtschaftlichen Einheit (EuGH, R. 48/69, Imperial Chemical Industries, Slg. 1972, 619, Rn. 132/135 f.; EuGH, verb. Rs. 6 und 7/73, Commercial Solvents, Slg. 1974, 223, Rn. 36 ff.) und danach über das Durchführungsprinzip (EuGH, Rs. 89/85, Zellstoff, Slg. 1988, 5193) auf Drittstaatsunternehmen angewendet. Das Gericht der Europäischen Union (EuG) anerkannte in Gencor indirekt das Auswirkungsprinzip als es prüfte, ob der in Frage stehende Zusammenschluss zweier Südafrikanischer Gesellschaften in der Gemeinschaft eine unmittelbare, wesentliche und vorhersehbare Wirkung haben würde (EuG, Rs. T-102/96, Gencor, Slg. 1997, II-879). Diese Begriffe legte es wie folgt aus: die unmittelbare Wirkung bestand darin, dass der Zusammenschluss Bedingungen schaffte, welche missbräuch-

liche Verhaltensweisen möglich machten und auch wirtschaftlich vernünftig erschienen liessen. Die Erheblichkeit der Wirkung wurde bejaht, weil sich durch das entstehende Duopol die Anteile auf den relevanten Märkten erheblich ändern würden. Schliesslich sei es vorhersehbar, dass die Schaffung eines beherrschenden Duopols auf einem Weltmarkt auch zu einer erheblichen Wettbewerbsbehinderung in der Gemeinschaft geführt hätte (EuG, Rs. T-102/96, Gencor, Slg. 1997, II-879, Rn. 94, 97 f. und 100). Zwar haben sich EuGH und EuG nie ausdrücklich zum Auswirkungsprinzip bekannt. Aufgrund der von den beiden Gerichten gebilligten Praxis der Europäischen Kommission ist allerdings anzunehmen, dass es grundsätzlich in der EU Anwendung findet, auch wenn nicht restlos geklärt ist, wie und in welchem Umfang (vgl. RICHARD WISH/DAVID BAILEY, *Competition Law*, Eighth Edition, Oxford 2015, S. 526 ff., insbesondere S. 529).

2.3.9 Zusammenfassend lässt sich sagen, dass in den Rechtsordnungen der EU und der USA ein gewisses Mindestmass an Intensität für die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Sachverhalte mit internationalem Bezug verlangt wird. Unklar bleibt die Definition der Begriffe „Spürbarkeit“, „Unmittelbarkeit“, „Tatsächlichkeit“ und „Vorhersehbarkeit“ und deren Anwendung in der Praxis.

2.3.10 Das Schweizer Kartellgesetz bezweckt gemäss Art. 1 die Verhinderung volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen und damit die Förderung des Wettbewerbs im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung. Der dort verwendete Begriff der „Auswirkung“ ist mit dem in Art. 2 Abs. 2 KG gebrauchten nicht deckungsgleich. Art. 2 Abs. 2 KG ist aber im Lichte des Art. 1 KG zu lesen. Erstere Norm dient u.a. dazu, Letztere zu verwirklichen. Das Kartellgesetz soll den Wettbewerb auf dem Schweizer Markt vor Störungen schützen, damit ein freier und nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen funktionierender Wettbewerb ermöglicht wird. Das Auswirkungsprinzip soll dabei der Anwendung des Kartellgesetzes ausdrücklich auch in Fällen zum Durchbruch verhelfen, in denen der Wettbewerbsverstoß im Ausland begangen wurde (vgl. dazu zum alten KG 95 BGE 127 III 219 „Rhône-Poulenc“ E. 3a). Insofern ist die schweizerische Regelung deutlich klarer als Art. 101 AEUV, wo das Auswirkungsprinzip erst durch die Praxis der Kommission und der Gerichte anerkannt wurde. Für die Beantwortung der Frage der Natur einer Auswirkung ist ein Abstellen auf die abstrakten Begriffe „Spürbarkeit“, „Unmittelbarkeit“, „Tatsächlichkeit“ und „Vorhersehbarkeit“ mit erheblichen Unsicherheiten für die Rechtsunterworfenen verbunden. Zielführender ist es, Marktauswirkungen dort zu bejahen, wo durch Verwirklichung eines Sachnormtatbestandes der Anwendungsanspruch einer Rechtsordnung ausgelöst wird (vgl. SCHNYDER, in: *Münchener Kommentar EuWettbR*, Rn. 927). Der in diesem Sinne weit gefasste örtliche Anwendungsbereich wird auch ausdrücklich einleitend zu Art. 2 KG in der Botschaft KG 95 postuliert (BBI 1995 I 553 f.). Erst im Rahmen der materiellen Bestimmungen ist eine vertiefte Prüfung der Wirkung einer Wettbewerbsbeschränkung durchzuführen. Wie die Botschaft KG 95 festhält, ist mit der Unterstellung von

Vertikalabreden unter das Gesetz nämlich noch nichts über die materielle Beurteilung solcher Praktiken im Einzelfall ausgesagt. Gerade bei den Vertikalabreden gibt es zahlreiche Spielarten, mit denen die Unternehmen im Sinne einer wirtschaftlich effizienten Ausgestaltung ihrer Marktbeziehungen legitime Strategien verfolgen (BBI 1995 I 546). Im Übrigen ist nur mit einer weiten Fassung des örtlichen Anwendungsbereichs gewährleistet, dass das KG nicht seiner Wirksamkeit beraubt wird. Denn es sind Fälle denkbar, in denen Unternehmen mit Sitz ausserhalb eines Staatsgebietes einen Lieferverzicht in dieses Territorium vereinbaren. Dass Sachverhalte, in denen ein Unterlassen Gegenstand einer Kartellabrede ist, vom Kartellgesetz erfasst werden, liegt auf der Hand. Würde man in einer solchen Situation die Anwendung des Kartellgesetzes von positiven Auswirkungen im Inland abhängig machen, würde das Kartellgesetz zum toten Buchstaben verkommen. Unternehmen könnten dadurch nach Belieben Märkte national abschotten, was dem Ziel des Kartellgesetzes diametral entgegenstehen würde (siehe Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001 [hier-nach: Botschaft KG 03], BBI 2002 2032). Ferner ist der Anwendungsbereich des Kartellgesetzes auch deswegen weit zu fassen, damit gewährleistet ist, dass das Sekretariat überhaupt mit der Prüfung beginnen kann, ob eine Abrede beschränkend wirkt. Eine sozusagen materielle Vorprüfung im Rahmen des Art. 2 Abs. 2 KG entspricht nicht dem Sinn und Zweck des Auswirkungsprinzips, ja wäre sogar unlogisch. Es kann nicht sein, dass das Sekretariat anhand des Kartellgesetzes prüft, ob es eine Auswirkung gibt, um festzustellen, ob das Kartellgesetz überhaupt anwendbar ist. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass der nach Art. 2 Abs. 2 KG breit zu fassende Anwendungsbereich des Kartellgesetzes in zweifacher Hinsicht eingeschränkt wird: Zum einen ist das Gesetz in sachlicher Hinsicht, wie oben (E. 2.2) ausgeführt, nur auf Kartell- und andere Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf Unternehmenszusammenschlüsse anwendbar (Art. 4 Abs. 1 KG). Andererseits wird gerade im Rahmen der umfangreichen materiellen Prüfung untersucht, wie erheblich eine Abrede den Wettbewerb beeinträchtigt, oder ob sie sich allenfalls aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz sogar positiv auf den relevanten Markt auswirkt (vgl. Art. 5 Abs. 1 und Art. 6 KG). Selbst wenn eine Abrede vermutungsweise den Wettbewerb beseitigt, kann durch Nachweis genügenden Restwettbewerbs die Vermutung widerlegt werden. Hinzu kommen die verfahrensrechtlichen Garantien des Kartellgesetzes. Erst nachdem das Sekretariat gestützt auf eine Vorabklärung Anhaltspunkte für das Bestehen einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung ermittelt hat, wird eine formelle Untersuchung eingeleitet, und dies auch nur im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Vorinstanz (Art. 26 f. KG). All diese Vorschriften verhindern, dass gegen Unternehmen Sanktionen ausgesprochen werden für Wettbewerbsbeschränkungen, welche nur geringe oder keine Auswirkungen in der Schweiz zeitigen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 „Gaba“ E. 3.3; s. auch MARINO BALDI/FELIX SCHRANER, *Bundesverwaltungsgericht setzt mit Gaba-Urteil wettbewerbspolitischen Markstein*, *European Law Reporter* 2/2014, S. 67;

ANJA WALKER, Globalisierungstaugliches Schweizer Kartellrecht, Jusletter vom 10. Februar 2014, Rz. 35). Es ist demnach von einem weiten örtlichen Anwendungsbereich des Schweizer KG auszugehen.

2.3.11 Vorliegend hat die Beschwerdeführerin mit ihren Händlern ein Exportverbot aus dem EWR sowie ein Parallelimportverbot in die Schweiz schriftlich vereinbart. Ob beziehungsweise wie sich diese Vereinbarungen auf den Schweizer Markt ausgewirkt haben, ist an dieser Stelle nicht zu untersuchen. Entscheidend ist, dass die Beschwerdeführerin Abreden getroffen hat, welche den Verkauf von Produkten der Beschwerdeführerin in der Schweiz und somit den Schweizer Markt betreffen. Das ist in casu der Fall. Der vorliegende Sachverhalt mit internationalem Bezug fällt folglich aufgrund von Art. 2 Abs. 2 KG in den Anwendungsbereich des Schweizer Kartellgesetzes.

Formelles Bundesrecht

In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin Verletzungen der Untersuchungsmaxime (E. 3), der strafrechtlichen Unschuldsvermutung (E. 4) sowie des Anspruchs auf Beurteilung durch eine unbefangene Entscheidungsinstanz (E. 5). Auf die Vorbringen wird nachfolgend eingegangen.

3. Rüge der Verletzung der Untersuchungsmaxime

3.

Die Beschwerdeführerin macht in ihrer Beschwerde vom 22. Juni 2012 in formeller Hinsicht mehrere Verletzungen der Untersuchungsmaxime geltend. Auf die Vorbringen wird hiernach einzeln eingegangen.

Ein Verstoss gegen das Kartellgesetz ist gemäss der auch im Kartellverfahren anwendbaren Untersuchungsmaxime grundsätzlich durch die Behörden zu untersuchen (Art. 39 f. KG i.V.m. Art. 12 VwVG). Sie haben die Pflicht, den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen richtig und vollständig abzuklären, wobei die Parteien gestützt auf Art. 13 VwVG eine Mitwirkungspflicht trifft. Als rechtserheblich gelten alle Tatsachen, welche den Ausgang der Entscheidung beeinflussen können (BGE 117 V 282 E. 4a; Entscheid der REKOWEF FB/2004-1 vom 27. September 2005 „Ticketcorner“ E. 5.1, veröffentlicht in: RPW 2005/4, S. 672 ff.; vgl. auch ROLF H. WEBER/STÉPHANIE VOLZ, Wettbewerbsrecht, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 352). Grundsätzlich gilt im ordentlichen Verwaltungsverfahren das Beweismass des Regelbeweises (PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [hiernach: Praxiskommentar VwVG], Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 12 N. 216). Im wettbewerbsrechtlichen Kontext sind indes keine überspannten Anforderungen an das Beweismass zu stellen. Die Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte, insbesondere die vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens, schliesst eine strikte Beweisführung regelmässig aus. Wie das Bundesgericht im „Publigroupe“-Urteil ausgeführt hat, ist die Analyse der Marktverhältnisse komplex, die Datenlage oft unvollständig und die Erhebung ergänzender Daten schwierig. Daher dürfen

die Anforderungen an den Nachweis wirtschaftlicher Zusammenhänge mit Blick auf die Zielsetzung des Kartellgesetzes, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern, nicht übertrieben werden. Eine strikte Beweisführung ist kaum möglich; allerdings muss die Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit überzeugend und nachvollziehbar erscheinen (vgl. BGE 139 I 72 „Publigroupe“ E. 8.3.2 m.H.; s. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 „Gaba“ E. 5; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2969/2010 vom 28. Februar 2012 „Swisscom/COLT“ E. 13.2; BVGE 2009/35 „Swisscom Bitstrom“ E. 7.4 m.H.; Marino Baldi/Felix Schraner, Die kartellrechtlichen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Fall „Baubeschläge“ - revisi-onistisch oder nur beiläufig falsch?, AJP 2/2015, S. 269 ff., 275 f).

Der Untersuchungsgrundsatz erfährt eine Einschränkung durch die in Art. 13 VwVG statuierte Mitwirkungspflicht. Diese besteht für Parteien insbesondere, soweit sie in einem Verfahren selbständige Begehren stellen (Beschwerdeführerin; Art. 13 Abs. 1 Bst. b VwVG) bzw. wenn ihnen nach einem anderen Bundesgesetz eine weitergehende Auskunfts- oder Offenlegungspflicht obliegt. Eine solche findet sich in Art. 40 KG, wonach Beteiligte an Abreden den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen haben. Mitwirkungspflichten können sich ausserdem aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergeben, insbesondere wenn die Vorinstanz Tatsachen ohne Mitwirkung der Parteien nicht oder nicht mit vernünftigem Aufwand erheben kann (Urteil des Bundesgerichts 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007 „Sammelrevers“ E. 10; vgl. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich 2013, S. 162; PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 13 N. 32 ff.; VINCENT MARTENET, in: Commentaire Romand, Art. 39 LCart N. 31 ff.).

3.1

3.1.1 Die Beschwerdeführerin macht unter dem Titel „Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes“ erstens geltend, die Vorinstanz habe die Marktanteile von BMW und MINI Fahrzeugen nicht im Untersuchungszeitraum erhoben, sondern willkürlich und ohne Begründung im Zeitraum 2007-2011. Hierzu ist festzuhalten, dass die Frage, ob die Vorinstanz in willkürlicher Weise auf den genannten Zeitraum abgestellt hat, eine materielle ist. Diese ist nicht im Rahmen der formellen Prüfung zu untersuchen, sondern an entsprechender Stelle bei der materiellen Beurteilung (vgl. unten, E. 9.2.1.1). Nachfolgend beschränkt sich die Prüfung des Bundesverwaltungsgerichts daher auf den ersten Teil der Rüge.

3.1.2 Die Vorinstanz erwidert, die Bemessungszeitperiode für die Marktanteilsberechnung sei nicht willkürlich festgelegt worden. Vielmehr sei wie üblich auf die letzten fünf Jahre vor Erlass der angefochtenen Verfügung abgestellt worden, um einer allfällig dynamischen Entwick-

lung der Marktanteile Rechnung zu tragen. Die Vorinstanz verweist in diesem Zusammenhang auf ihre Entscheidungen GABA und SIX (RPW 2010/1, S. 65 ff. bzw. RPW 2011/1, S. 96 ff.).

3.1.3 In Rn. 249 ff. der angefochtenen Verfügung werden die Marktanteile der Beschwerdeführerin berechnet. Dabei hatte die Vorinstanz ursprünglich die Marktanteile für die Zeitperiode 2007-2010 gestützt auf die Absatzmengen der Fahrzeughersteller und -importeure kalkuliert. Die Beschwerdeführerin sprach sich im vorinstanzlichen Verfahren hingegen dafür aus, statt auf die Absatzmengen auf die von Auto-Schweiz erhobene Zulassungsstatistik abzustellen (vgl. act. 164 Rn. 49). In der Folge legte die Beschwerdeführerin dar, wie ihrer Ansicht nach eine Marktanteilsberechnung gestützt auf die Zulassungsstatistik vorzunehmen wäre. Dabei stellte sie auf die Zahlen aus den Jahren 2006-2011 ab und nahm eine Kalkulation für die Marktanteile in der Zeitperiode 2007-2010 vor. Aus Rn. 252 ff. der angefochtenen Verfügung geht hervor, dass die Vorinstanz aufgrund der Ausführungen der Beschwerdeführerin ihre Marktanteilsberechnung auf die Zulassungsstatistik statt wie ursprünglich auf die Absatzmenge stützte. Demnach ist die Vorinstanz der von der Beschwerdeführerin geforderten Berechnungsmethode gefolgt, und zwar auch hinsichtlich der Festlegung eines langen Bemessungszeitraumes. Angesichts dieser Vorgänge mutet es widersprüchlich an, wenn die Beschwerdeführerin vor Bundesverwaltungsgericht von einem unbegründeten bzw. nicht nachvollziehbaren Handeln seitens der Vorinstanz bei der Marktanteilsberechnung spricht. Die Rüge der Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes ist demnach zurückzuweisen.

3.2

3.2.1 Die Beschwerdeführerin trägt im Zusammenhang mit der Untersuchungsmaxime zweitens vor, die Behauptung der Vorinstanz, wonach die Beschwerdeführerin über Marktmacht bzw. eine starke Marktstellung verfüge, sei aufgrund der tiefen Marktanteile als aktenwidrig anzusehen. Die Marktmacht könne nicht, wie das die Vorinstanz getan habe, über eine vage und falsch interpretierte Aussage der Beschwerdeführerin zu ihrer [...] anlässlich der mündlichen Anhörung konstruiert werden.

Zu diesem Vorbringen ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin formelle mit materiellen Fragen vermischt. Unter dem Titel Untersuchungsgrundsatz bzw. der Rüge der unrichtigen Sachverhaltsfeststellung ist zu prüfen, ob die vorinstanzlichen Aussagen in Bezug auf die Marktmacht indizierenden Sachverhaltselemente (z.B. Marktanteile) aktenwidrig sind. Nicht im Rahmen der formellen Prüfung ist hingegen zu untersuchen, ob die Vorinstanz die Ergebnisse ihrer Untersuchung korrekt gewürdigt und zu Recht auf das Vorliegen von Marktmacht der Beschwerdeführerin erkannt hat. Das betrifft eine materielle Frage, welcher an entsprechender Stelle nachzugehen ist (vgl. unten, E. 9.2.1). Die Rüge der Beschwerdeführerin ist im Lichte dieser Erwägungen zu prüfen.

3.2.2 Die Vorinstanz weist den Vorwurf der aktenwidrigen Feststellung zurück und bringt im Wesentlichen dasselbe vor, wie in Rn. 249 ff. der angefochtenen Verfügung. Sie habe insbesondere aufgrund der Marktantei-

le der Beschwerdeführerin, der Marktanteilsentwicklung auf den relevanten Märkten sowie der von der Beschwerdeführerin [...] auf Marktmacht geschlossen (vgl. dazu auch die Ausführungen unten in E. 9.2.1).

3.2.3 Wie bereits der Wortlaut erhellt, bedeutet „Aktienwidrigkeit“, dass eine Behörde eine tatsächliche Feststellung trifft, die im klaren Widerspruch zu den Akten steht. Dabei hat der die Aktienwidrigkeit Behauptende darzulegen, dass diese offensichtlich ist sowie welche Akten nicht oder falsch berücksichtigt wurden (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B 506/2010 vom 19. Dezember 2013 „Gaba“ E. 5.8.3; s. auch Marc Forster, *Woran staatsrechtliche Beschwerden scheitern*, Zur Eintretenspraxis des Bundesgerichtes, SJZ 89/1993, S. 77 ff., 78). Der Begriff Aktienwidrigkeit kann sich ausschliesslich auf nachprüfbar Tatsachen beziehen, die einerseits in den Akten aufgeführt sind und andererseits dem Entscheid zugrunde gelegt werden. Die Aktienwidrigkeit ergibt sich aufgrund eines einfachen Vergleichs zwischen den in den Akten aufgeführten und den im Entscheid benannten Tatsachen durch die Beschwerdeinstanz. Ergibt sich aufgrund eines solchen Vergleichs eine Abweichung, ist das Vorliegen einer Aktienwidrigkeit zu bejahen, unabhängig davon wie gross oder erheblich diese Abweichung ist. Eine Beurteilung oder Würdigung, die aufgrund von den in den Akten aufgeführten Tatsachen vorgenommen wird, kann indessen nie aktenwidrig sein. Umgekehrt muss die Aktienwidrigkeit nicht geprüft werden, wenn mit einer Rüge eine Würdigung verschiedener Fakten angegriffen wird. Vorliegend wendet sich die Beschwerdeführerin gegen die Schlussfolgerung der Vorinstanz, wonach sie über Marktmacht verfüge. Dabei handelt es sich um die Bewertung eines wirtschaftlichen Zustandes, mithin also um eine Würdigung, welche von vorneherein nicht aktenwidrig sein kann. Die Rüge der Beschwerdeführerin ist demnach zurückzuweisen. Ob hingegen in materieller Hinsicht die Berechnung der Marktanteile korrekt erfolgt ist, ist unten unter E. 9.2.1 zu prüfen.

3.3

3.3.1 Die Beschwerdeführerin bringt im Zusammenhang mit der Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes drittens vor, die Vorinstanz habe in aktenwidriger Weise festgestellt, dass BMW und MINI Fahrzeuge im untersuchten Zeitraum im EWR um einiges günstiger erhältlich gewesen seien als in der Schweiz. Ein Vergleich der ausstattungs- und steuerbereinigten Preise zeige, dass die Unterschiede nur gering seien. Diese Unterschiede seien im Gegensatz zur Annahme der Vorinstanz nicht der beanstandeten Vertragsklausel, sondern den Wechselkursen zuzuschreiben.

3.3.2 Die Vorinstanz weist den Vorwurf der Aktienwidrigkeit zurück und verweist zur Ermittlung der Preisunterschiede auf die angefochtene Verfügung. In Rn. 195 ff. derselben werden die dem Preisvergleich für Neufahrzeuge der Marke BMW und MINI zwischen der Schweiz und Deutschland zugrunde liegenden Daten dargestellt. An dieser Stelle wird aufgezeigt, warum die Vorinstanz auf die aktuellen und publizierten Listenpreise aus dem Jahr 2011 in Deutschland abstellte, auf welche Wechselkurse sie sich aus welchen Gründen bei ihrer Berechnung stützte, welche Modelle der Marken BMW und

MINI sie berücksichtigte und warum die ausländische Mehrwertsteuer und Zolltarife in ihrer Berechnung keine Rolle spielten. Zum Abstellen auf die publizierten Listen statt auf die ausstattungs- und steuerbereinigten Preise wird im Wesentlichen ausgeführt, Kunden orientierten sich am publizierten Listenpreis. Zudem gehe aus einer Anzeige eines Kaufinteressenten hervor, dass das betreffende Fahrzeug selbst bei Berücksichtigung sämtlicher bei einem Import anfallenden Kosten ausstattungs-bereinigt in Deutschland immer noch CHF 6'000.- günstiger erhältlich sei als in der Schweiz.

3.3.3 Wie oben erwähnt, bedeutet „Aktenwidrigkeit“, dass eine Behörde eine tatsächliche Feststellung trifft, die im klaren Widerspruch zu den Akten steht, wobei die Beweislast für deren Vorliegen bei der Beschwerdeführerin liegt. Aktenwidrigkeit bezüglich der vorinstanzlichen Aussagen zum Arbitragepotenzial wäre demnach in casu gegeben, wenn die Untersuchung ergeben hätte, dass überhaupt keine Preisunterschiede zwischen der Schweiz und dem EWR bestehen, und die Vorinstanz dennoch zum Schluss gekommen wäre, dass solche bestünden. Das ist nicht der Fall. Die Vorinstanz hat basierend auf die oben dargestellten Kriterien einen Vergleich vorgenommen, und dabei weder auf falsche Tatsachen abgestellt noch Schlussfolgerungen getroffen, welche offensichtlich im Widerspruch zu den ermittelten Fakten stehen. Das ergibt sich nicht zuletzt aus der erwähnten Anzeige eines Kaufinteressenten, in der ein ausstattungs- und steuerbereinigter Preisvergleich vorgenommen wurde (vgl. act. 134). Daraus ist ersichtlich, dass bei einem solchen Vergleich weiterhin ein Unterschied von CHF 6'000.- zwischen dem in Deutschland und dem in der Schweiz erhältlichen Fahrzeug besteht. Demnach kann nicht gesagt werden, die Behauptungen der Vorinstanz zum Arbitragepotenzial seien aktenwidrig. Schliesslich nennt auch die Beschwerdeführerin selbst keine Stelle, an der die Vorinstanz eine Schlussfolgerung getroffen hat, welche offensichtlich falsch oder im Widerspruch zu den Akten steht. Vielmehr wendet sie sich, auch wenn sie den Begriff „aktenwidrig“ gebraucht, gegen das Vorgehen der Vorinstanz bei der Ermittlung der Preisunterschiede. Denn zum einen moniert sie einen fehlenden Vergleich der ausstattungs- und steuerbereinigten Preise und stellt sich somit gegen die Berechnungsmethode. Dabei bringt sich nicht vor, die verwendeten Zahlen seien offensichtlich falsch. Zum anderen ergibt sich das auch aus den umfangreichen materiellen Ausführungen der Beschwerdeführerin zum Arbitragepotenzial in Rn. 61 ff. der Beschwerde, wo diese in erster Linie die Methode der Vorinstanz bei dessen Ermittlung hinterfragt. Wie bereits oben ausgeführt, kann eine Beurteilung oder Würdigung, die aufgrund von den in den Akten aufgeführten Tatsachen vorgenommen wird, nie aktenwidrig sein. Die Beschwerdeführerin vermag daher mit dem Vorwurf der Aktenwidrigkeit nicht durchzudringen. Ob die Ermittlung des Arbitragepotenzials selbst fehlerhaft ist, ist an entsprechender Stelle im Rahmen der materiellen Prüfung zu untersuchen (vgl. unten, E. 9.2.2).

3.4

3.4.1 Die Beschwerdeführerin moniert im Zusammenhang mit der Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes weiter, die Vorinstanz habe nicht berücksichtigt, dass die

Preisunterschiede zwischen der Schweiz und Deutschland den Wechselkursen im Untersuchungszeitraum zuzurechnen seien, statt der beanstandeten Vertragsklausel.

3.4.2 Die Vorinstanz verweist auf die angefochtene Verfügung. Wie aus Rn. 212 erster Punkt der angefochtenen Verfügung ersichtlich, hat die Beschwerdeführerin dieses Argument bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorgetragen. In Rn. 213 der angefochtenen Verfügung wird dazu ausgeführt: „Wie bereits erwähnt, werden vorliegend die Auswirkungen des Exportverbotes für den Zeitraum vor Untersuchungseröffnung aus verfahrensökonomischen Gründen nicht untersucht [...]. 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.“ In Rn. 377 der angefochtenen Verfügung wird zur Sanktionierung festgestellt, dass obwohl die beanstandete Klausel seit 2003 bestehe, auf die erhebliche Wettbewerbsbeschränkung ab Oktober 2010 abzustellen sei.

3.4.3 Demnach kann nicht gesagt werden, die Vorinstanz habe die Auswirkungen des gewählten Zeitraums auf die ermittelten Preisunterschiede nicht berücksichtigt. Im Gegenteil hat sie diesen Punkt untersucht, die Beschwerdeführerin dazu angehört und ihn in ihre Beurteilung mit einbezogen. Das zeigt nicht zuletzt die Tatsache, dass sie diesem Umstand bei der Festsetzung der Sanktion Rechnung getragen hat. Damit hat die Vorinstanz die Untersuchungsmaxime gewahrt.

3.5

3.5.1 Im Zusammenhang mit der Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes trägt die Beschwerdeführerin fünftens vor, die Verfügung habe Tageszulassungen, welche zum selben Marktsegment wie Neufahrzeuge gehören würden, gänzlich ignoriert, und auch die Vorbringen der Beschwerdeführerin zu diesem Punkt nicht ernsthaft geprüft und berücksichtigt.

3.5.2 Die Vorinstanz verweist auf die angefochtene Verfügung. Aus Rn. 231 derselben ist ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin ihre Ausführungen zur fehlenden Berücksichtigung von Tageszulassungen bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorgetragen hat. Dabei hat sie sich u.a. auf ein Urteil des BGH berufen. In Rn. 232 der angefochtenen Verfügung ist die Vorinstanz auf diese Argumente eingegangen. So wird festgehalten, aus den Anzeigen von Kaufinteressenten ergebe sich, dass BMW und MINI Fahrzeuge teilweise in Deutschland zugelassen würden, um anschliessend als junge Gebrauchtwagen in die Schweiz verkauft zu werden. Diese Umgehungsgeschäfte zeigten zum einen, dass ein Exportverbot bestehe und die Händler sich verpflichtet fühlten, dieses umzusetzen. Andererseits belegten sie auch, dass eine Nachfrage nach Direktimporten bestehe und die Händler ein Interesse hätten, diese zu decken. Das zitierte BGH-Urteil sei in casu nicht einschlägig, weil in Deutschland Tageszulassungen insbesondere auf die Abschaffung des Rabattgesetzes zurückzuführen seien und damit für den deutschen Endkunden eine andere Bedeutung hätten als für Schweizer Endkunden. Auch in Rn. 225 sowie 294 der angefochtenen Verfügung befasst sich die Vorinstanz mit den Vorbringen der Be-

schwerdeführerin zu Tageszulassungen und führt i.W. dasselbe aus wie unter Rn. 232 der angefochtenen Verfügung.

3.5.3 Der Untersuchungsgrundsatz verpflichtet die Behörden und Gerichte zur richtigen und vollständigen Abklärung des rechtserheblichen Sachverhaltes (vgl. oben, E. 3). Wie sich aus der angefochtenen Verfügung ergibt, hat die Vorinstanz zur Frage der Tageszulassungen die Beschwerdeführerin angehört, selbst weitere Nachforschungen dazu angestellt und anschliessend dargelegt, warum sie die Tageszulassungen nicht zum selben Marktsegment wie Neufahrzeuge zählt. Somit kann nicht gesagt werden, die Vorinstanz hätte die Tageszulassungen gänzlich ignoriert. Vielmehr hat sie sich mit den Argumenten der Beschwerdeführerin auseinandergesetzt, weitere Untersuchungen vorgenommen und anschliessend aufgezeigt, warum sie die Vorbringen der Beschwerdeführerin für nicht stichhaltig hält. Die Tatsache, dass die Vorinstanz zu einem anderen Schluss gelangt ist als die Beschwerdeführerin, stellt allerdings keine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes dar. Zentral ist, dass sie die betreffende Frage abgeklärt hat, was vorliegend zu bejahen ist. Demnach vermag die Beschwerdeführerin mit ihrer Rüge, wonach die Vorinstanz die Tageszulassungen gänzlich ignoriert habe, nicht durchzudringen. Ob die Vorinstanz darüber hinaus Tageszulassungen zu Recht ausser Acht gelassen hat, ist im Rahmen der materiellen Erwägungen zu untersuchen (vgl. unten, E. 9.2.4.4).

3.6

3.6.1 Eine weitere Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes sieht die Beschwerdeführerin darin, dass die Vorinstanz aus verfahrensökonomischen Gründen gewisse Abklärungen zu aus ihrer Sicht entlastenden Tatsachen nicht vorgenommen habe. In diesem Zusammenhang nennt sie Rn. 113, 195, 200, 206 und 213 der angefochtenen Verfügung.

3.6.2 Die Vorinstanz entgegnet, sämtliche von ihr aufgeführten entlastenden Momente seien in der Entscheidung sorgfältig und gewissenhaft berücksichtigt und widerlegt worden. Insbesondere habe sie von Anfang an sämtliche relevanten Sachverhaltselemente abgeklärt, unabhängig davon, ob diese be- oder entlastend gewesen seien. Zudem sei die Beschwerdeführerin gleich zu Beginn des Untersuchungsverfahrens angehört und es sei auf ihre Argumente eingegangen worden. Die Beschwerdeführerin habe während des gesamten Verfahrens keine weiterführende Beweisführung gefordert, weswegen ihr auch keine habe verweigert werden können. Im Übrigen versuche die Beschwerdeführerin nicht im Ansatz zu erklären, inwiefern durch die Vorgehensweise der Wettbewerbsbehörde Bundesrecht verletzt worden sei.

Nachfolgend wird auf die gerügten Passagen der angefochtenen Verfügung einzeln eingegangen.

3.6.2.1 In Rn. 113 der angefochtenen Verfügung wird folgendes ausgeführt: „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.“

Wie oben (E. 3) ausgeführt, verpflichtet der Untersuchungsgrundsatz die Behörden und Gerichte zur richtigen und vollständigen Abklärung des rechtserheblichen Sachverhaltes. Als rechtserheblich gelten alle Tatsachen, welche den Ausgang der Entscheidung beeinflussen können. Hält die Vorinstanz eine Tatsache für irrelevant, muss sie deren Nichtberücksichtigung rechtmässig begründen. Im oben zitierten Absatz legt die Vorinstanz dar, warum eine Verhängung von Massnahmen gegen Vertragshändler im EWR aus verfahrensrechtlichen Gründen nicht in Frage kam, was sie insbesondere mit Durchsetzungsschwierigkeiten begründet. Das ist nicht zu beanstanden. Es ist nicht ersichtlich, warum die Ausdehnung des Verfahrens auf weitere Beteiligte entlastend für die Beschwerdeführerin gewesen wäre. Selbst wenn weitere Beteiligte im vorliegenden Verfahren sanktioniert worden wären, hätte dies an der Beurteilung der Handlungen der Beschwerdeführerin nichts geändert, lautet der Vorwurf der Vorinstanz doch dahingehend, dass die Beschwerdeführerin das Exportverbot gegenüber den Vertragshändlern durchgesetzt habe. Darüber hinaus ist festzustellen, dass eine Ausdehnung auf eine grosse Anzahl Händler in der Tat zu einer erheblichen Verzögerung geführt hätte. Die Vorinstanz trifft insofern eine Pflicht, die nötigen Ermittlungsmassnahmen auch vor diesem Hintergrund auszuwählen, und Verfahren nicht ungebührlich in die Länge zu ziehen. Zudem ist festzuhalten, dass den Wettbewerbsbehörden hinsichtlich der Untersuchungseröffnung ein grosser Ermessens- und Beurteilungsspielraum zusteht (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-463/2010 vom 19. Dezember 2013 „Gebro“ E. 4.1.3 f.). Schliesslich ist auch mit Blick auf die Ausführungen unter E. 2.1.2 zur Zurechenbarkeit der Handlungen der Tochtergesellschaften das Vorgehen der Vorinstanz nicht zu beanstanden. Die Entscheidung der Vorinstanz, das Verfahren nicht auf weitere Vertragshändler auszudehnen, stellt daher keine Verletzung der Untersuchungsmaxime dar.

3.6.2.2 In Rn. 195 der angefochtenen Verfügung nimmt die Vorinstanz einen Preisvergleich zwischen der Schweiz und Deutschland vor für Neufahrzeuge der Marken BMW und MINI basierend auf den offiziellen Preislisten 2011 für Endkunden in der Schweiz und in Deutschland. Dabei legt sie dar, auf welchen Daten der Vergleich basiert und welche Berechnungsmethode angewendet wird. Im ersten Punkt wird ausgeführt: „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).“ Diese Ausführungen werden in Rn. 200 und 213 wiederholt.

Dieser Preisvergleich wird unter dem Titel „Arbitrage“ vorgenommen. Dabei untersucht die Vorinstanz, ob für Kunden aufgrund der Preisunterschiede ein Anreiz für Importe bestand. Nach Ansicht der Vorinstanz würde sich die Klausel negativ auf die Importe auswirken, wenn die Konsumenten wegen der Preisunterschiede ein Interesse an einem Import hätten, einen solchen aber aufgrund der Exportverbotsklausel nicht durchführen könnten (vgl. Rn. 192 der angefochtenen Verfügung). Wie sich aus der Untersuchung ergibt, waren die Wechselkursunterschiede ab Oktober 2010 so bedeutend, dass sich insbesondere ab diesem Moment zeigte, ob die Konsumenten importieren konnten. Es verletzt daher den Untersuchungsgrundsatz nicht, wenn die Vorinstanz auf diesen Zeitpunkt abstellt. Im Übrigen ist festzuhalten, dass die Vorinstanz in Rn. 106 der angefochtenen Verfügung zum Schluss gelangte, die Abrede habe seit Januar 2003 angedauert. Indes wurde im Rahmen der Sanktionierung berücksichtigt, dass sich die Exportklausel insbesondere ab den erheblichen Wechselkursunterschieden auswirkte. Die Vorinstanz hat in der Folge die Beschwerdeführerin für ihr Verhalten ab Oktober 2010 sanktioniert und darauf verzichtet, einen Zuschlag für die Dauer des Verstosses ab 2003 zu erheben. Damit hat sie nicht, wie die Beschwerdeführerin vorträgt, entlastende Tatsachen missachtet. Vielmehr hat sie im Interesse der Verfahrensbeschleunigung einen kürzeren Zeitraum berücksichtigt, was überdies dazu führte, dass kein Zuschlag für die Dauer des Verstosses erhoben wurde. Die Beschwerdeführerin vermag nach dem Gesagten mit ihrer Rüge zur Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes nicht durchzudringen.

3.6.2.3 In Rn. 204 ff. legt die Vorinstanz dar, warum sie entgegen der Forderung der Beschwerdeführerin keinen ausstattungsbereinigten Preisvergleich vorgenommen hat. Hierbei analysiert sie die von der Beschwerdeführerin zum ausstattungsbereinigten Preisvergleich eingereichten Daten und kommt zum Schluss, dass ein solcher Vergleich keine Auswirkungen auf das Ergebnis habe, da die Ausstattungen in der Schweiz und Deutschland überwiegend gleich teuer seien. In Rn. 206 wird sodann festgehalten: „Auch unter verfahrensökonomischen Gründen wäre ein ausstattungsbereinigter Preisvergleich nicht angezeigt. Unter dem Gesichtspunkt, [...] muss einerseits von einem enormen Aufwand für eine solche Erhebung ausgegangen werden. Andererseits würde die Berücksichtigung der geringfügigen Unterschiede in den Ausstattungen am Ergebnis der erhobenen Preisdifferenzen nichts ändern.“

Die vorangehenden Ausführungen zeigen, dass die Vorinstanz die von der Beschwerdeführerin eingereichten ausstattungsbereinigten Preise untersucht, einen umfassenden Preisvergleich gestützt darauf jedoch abgeschlossen hat aufgrund der geringen Auswirkungen auf das Endergebnis. Zu diesem Schluss gelangte die Vorinstanz nicht zuletzt deswegen, weil die Beschwerdeführerin bestätigt hat, dass die Preise für Ausstattungen in der Schweiz und in Deutschland nur gering voneinan-

der abweichen (vgl. act. 185 S. 43). Wenn jedoch ein ausstattungsbereinigter Preisvergleich am Ergebnis nichts ändert, kann nicht gesagt werden, die Vorinstanz habe durch einen Verzicht darauf entscheidende, entlastende Tatsachen missachtet. Vielmehr wäre es, wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, aus verfahrensökonomischer Sicht unlogisch gewesen, eine umfassende Untersuchung durchzuführen, von der bereits von Beginn feststeht, dass sie keine Auswirkungen auf die bisherigen Ergebnisse zeitigen wird. Eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes kann demnach auch in diesem Punkt nicht erblickt werden.

3.7

3.7.1 Im Zusammenhang mit der Rüge der Verletzung der Untersuchungsmaxime bringt die Beschwerdeführerin weiter vor, die Vorinstanz habe nur die Aussagen von 11 Kunden gewürdigt, denen ein Direktimport unter Hinweis auf eine Beschränkung von BMW misslungen sei. Nicht berücksichtigt worden seien hingegen die Aussagen von direktimportierenden Kunden sowie von importierenden Kunden mit Erstzulassungen im Ausland bzw. Tageszulassungen. Da diese mit hoher Wahrscheinlichkeit entlastend gewesen wären, habe die Vorinstanz durch ihr Ausserachtlassen gegen den Untersuchungsgrundsatz verstossen.

3.7.2 Die Vorinstanz verweist auf die angefochtene Verfügung und ergänzt, sämtliche von ihr aufgeführten entlastenden Momente seien in der Entscheidungsfindung sorgfältig und gewissenhaft berücksichtigt und widerlegt worden. Insbesondere sei nicht ersichtlich, wie die Befragung der Kunden, welchen ein Direktimport gelungen sei, das Untersuchungsergebnis hätte beeinflussen können. Die Vorinstanz habe auf die Unzulässigkeit der Abrede aufgrund einer Gesamtbeurteilung qualitativer und quantitativer Elemente geschlossen, und nicht ausschliesslich gestützt auf die eingegangenen Anzeigen. Ferner habe die Vorinstanz auch die E-Mail des Kunden geprüft, welche nach Erlass der angefochtenen Verfügung eingegangen sei und in der behauptet worden sei, dass ein Import problemlos möglich sei.

3.7.3 Die Beschwerdeführerin trägt vor, dass die Vorinstanz die Aussagen derjenigen Kunden hätte einholen müssen, denen ein Import gelungen sei. Es ist allerdings nicht ersichtlich und wird auch von der Beschwerdeführerin nicht dargelegt, was die Einvernahme dieser Personen für einen Erkenntnisgewinn mit sich bringen würde nebst demjenigen, dass den Kunden der Import gelungen ist. Das bedeutet, die Einvernahme einer unbestimmten Zahl von Personen könnte nur das bestätigen, was die Vorinstanz selbst festgestellt hat, namentlich dass Direktimporte in gewissem Ausmass stattfanden (vgl. Rn. 222 und 294 der angefochtenen Verfügung). Da dies der Vorinstanz bereits bekannt war, hätte es unter dem Gesichtspunkt der Prozessökonomie keinen Sinn gemacht, die betreffenden Kunden aufzufordern, die bereits vorhandenen Erkenntnisse zu bestätigen. Wie oben erwähnt, ist die Vorinstanz verpflichtet, die entscheidungsrelevanten Tatsachen abzuklären und bei der Auswahl der zu untersuchenden Fakten auch den Grundsatz der Prozessbeschleunigung zu beachten. In dem Vorgehen der Vorinstanz, die bereits bekannten Direktimportzahlen nicht durch eine weitere Befragung

der betreffenden Kunden zu bestätigen, kann angesichts dessen kein Verstoß gegen die Untersuchungsmaxime erblickt werden. Schliesslich hat das Bundesverwaltungsgericht bereits in E. 3.5.3 festgehalten, dass die Frage, ob die Vorinstanz Tageszulassungen hätte berücksichtigen müssen, eine materielle Frage darstellt, welche unten in E. 9.2.4.4 zu behandeln ist.

3.8.1 Zur Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes macht die Beschwerdeführerin ferner geltend, die Vorinstanz habe die Kausalität zwischen den Preisunterschieden und der beanstandeten Vertragsklausel nicht abgeklärt. Wäre sie dem nachgekommen, hätte die Vorinstanz festgestellt, dass die Preisunterschiede den Wechselkursschwankungen im willkürlich gewählten Untersuchungszeitraum zuzurechnen seien.

3.8.2 Die Vorinstanz verweist auf die angefochtene Verfügung. Wie aus Rn. 212 erster Punkt derselben ersichtlich, hat die Beschwerdeführerin dieses Argument bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorgetragen. In Rn. 213 der angefochtenen Verfügung wird dazu ausgeführt: „Wie bereits erwähnt, werden vorliegend die Auswirkungen des Exportverbotes für den Zeitraum vor Untersuchungseröffnung aus verfahrensökonomischen Gründen nicht untersucht [...]. 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.“ In Rn. 377 der angefochtenen Verfügung wird zur Sanktionierung festgestellt, dass obwohl die beanstandete Klausel seit 2003 bestehe, auf die erhebliche Wettbewerbsbeschränkung ab Oktober 2010 abzustellen sei.

3.8.3 Die vorangehenden Ausführungen erhellen, dass die Vorinstanz die Auswirkungen des gewählten Zeitraums auf die ermittelten Preisunterschiede abgeklärt hat. Sie hat die Beschwerdeführerin unter Wahrung des rechtlichen Gehörs zu diesem Punkt angehört und ihn in ihre Beurteilung mit einbezogen. Das zeigt sich nicht zuletzt aus der Tatsache, dass sie diesem Umstand bei der Festsetzung der Sanktion Rechnung getragen hat. Damit hat die Vorinstanz auch hier den Untersuchungsgrundsatz gewahrt.

3.9

3.9.1 Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, die Vorinstanz habe nicht abgeklärt, dass staatliche Einfuhrbeschränkungen sowie tatsächliche Hürden die Kunden von Importen abhalten würden. Dabei nennt die Beschwerdeführerin logistische und kulturelle Hürden, rechtliche Hemmnisse, die erschwerte Finanzierung von Neufahrzeugen im Ausland und die mangelnde Möglichkeit, beim Neuerwerb im Ausland sein bisheriges Fahrzeug einzutauschen. Hinzu komme eine in der Schweiz gerade in ländlichen Gebieten verbreitete Loyalität von Kunden gegenüber ihren Händlern.

3.9.2 Die Vorinstanz verweist zu dieser Frage auf die angefochtene Verfügung. In Rn. 234 derselben wird ausgeführt: „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 beispiels-

weise im Jahr 2011 7.29 % (oder 23'264 Neufahrzeuge) der Neuimmatrikulationen entweder direkt oder parallel importiert. Im Übrigen kann der Konsument auf zahlreiche Vermittler zurückgreifen, welche im Mandatsverhältnis diesen Aufwand für ihn übernehmen. Von technischen Handelshemmnissen, welche den Importstrom verunmöglichen oder stark behindern, kann folglich keine Rede sein.“

3.9.3 Wie hiervor aufgezeigt, hat sich die Vorinstanz mit dem Argument zu staatlichen Einfuhrbeschränkungen und tatsächlichen Importhürden auseinandergesetzt. Dass sie dieses in der Folge nicht berücksichtigt hat, stellt keine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes dar. Wie oben ausgeführt (E. 3), verpflichtet die Untersuchungsmaxime die Behörden und Gerichte zur richtigen und vollständigen Abklärung des rechtserheblichen Sachverhaltes. Nicht unter dem Titel Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes ist hingegen zu prüfen, ob die von der Vorinstanz vorgenommene Würdigung korrekt ist. Die Beschwerdeführerin vermag demnach mit ihrer Rüge nicht durchzudringen.

3.10

3.10.1 Eine weitere Verletzung der Untersuchungsmaxime sieht die Beschwerdeführerin darin, dass die Vorinstanz keine tatsächliche, erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung nachgewiesen habe. Indem sie alleine auf das qualitative Element der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung abgestellt habe, sei jegliche Beweisführung de facto verweigert worden. Verbunden mit der Tatsache, dass zentrale Sachverhaltselemente aus verfahrensökonomischen Gründen nicht abgeklärt worden seien, habe in Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes eine Beweislastumkehr stattgefunden.

3.10.2 Die Vorinstanz führt aus, sie habe unter Wahrung des Untersuchungsgrundsatzes den Sachverhalt von Amtes wegen abgeklärt und dabei sowohl belastende als auch entlastende Tatsachen berücksichtigt. Bei der Beurteilung der Erheblichkeit der Abrede habe sie nicht nur auf das qualitative Element abgestellt. Vielmehr habe sie auch die Auswirkungen der Abrede analysiert und basierend auf einer Gesamtbetrachtung auf die Erheblichkeit der beanstandeten Abrede geschlossen. Darüber hinaus trägt sie vor, es gebe selten Verfahren, in denen dermassen eindeutige Beweisstücke vorliegen würden, wie das in casu der Fall sei. Die Beschwerdeführerin habe in ihrer an den „Kassensturz“ gesendeten Stellungnahme die Gebietsabschottung unumwunden zugegeben und diese auch begründet. Ebenso klar sei der Wortlaut der europäischen Händlerverträge. Diese eindeutigen Beweise seien nach pflichtgemäßem Ermessen gewürdigt worden und belasteten die Beschwerdeführerin. Eine Beweislastumkehr liege angesichts der klaren Beweismittel nicht vor.

3.10.3 In Rn. 280 ff. der angefochtenen Verfügung wird die qualitative Erheblichkeit der beanstandeten Händlerverträge untersucht. Nachdem diese von der Vorinstanz bejaht wird, wird in Rn. 285 der angefochtenen Verfügung festgehalten: „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“. In der

Folge wird in Rn. 288 ff. der angefochtenen Verfügung die quantitative Erheblichkeit analysiert. Dabei untersucht die Vorinstanz die Marktstellung und die Marktanteile der BMW AG, die Preisunterschiede für BMW und MINI Fahrzeuge zum Ausland und die Auswirkungen der Exportverbotsklausel auf die relevanten Märkte. In Rn. 306 ff. setzt sich die Vorinstanz schliesslich mit den Gegenargumenten der Beschwerdeführerin zu ihren Schlussfolgerungen auseinander.

3.10.4 Nach den obigen Ausführungen kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn sie behauptet, die quantitative Erheblichkeitsprüfung sei nicht vorgenommen worden. Im Gegenteil zeigen die Ausführungen in Rn. 288 ff. der angefochtenen Verfügung, dass die Vorinstanz die Untersuchungsmaxime in diesem Punkt gewahrt hat. Darüber hinaus stellt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass es bereits in E. 3.6 zum Schluss gelangt ist, dass in casu der Verzicht auf gewisse Abklärungen aus verfahrensökonomischen Gründen keine Verletzung der Untersuchungsgrundsatzes darstellt. Die Rüge der Beschwerdeführerin ist dementsprechend zurückzuweisen.

3.11

3.11.1 Die Beschwerdeführerin trägt weiter vor, weil kartellrechtlichen Sanktionen strafrechtlicher Charakter zukomme, müsse im Kartellverfahren zwingend der strafrechtliche Massstab des Vollbeweises zur Anwendung gelangen. Das ergebe sich auch aus Art. 6 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101). Vorliegend sei der Vorinstanz der Vollbeweis nicht gelungen, was sich daran zeige, dass sie in der angefochtenen Verfügung Formulierungen wie „es kann nicht ausgeschlossen werden“, „nicht auszuschliessen“, „möglicherweise“, „unter Umständen“, „dürfte“ und „dürften“ verwendet habe.

3.11.2 Die Vorinstanz erwidert, vorliegend könne die Frage, ob ein Vollbeweis notwendig sei, offen bleiben, da dieser für die Abrede erbracht worden sei. Diese Einschätzung scheine nunmehr auch die Beschwerdeführerin zu teilen, da sie die Tatbestandsmerkmale einer Wettbewerbsabrede nicht in Frage stelle.

3.11.3 Wie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) festgestellt hat, haben im Administrativverfahren verhängte Kartellbussen einen „caractère pénal“ (EGMR, Urteil Menarini/Italien vom 27. September 2011, Beschwerde-Nr. 43509/08, ECLI:CE:ECHR:2011:0927JUD 004350908, Rn. 44; so auch der EFTA-Gerichtshof im Urteil E-15/10, Posten Norge, EFTA Ct. Report [2012] S. 246, Rn. 88). Allerdings hat der EGMR im selben Fall festgehalten, dass die Natur eines Verwaltungsverfahrens auf viele Arten von der Natur eines Strafverfahrens im engen Sinne des Wortes abweichen kann. Auch wenn diese Differenzen die Vertragsstaaten nicht von ihrer Verpflichtung entbinden würden, alle strafrechtlichen Garantien von Art. 6 EMRK zu erfüllen, hätten sie trotzdem Einfluss auf die Bedingungen der Anwendung dieser Garantien (EGMR, Urteil Menarini/Italien vom 27. September 2011, Beschwerde-Nr. 43509/08, ECLI:CE:ECHR:2011:0927JUD004350908, Rn. 62). Auch das Bundesgericht ist in „Publigroupe“ in Anlehnung an die europäische höchstrichterliche Recht-

sprechung zum Schluss gekommen, dass Massnahmen nach Art. 49a KG über einen „strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen Charakter“ verfügen (BGE 139 I 72 „Publigroupe“ E. 2.2.2; vgl. zu dieser Frage auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 „Gaba“ E. 6.1.3; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2977/2010 vom 27. April 2010 „Publigroupe“ E. 8.1.3). Dies entspricht im Übrigen auch dem Willen des schweizerischen Gesetzgebers (vgl. BBl 2002 2052). Die entsprechenden Garantien von Art. 6 EMRK und Art. 32 BV sind demnach im Kartellrecht grundsätzlich anwendbar. Das bedeutet indes nicht, dass es sich beim Kartellrecht um Strafrecht handelt. Vielmehr ist das Kartellverfahren ein Administrativverfahren, welches strafrechtliche Aspekte aufweisen kann. Folglich ist über die Tragweite der Garantien von Art. 6 EMRK und Art. 32 BV jeweils bei der Prüfung der einzelnen Garantien zu befinden. Zum Beweismass ist einleitend festzuhalten, dass im ordentlichen Verwaltungsverfahren grundsätzlich das Beweismass des Regelmässigen gilt. Im wettbewerbsrechtlichen Kontext sind indes keine überspannten Anforderungen an das Beweismass zu stellen. Die Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte, insbesondere die vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens, schliesst eine strikte Beweisführung regelmässig aus (vgl. ausführlich dazu oben E. 3; BGE 139 I 72 „Publigroupe“ E. 8.3.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2969/2010 vom 28. Februar 2012 „Swisscom/COLT“ E. 13.2; BVGE 2009/35 „Swisscom Bitstrom“ E. 7.4 m.w.H.). Demnach kann nicht - wie die Beschwerdeführerin vorträgt - von einem grundsätzlichen Beweismass des Vollbeweises im Kartellrecht gesprochen werden. Daran ändert auch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in den „Baubeschlüsse“-Fällen nichts, unterscheiden diese sich doch hinsichtlich der Beweislage grundlegend vom Sachverhalt des vorliegenden Falles (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8430/2010 vom 23. September 2014 E. 5.4 sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8399/2010 vom 23. September 2014 E. 4.4). Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, warum aufgrund der von der Beschwerdeführerin genannten Formulierungen der Untersuchungsgrundsatz verletzt ist. Gerade vor dem Hintergrund, dass die Vorinstanz aufgrund der Komplexität kartellrechtlicher Sachverhalte teilweise mit Annahmen und Schätzungen operieren muss, ist es nicht zu beanstanden, dass sie mitunter weiche Formulierungen wählt. Entscheidend für die Wahrung des Untersuchungsgrundsatzes sind indes nicht die verwendeten Begriffe, sondern der Umfang der Prüfung der rechtserheblichen Fakten. Demnach kann im Schreibstil der Vorinstanz allein keine Verletzung der Untersuchungsmaxime erblickt werden.

3.12

3.12.1 Die Beschwerdeführerin ergänzt ihre Rüge dahingehend, dass der Vorinstanz auch der Beweis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit betreffend das Vorliegen einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung misslungen sei. Das zeige sich an folgenden Punkten, welche von der Vorinstanz unbeantwortet bzw. unbewiesen gelassen worden seien: (i) Es seien lediglich 11 Anzeigen eingegangen, was gegen die Erheblichkeit der

Abrede spreche; (ii) Es werde in der angefochtenen Verfügung trotz geringen Marktanteilen von Marktmacht der Beschwerdeführerin gesprochen; (iii) Ein Unternehmen ohne Marktmacht bzw. mit geringen Marktanteilen könne den Wettbewerb nicht erheblich beeinträchtigen; (iv) Die Preisunterschiede von 9 – 18 % seien kein genügender Anreiz für Parallelimporte; (v) Die Preisniveaus verschiedener Hersteller hätten sich im untersuchungsrelevanten Zeitraum in etwa entsprochen; (vi) Die Kunden, denen ein Parallelimport gelungen sei, seien nicht angehört worden; (vii) Fahrzeuge mit Tageszulassung würden als „fabrikneu“ gelten und seien bei den Direktimporten zu beachten; (viii) Der Einfluss von staatlichen und tatsächlichen Importhürden auf den Parallelimport sei zu berücksichtigen; (ix) Die Sanktion dürfe nicht den Umsatz in allen Segmenten aufaddieren, wenn die Marktanteile in den Segmenten unterschiedlich bzw. völlig untergeordnet seien; (x) Bei 11 Anzeigen im Vergleich zu 1774 erfolgreich importierenden Kunden sei eine Sanktion von CHF 156 Mio. unverhältnismässig. Die Vorinstanz erwidert dasselbe wie unter E. 3.11.1 ausgeführt. Es kann darauf verwiesen werden.

3.12.2 Die Beschwerdeführerin trägt insgesamt zehn Punkte vor, bei denen ihres Erachtens eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes gegeben ist. Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest, dass die unter den Punkten (i) und (vi) gemachten Ausführungen zu den 11 Anzeigen von der Beschwerdeführerin bereits vorgetragen wurden. Dasselbe trifft auf ihre Argumente unter Punkt (viii) betreffend die staatlichen und tatsächlichen Importhürden zu. Es wurde bereits in E. 3.7 und 3.9 festgestellt, dass hier keine Verletzung der Untersuchungsmaxime gegeben ist. Die übrigen Vorbringen gehen, da sie materielle Fragen betreffen, über den Untersuchungsgrundsatz hinaus. Sie sind daher unten an entsprechender Stelle zu prüfen (vgl. unten, E. 9.2 und 11).

3.13

Die Beschwerdeführerin moniert im Zusammenhang mit ihrer Rüge der Verletzung der Untersuchungsmaxime, die Vorinstanz lasse die gebotene Neutralität komplett missen. Dabei vermischt die Beschwerdeführerin die einschlägigen formellen Bestimmungen. Die Untersuchungsmaxime soll sicherstellen, dass zur vollständigen Ermittlung des erheblichen Sachverhalts alle dafür notwendigen Beweise erhoben und zutreffend gewürdigt werden (vgl. ausführlich oben, E. 3). Wenn hingegen die Beschwerdeführerin vorträgt, dass die Vorinstanz die gebotene Neutralität habe missen lassen, macht sie implizit eine Befangenheit der Vorinstanz geltend, also dass ihr Anspruch auf Beurteilung durch eine unbefangene Entscheidungsinstanz verletzt worden sei. Auf diese Rüge ist an entsprechender Stelle im Rahmen der formellen Prüfung einzugehen (vgl. unten, E. 5).

3.14

Die Beschwerdeführerin bringt schliesslich unter dem Titel „Verletzung der Untersuchungsmaxime“ verschiedene Argumente vor, welche ebenfalls nicht unter diesem Punkt zu untersuchen sind. So macht sie geltend, die Aussage, dass Direktimporte von BMW und MINI Fahrzeugen nur in geringem Ausmass stattgefunden hätten, sei unrichtig. Auch werde die Zahl von 16 Anzei-

gen zu Unrecht als erheblich dargestellt. Ausserdem sei der Untersuchungszeitraum Oktober 2010 bis Dezember 2011 willkürlich gewählt worden. Diese Punkte betreffen Wertungen und Schlussfolgerungen der Vorinstanz und somit materielle Fragen, welche nicht im Rahmen der formellen Prüfung der Beschwerde, sondern bei deren materiellen Beurteilung zu untersuchen sind (vgl. unten, E. 9.2.2 und 9.2.3).

4. Rüge der Verletzung der Unschuldsvermutung

4.

4.1 Die Beschwerdeführerin macht des Weiteren geltend, die in Art. 6 EMRK und Art. 32 BV garantierte Unschuldsvermutung sei verletzt, weil die Vorinstanz keine tatsächliche, erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung nachgewiesen habe. Indem sie alleine auf das qualitative Element der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung abgestellt und auf das quantitative Element verzichtet habe, habe die Vorinstanz jegliche Beweisführung de facto verweigert. Verbunden mit der Tatsache, dass zentrale Sachverhaltselemente aus verfahrensökonomischen Gründen nicht abgeklärt worden seien, habe eine Beweislastumkehr stattgefunden, was eine Verletzung der Unschuldsvermutung darstelle. Die Vorinstanz erwidert dasselbe wie unter E. 3.10.2 ausgeführt. Es kann darauf verwiesen werden.

4.2 Wie das Bundesverwaltungsgericht festgestellt hat, sind die Garantien der Art. 6 EMRK und Art. 32 BV im Kartellrecht grundsätzlich anwendbar, wobei über ihre Tragweite im Lichte der Funktion und der Struktur des Administrativverfahrens bei der Prüfung der einzelnen Garantien zu befinden ist (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 „Gaba“ E. 6.1.3; s. auch E. 3.11.3 hiervor). Die strafrechtliche Unschuldsvermutung wird in Anknüpfung an Art. 6 Ziff. 2 EMRK sowie Art. 14 Abs. 2 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (UNO-Pakt II; SR 0.103.2) durch Art. 32 Abs. 1 BV garantiert. Diese Norm statuiert unter dem Titel „Strafverfahren“: „Jede Person gilt bis zur rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig.“ Die Unschuldsvermutung ist sowohl Beweislast- als auch Beweiswürdigungsregel. Als Beweislastregel bedeutet die Maxime, dass es Sache der Anklagebehörde ist, die Schuld des Angeklagten zu beweisen, und nicht dieser seine Unschuld nachweisen muss. Als Beweiswürdigungsregel besagt sie, dass sich der Strafrichter nicht von der Existenz eines für den Angeklagten ungünstigen Sachverhalts überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat (BGE 127 I 38 E. 2a m.w.H.; PETER REINERT, Die Sanktionsregelung gemäss revidiertem Kartellgesetz, in: Roger Zäch [Hrsg.], Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 151). Wie ausgeführt, ist über die Tragweite der Unschuldsvermutung im Kartellrecht im Lichte der Funktion und der Struktur des Administrativverfahrens zu befinden. Auf das Kartellverfahren angewendet bedeutet das hinsichtlich der Beweislastregel, dass die Vorinstanz unter Wahrung des Untersuchungsgrundsatzes und des rechtlichen Gehörs den behaupteten Wettbewerbsverstoss nachweisen muss, wobei wie ausgeführt im wettbewerbsrechtlichen

Kontext aufgrund der Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte keine überspannten Anforderungen an das Beweismass zu stellen sind (vgl. E. 3.11.3; s. auch YVO HANGARTNER, Aspekte des Verwaltungsverfahrenrechts nach dem revidierten Kartellgesetz von 2003, in: Walter A. Stoffel/Roger Zäch, Kartellgesetzrevision 2003, Zürich 2004, S. 251 ff., 276 ff.). Nicht einschlägig sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts in den sog. „Baubeschläge“-Fällen, da sich diese hinsichtlich der Beweislage grundlegend vom Sachverhalt des vorliegenden Falles unterscheiden (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8430/2010 vom 23. September 2014 E. 5.4 sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8399/2010 vom 23. September 2014 E. 4.4). Zur Beweiswürdigung in Kartellverfahren ist folgendes festzuhalten: Das Bundesrecht schreibt nicht vor, wie die einzelnen Beweismittel zu würdigen sind. Nach Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP, SR 273) gilt für das gesamte Verwaltungs- und Verwaltungsverfahren der Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Danach haben die Behörden die Beweise frei, d.h. ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen (BGE 125 V 351 E. 3a; BGE 133 I 33 E. 2.1; BGE 131 III 222 E. 4.3). Letzteres bedeutet, dass alle erhobenen Beweise über erhebliche Tatsachen in die Würdigung einbezogen werden. Nicht zulässig ist es, einem Beweismittel vorab und in allgemeiner Weise die Beweiseignung abzusprechen. Beispielsweise darf den von Parteien eingereichten Expertisen nicht schon deshalb der Beweiswert abgesprochen werden, weil sie von einer Partei stammen. Ferner besitzen nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung alle tauglichen Beweismittel die gleiche Beweiskraft. Die Behörde hat alle Beweismittel - d.h. entlastende sowie belastende - objektiv zu prüfen und danach zu entscheiden, ob sie eine zuverlässige Beurteilung des rechtserheblichen Sachverhaltes gestatten (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 „Gaba“ E. 4.3.3.1 m.H.).

4.3 Indem die Beschwerdeführerin eine Verletzung der Unschuldsvermutung moniert mit der Begründung, es habe eine Beweislastumkehr stattgefunden, rügt sie eine Verletzung der in der Garantie enthaltenen Beweislastregel. Damit das vorläge, müsste die Vorinstanz die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung praktisch als gegeben vorausgesetzt haben und der Beschwerdeführerin ohne eigene Untersuchungen die Aufgabe übertragen haben, die fehlende Erheblichkeit selbst darzulegen. Ob das der Fall war, ist nachfolgend zu untersuchen.

4.4 Das Sekretariat eröffnete am 25. Oktober 2010 im Einvernehmen mit dem Präsidenten der Vorinstanz eine Untersuchung gegen die Beschwerdeführerin. In der Folge holte das Sekretariat Stellungnahmen der Beschwerdeführerin, des Verbands Freier Autohandel Schweiz (VFAS), der Oberzolldirektion der Eidgenössischen Zollverwaltung sowie der Vereinigung der Schweizer Automobil-Importeure Auto-Schweiz ein. In dieser Zeit gingen überdies drei Anzeigen bzw. Bürgeranfragen beim Sekretariat ein, die zu den Akten genommen wurden. Am 26. Januar 2011 fand eine erste mündliche Anhörung der Beschwerdeführerin durch das

Sekretariat statt, welche der Klärung verschiedener sachverhaltlicher Fragen diene. Im Anschluss an die Diskussion der betreffenden Punkte legte der Stellvertretende Direktor des Sekretariats die aktuelle Arbeitshypothese dar. Dabei hielt er fest, „dass es sich nicht um eine definitive Beurteilung handle, sondern um eine Einschätzung, die dem jetzigen Stand der Kenntnisse entspreche und die sich aufgrund der weiteren Ermittlungen (Befragungen, Instruktionen und Auswertung der eingereichten Dokumente) jederzeit noch ändern könne.“ (act. 81 S. 7). In der Folge führte er aus, dass das Sekretariat derzeit den Sachverhalt tendenziell ähnlich zu werten gedenke wie den „Gaba-Fall“ (RPW 2010/1, S. 65 ff.), wo den betroffenen Unternehmen die Beteiligung an einer unzulässigen, erheblichen Gebietsabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG vorgeworfen worden war. Abschliessend wies der Stellvertretende Direktor „noch einmal ausdrücklich darauf hin, dass es sich bei diesen Ausführungen nur um eine vorläufige Beurteilung handelt und die weiteren Ermittlungen zu einem anderen Resultat führen können. Er betont, dass das Sekretariat weiterhin jederzeit offen ist, mit den Parteien Gespräche zu führen.“ (act. 81 S. 8). Im Verlauf der weiteren Untersuchung wurden zusätzliche Informationsbegehren an die bereits genannten Verbände bzw. Behörden geschickt, sowie darüber hinaus an die Neumarkengrosshändlerin [...]. Auch zahlreiche Anzeigen wurden eingereicht und zu den Akten genommen. Die Beschwerdeführerin selbst reichte 6 Eingaben zur Sache ein. Am 21. Oktober 2011 legte das Sekretariat der Vorinstanz seinen Antrag im Sinne von Art. 30 Abs. 1 KG vor. Dieser wurde der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 21. Oktober 2011 zur Stellungnahme übermittelt. Darin findet sich in Rn. 235 ff. und insbesondere Rn. 244 ff. eine qualitative und quantitative Erheblichkeitsanalyse. Die Beschwerdeführerin nahm mit Eingabe vom 13. Januar 2012 Stellung zum Antrag des Sekretariats. Bereits hier führte sie einleitend aus, das Sekretariat habe die quantitative Erheblichkeit völlig ignoriert. Allerdings wird aus den weiteren Ausführungen klar, dass sie sich insbesondere gegen den Umfang der quantitativen Analyse und der Gewichtung der Resultate der Untersuchung stellte und daher beantragte, es seien nebst den vom Sekretariat untersuchten Punkten zusätzliche Aspekte zu erforschen. Dass sich die Beschwerdeführerin gegen die vom Sekretariat vorgenommene quantitative Erheblichkeitsprüfung wendet, zeigt sich auch aus dem Protokoll der Anhörung vom 26. März 2012. Die Beschwerdeführerin bringt hier im Wesentlichen Einwände vor gegen die Schlussfolgerungen der Vorinstanz basierend auf die von ihr - wie auch die Beschwerdeführerin einräumt - durchgeführte Erheblichkeitsanalyse (act. 185 S. 5). Am 7. Mai 2012 erging die angefochtene Verfügung. In Rn. 288 ff. derselben findet sich eine qualitative wie quantitative Erheblichkeitsprüfung. Wie das Bundesverwaltungsgericht in E. 3.10 festgestellt hat, wurde in diesem Zusammenhang der Untersuchungsgrundsatz gewahrt. Ferner ist das Bundesverwaltungsgericht in E. 3.6 zum Schluss gelangt, dass in casu der Verzicht auf gewisse Abklärungen aus verfahrensökonomischen Gründen keine Verletzung der Maxime darstellt. Angesichts dieser Tatsachen kann nicht gesagt werden, die Vorinstanz habe die in der Unschuldsvermutung enthaltene Beweislastregel verletzt. Im Gegenteil zeigt die

vorinstanzliche Untersuchung, dass der Sachverhalt sorgfältig und unvoreingenommen ermittelt wurde und insbesondere die Erheblichkeit der Abrede erst nach Durchführung einer qualitativen und quantitativen Analyse bejaht wurde. Die Beschwerdeführerin vermag daher mit ihrer Rüge zur Verletzung der Unschuldsvermutung nicht durchzudringen. Schliesslich ist festzuhalten, dass die Frage, ob die Vorinstanz zu Recht die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung bejaht hat, eine Rechtsfrage darstellt, auf welche im materiellen Teil eingegangen wird (vgl. unten, E. 9).

5. Rüge der Befangenheit der Vorinstanz

5.

5.1 Wie unter E. 3.13 ausgeführt, macht die Beschwerdeführerin implizit eine Verletzung ihres Anspruchs auf Beurteilung durch eine unbefangene Entscheidungsinstanz geltend. Sie führt aus, die Vorinstanz lasse die gebotene Neutralität komplett missen, was sich an der Wortwahl in der angefochtenen Verfügung zeige. Diese enthalte bei der Auseinandersetzung mit den Argumenten der Beschwerdeführerin Begriffe wie „stösst ins Leere“, „keine Rede sein“, „nicht nachvollziehbar“ und „klar“. Der Gebrauch solcher Sprachwendungen durch eine Behörde, welche untersuche, anklage und entscheide, sei bedenklich. Die Vorinstanz lässt sich hierzu nicht vernehmen.

5.2 Nach Art. 22 Abs. 1 KG tritt ein Mitglied der Wettbewerbskommission in den Ausstand, wenn ein Ausstandsgrund i.S.v. Art. 10 VwVG vorliegt. Diese Normen sind eine Konkretisierung des in Art. 29 Abs. 1 BV statuierten Anspruches auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen. Der Anspruch ist formeller Natur; seine Verletzung führt, ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selber, zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids (vgl. BGE 127 I 128 E. 4d). Unter Verletzung der Ausstandspflicht ergangene Verfügungen und Entscheide sind zunächst gültig. Sie können bei der Rechtsmittelinstanz angefochten werden (vgl. RETO FELLER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 10 N. 34). Für die Annahme von Zweifeln an der Unparteilichkeit genügen nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung Umstände, welche objektiv geeignet sind, den Anschein einer Voreingenommenheit oder einer Gefährdung der Unparteilichkeit aufkommen zu lassen. Das Misstrauen in die Unparteilichkeit muss objektiv und durch vernünftige Gründe gerechtfertigt sein (vgl. BGE 127 I 196 E. 2.b; BGE 119 V 456 E. 5.b, Urteil des Bundesgerichts 1B_234/2007 vom 31. Januar 2008 E. 4.3). Entscheidend ist, wie ein unbefangener und vernünftiger Dritte in der Lage des Verfahrensbeteiligten die Situation einschätzen würde (Urteil des Bundesgerichts 2P.102/2006 vom 20. Juni 2006 E. 3.2). Es ist folglich nicht erforderlich, dass die unter Art. 10 VwVG fallenden Personen in der Sache tatsächlich befangen sind, sondern es ist einzig die Frage zu beantworten, ob sie es dem objektiven Anschein nach sein könnten (BGE 137 II 431 E. 5.2). Auf das subjektive Empfinden der Partei, welche die Befangenheit behauptet, kommt es indessen nicht an (BGE 137 II 431 E. 5.2). Negative

Aussagen einer Amtsperson über eine Verfahrenspartei können zur Besorgnis der Befangenheit und somit zu einer Ausstandspflicht führen. Das kann der Fall sein, wenn eine Amtsperson sich abfällig über eine Verfahrenspartei äussert und somit Antipathien zum Ausdruck bringt (vgl. BVE 2008/13 E. 10.5).

5.3 Das Bundesverwaltungsgericht stellt einleitend fest, dass die Beschwerdeführerin es unterlässt, Umstände zu substantiieren, welche auf eine Befangenheit der Vorinstanz hindeuten. Da sie aus der Formulierung der angefochtenen Verfügung eine Befangenheit abzuleiten versucht, ist anzunehmen, dass sie sich auf den Aufgangtatbestand von Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG stützt. Ihre Rüge entbehrt jedoch offensichtlich jeder Grundlage, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen. Denn bei den von der Beschwerdeführerin genannten Redewendungen handelt es sich um Begriffe aus dem üblichen Sprachgebrauch. So bedeutet „stösst ins Leere“ nichts anderes, als dass die Vorinstanz die Überlegungen der Beschwerdeführerin zum betreffenden Punkt für fehlerhaft hält. Auch die Formulierung „keine Rede sein“ ist keine polemische, sondern bringt nur zum Ausdruck, dass ein Argument nicht stichhaltig ist. Letzterer Begriff wird im Übrigen in Urteilen und Verfügungen regelmässig verwendet. Er dürfte der anwaltschaftlich vertretenen Beschwerdeführerin bekannt sein. Schliesslich stellt auch der Gebrauch des Wortes „klar“ als Synonym für den Begriff „eindeutig“ keinen Hinweis auf eine Voreingenommenheit der Vorinstanz dar. Die Befangenheit ist umso mehr zu verneinen, als in den entsprechenden Passagen die Argumente der Beschwerdeführerin jeweils objektiv und fair widerlegt werden (vgl. beispielsweise Rn. 200, 234, 264 oder Rn. 307 der angefochtenen Verfügung). Schliesslich mutet es widersprüchlich an, wenn die Beschwerdeführerin einerseits vorträgt, die stellenweise weiche Formulierung in der angefochtenen Verfügung verletze den Untersuchungsgrundsatz (vgl. oben E. 3.11.3), und andererseits geltend macht, aufgrund deutlicher Kritik in der angefochtenen Verfügung sei auf eine Befangenheit der Vorinstanz zu schliessen. Die Rüge der Beschwerdeführerin der Verletzung des Anspruches auf Beurteilung durch eine unbefangene Entscheidungsinstanz ist demnach zurückzuweisen.

Zwischenfazit: Keine Verletzung von formellem Bundesrecht

Das Bundesverwaltungsgericht stellt nach dem bisher Gesagten fest, dass die Beschwerdeführerin mit ihren Rügen zur Verletzung von formellem Bundesrecht nicht durchzudringen vermag. In einem weiteren Schritt sind die materiellen Vorbringen der Beschwerdeführerin zu untersuchen.

Materielles Bundesrecht

In materieller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin die Analyse der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung (E. 9) und die Sanktionsbemessung (E. 11). Auch wenn sich die Rügen der Beschwerdeführerin auf einzelne Aspekte der angefochtenen Verfügung beschränkt, überprüft das Bundesverwaltungsgericht nachfolgend den angefochtenen Entscheid mit voller Kognition in Rechts- und Tatsachenfragen (Art. 49 VwVG; vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 „Gaba“ E. 4.2.4).

6. Vorliegen einer Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG

6.1 Art. 5 KG statuiert unter dem Titel „unzulässige Wettbewerbsabreden“:

- 1 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.
- 2 Wettbewerbsabreden sind 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.
- 3 Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird 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.
- 4 Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird auch 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.

6.2 Die Vorinstanz hat in Rn. 124 ff. der angefochtenen Verfügung das Vorliegen einer vertikalen Abrede über die Zuweisung von Gebieten im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG festgestellt. Das hat sie wie folgt begründet: Die fragliche Exportverbotsklausel sei eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG. Diese Abrede sei zwischen der Beschwerdeführerin und ihren Vertragspartnern für BMW und MINI Fahrzeuge im EWR und somit zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen im Sinne einer vertikalen Vereinbarung geschlossen worden. Die Exportklausel regle, in welche Länder Fahrzeuge der Marken BMW und MINI verkauft werden dürften und schliesse Gebiete ausserhalb des EWR als Absatzgebiete aus, was den Marktzutritt von EWR Händlern in der Schweiz verunmögliche. Dies stelle eine Gebietszuweisung im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG dar. Zwar verfüge die Beschwerdeführerin über ein selektives Vertriebssystem. Die Exportverbotsklausel schliesse allerdings in unzulässiger Weise Verkäufe durch gebietsfremde Vertriebspartner (also die zum Vertriebssystem zugelassenen EWR Händler) in das zugewiesene Gebiet

Schweiz aus. Bei der Exportverbotsklausel handle es sich somit um eine den passiven und aktiven Verkauf verbietende Gebietsabrede, welche unter Art. 5 Abs. 4 KG falle.

6.3 Wie das Bundesverwaltungsgericht in E. 2.2 festgehalten hat, stellen die Klauseln in den Händlerverträgen der Beschwerdeführerin für die Schweiz und den EWR Wettbewerbsabreden im Sinne des Kartellgesetzes dar. Es handelt sich um Vereinbarungen zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen und somit um Vertikalabreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG. Diese den Vertrieb regelnden Verträge weisen den EWR Händlern das Gebiet des EWR und den Schweizer Händlern den Markt Schweiz zu. Zudem schliessen sie Verkäufe aus dem EWR in die Schweiz aus. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang die Struktur des selektiven Vertriebssystems der Beschwerdeführerin. Sofern die das Exportverbot begründenden Klauseln in den Händlerverträgen die Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 4 KG erfüllen, stellen sie absolute Gebietsabreden im Sinne des Gesetzes dar (vgl. auch MARTENET/HEINEMANN, a.a.O., S. 90). Das ist in casu der Fall und wird auch von der Beschwerdeführerin nicht bestritten. In einem weiteren Schritt ist zu untersuchen, wie sich dieses Exportverbot auf den Markt ausgewirkt hat.

7. Marktabgrenzung

7.

Um festzustellen, in welchem Masse eine Abrede einen Markt beeinträchtigt, ist zunächst der betreffende Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. Der Bundesrat hat in der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) den Begriff des relevanten Marktes umschrieben. Diese Definition gilt auch für Wettbewerbsabreden und für die Ausübung von Marktmacht. Gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU umfasst der sachlich relevante Markt alle Waren oder Leistungen, welche hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks aus Sicht der Marktgegenseite als austauschbar erachtet werden. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von Substituierbarkeit, wobei unterschieden wird zwischen Nachfrage- und Angebotsstituierbarkeit (sog. Bedarfsmarktkonzept; vgl. BGE 139 I 72 „Publigruppe“ E. 5.1 m.w.H.). Bei der Beurteilung der Nachfragesstituierbarkeit werden die aus Sicht der Abnehmer austauschbaren Güter definiert. Dabei wird in denjenigen Fällen auf die abgeleitete Nachfrage (also die Nachfrage der Endverbraucher) abgestellt, in denen der direkte Abnehmer ein Gut nicht selbst verbraucht, sondern es an seine Abnehmer weiterverkauft. Unter dem Titel der Angebotssstituierbarkeit wird hingegen untersucht, ob Anbieter als Reaktion auf Preiserhöhungen in der Lage sind, ihre Produktion umzustellen und das betreffende Gut innert kurzer Zeit auf den Markt zu bringen, ohne spürbare Zusatzkosten oder Risiken. Diese Situation liegt in der Regel vor, wenn Unternehmen verschiedenste Sorten oder Qualitäten eines Produktes absetzen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 „Gaba“ E. 9 m.w.H.).

Ausgangspunkte bei der Prüfung der Nachfragesstituierbarkeit sind die Merkmale des Produktes und dessen

Verwendungszweck. Diese reichen allerdings für sich alleine gesehen noch nicht aus, um den sachlich relevanten Markt festzulegen. Unterschiedliche Eigenschaften und Verwendungszwecke können sowohl ein Hinweis auf Zuordnung zu getrennten Märkten als auch zum gleichen sachlichen Markt sein. In jedem Fall ist eine Einzelfallprüfung erforderlich, bei der u.a. die wichtigsten Kunden und Wettbewerber der betreffenden Unternehmen zum Nachfrageverhalten der Abnehmer befragt und allfällige Substitutionen in der Vergangenheit sowie Verbraucherpräferenzen berücksichtigt werden. Ferner ist beispielsweise anhand des SSNIP-Tests zu ermitteln, wie sich das Nachfrageverhalten ändert bei einer kleinen, dauerhaften Preiserhöhung von 5 – 10 % (small but significant and nontransitory increase in price). Weichen die Nachfrager auf andere Produkte aus, machen sie die Preiserhöhung unrentabel. Die betreffenden Produkte sind dann, zumindest preislich gesehen, zum relevanten Markt zu zählen. Darüber hinaus ist die Angebotssubstituierbarkeit wie oben beschrieben zu prüfen, wobei diese weitgehend mit dem potentiellen Wettbewerb übereinstimmt. Letzterer ist allerdings nicht im Rahmen der Marktabgrenzung zu untersuchen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 „Gaba“ E. 9 m.w.H.; EVELYNE CLERC/PRANVERA KÉLLEZI, in: Commentaire Romand, Art. 4 II LCart N. 65 ff.). Bei der Prüfung der Austauschbarkeit ist auf die Besonderheiten des jeweiligen Marktes Rücksicht zu nehmen. Sie ist in einer Gesamtanalyse aller Elemente festzustellen. Eine starre Hierarchie zwischen den verschiedenen Vorgehensweisen ist, wie das britische Competition Appeal Tribunal in Anlehnung an Rn. 25 der Bekanntmachung der Europäischen Kommission zum relevanten Markt (Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft [ABl. C 372 vom 9. Dezember 1997, S. 5]) überzeugend festgestellt hat, abzulehnen (Case No 1009/1/1/02 [2003] CAT 11, Aberdeen Journals v. The Office of Fair Trading, para. 127 f.).

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; vgl. zur sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung auch Entscheid der REKO/WEF FB/2004-4 vom 4. Mai 2006 „20 Minuten“ E. 6.3.3 f. und 8 ff., veröffentlicht in: RPW 2006/2, S. 347 ff.; BVGE 2011/32 „Swisscom“ E. 9.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2977/2010 vom 27. April 2010 „Publigroupe“ E. 5).

i. Sachliche Marktabgrenzung

7.1

7.1.1 Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes auf das Nachfrageverhalten der Endkunden (abgeleitete Endnachfrage) abgestellt. Dabei ist sie davon ausgegangen, dass kein sachlich relevanter Markt für Personenwagen bestehe, sondern dass dieser Markt weiter zu segmentieren sei. Aus Sicht der Nachfrager biete sich die folgende Aufteilung an: „Microwagen“, „Kleinwagen“, „Untere Mittelklasse“, „Obere Mittelklasse“, „Oberklasse“ und „Luxusklasse“. Diese Segmentierung werde von

Auto-Schweiz vorgeschlagen und basiere auf der Fahrzeuggrösse, der Motorisierung sowie dem Verkaufspreis. Die Beschwerdeführerin sei mit ihren Marken BMW und MINI in folgenden Produktmärkten vertreten: „Kleinwagen“, „Untere Mittelklasse“, „Obere Mittelklasse“, „Oberklasse“ und „Luxusklasse“. Dieser Segmentierung habe auch die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme vom 13. Januar 2012 zugestimmt. Sie entspreche im Übrigen der Praxis der Europäischen Kommission.

7.1.2 Wie ausgeführt, erfolgt die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes gestützt auf das Bedarfsmarktkonzept. Es ist folglich zu untersuchen, welche Produkte aus Sicht eines durchschnittlichen Abnehmers aufgrund ihrer Eigenschaften und ihres Verwendungszwecks geeignet sind, einen bestimmten Bedarf auf gleichwertige Weise zu befriedigen, auch wenn einige der Produkte beispielsweise eine unterschiedliche Qualität oder einen unterschiedlichen Preis aufweisen. Grundsätzlich ist nach der VKU auf die Marktgegenseite abzustellen. Abnehmer der Produkte der Beschwerdeführerin sind in erster Linie Vertriebspartner und unabhängige Importeure. Das Nachfrageverhalten dieser Akteure richtet sich nach den Präferenzen und Bedürfnissen ihrer eigenen Abnehmer, also nach den Endverbrauchern. Folglich ist der sachlich relevante Markt in casu aus Sicht der Endabnehmer zu definieren. Dabei zu berücksichtigen ist auch die Sicht der Anbieter, also der Fahrzeughersteller.

7.1.3 Auf dem Markt für Fahrzeuge existiert eine grosse Anzahl Hersteller. Davon richten sich einige ausschliesslich an bestimmte Kundengruppe. Zu denken ist hier beispielsweise an Ferrari, Aston Martin oder Jaguar, deren Fahrzeuge Luxusprodukte darstellen. Andererseits gibt es Hersteller, welche unter einer Marke eine breite Palette von Modellen führen. So verfügen beispielsweise Volkswagen oder Toyota über ein Sortiment, das von Kleinstwagen über Familienlimousinen bis zu Geländewagen eine grosse Auswahl bietet. Demnach nehmen bereits die Hersteller selbst in ihrem Angebot eine Segmentierung nach Modell bzw. Fahrzeugklasse vor.

7.1.4 Aus Sicht des Kunden kann zum einen die Marke und das damit einhergehende Prestige eines Fahrzeugs eine entscheidende Rolle spielen. Andererseits unterscheiden auch diese Kunden innerhalb einer Marke zwischen den verschiedenen Klassen. Ausschlaggebend sein können dabei - wie die Vorinstanz zu Recht festhält - der Preis, die Grösse oder die Motorisierung inkl. der Verbrauch. Ferner können auch der Verwendungszweck, der Fahrkomfort oder die Ausstattung als Faktoren in Betracht kommen. So spielen für den Käufer eines Kleinstwagens die niedrige Motorisierung und der tiefe Verbrauch, die Grösse oder der geringe Anschaffungspreis eine entscheidende Rolle, zumal diese Fahrzeuge vorwiegend für kurze Distanzen oder für den Stadtverkehr angeschafft werden. Kleinwagen sind hingegen höher motorisiert, etwas grösser und teurer, und sie verfügen meist über den entsprechenden Fahrkomfort, um auch längere Strecken zurückzulegen. Fahrzeuge der Unteren und Oberen Mittelklasse weisen im Vergleich dazu einen höheren Fahrkomfort auf, welcher mit einem höheren Anschaffungspreis und einer stärkeren Motorisierung einhergeht. Fahrzeuge der Ober- und

Luxusklasse dienen schliesslich vor allem dazu, lange Strecken auf bequeme Weise zurückzulegen. Daher unterscheiden sie sich im Niveau der Ausstattung, des Designs, der Motorisierung, dem Prestigewert und dem Preis zu den vorgenannten Kategorien. Aus Sicht der Endverbraucher kann mangels Austauschbarkeit der Klassen nicht von einem sachlich relevanten Markt für Personenwagen ausgegangen werden. Vielmehr ist eine Segmentierung nach Klassen vorzunehmen. Es kann vorliegend offen bleiben, wie der Markt für Personenwagen abschliessend zu unterteilen ist. Es genügt, den für den vorliegenden Fall sachlich relevante Markt zu definieren. Dieser gestaltet sich - wie die Vorinstanz richtigerweise ausführt und auch die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme vom 13. Januar 2012 zum Antrag des Sekretariats festgehalten hat (vgl. act. 164 Rn. 122) - für die Produkte der Beschwerdeführerin wie folgt: „Kleinwagen“, „Untere Mittelklasse“, „Obere Mittelklasse“, „Oberklasse“ und „Luxusklasse“.

ii. Räumliche Marktabgrenzung

7.2

7.2.1 Wie bereits ausgeführt, umfasst der räumlich relevante Markt das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU; vgl. oben E. 7). Auch diese Analyse hat sowohl aus Nachfrager- als auch aus Anbietersicht zu erfolgen, wobei unterschiedliche Faktoren zu berücksichtigen sind. Aus Nachfragersicht sind insbesondere die Einkaufspolitik der Nachfrager sowie allfällige sich darauf auswirkende Tatsachen (wie Transportkosten und -distanzen, rechtliche Bedingungen u.ä.) zu untersuchen. Angebotssubstituierbarkeit liegt hingegen vor, wenn eine Preiserhöhung zum Einstieg von neuen Anbietern in den betreffenden Markt führen würde. Dabei sind allfällige Hindernisse für Markteintritte in Betracht zu ziehen, wie z.B. die gesetzliche Lage, Handelshemmnisse, allfällige Vertriebssysteme, Verbraucherpräferenzen, Marktanteile und Umstellungskosten. Auch ein unterschiedliches Preisniveau oder sprachliche Unterschiede können auf einen getrennten räumlichen Markt hindeuten. In jedem Fall ist der räumlich relevante Markt im Rahmen einer Gesamtwürdigung festzulegen.

7.2.2 In der angefochtenen Verfügung wird zur räumlichen Marktabgrenzung auf eine von der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission in Auftrag gegebene Studie verwiesen (vgl. Frank Verboven, Quantitative Study to Define the Relevant Market in the Passenger Car Sector, 17. September 2002, S. 11 ff., abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor_vehicles/documents/study01.pdf; zuletzt besucht am 19. November 2015). Demnach würden die erheblichen Preisunterschiede zwischen den Ländern zusammen mit der tiefen Anzahl an Parallelimporten auf ein nicht ausgeschöpftes Arbitragepotenzial hindeuten. Als im zwischenstaatlichen Handel bestehende mögliche Hindernisse nennt die Studie die unterschiedlichen nationalen Typengenehmigungssysteme, die nationale Registrierungspflicht, die Verwaltungs- und Transportkosten sowie die selektiven und exklusiven Vertriebssysteme. Insbesondere letzterer Faktor hindere unabhängige Wiederverkäufer, zugelassene Händler und Endkunden

daran, das vorhandene Arbitragepotenzial auszuschöpfen. Die Studie gelangt daher zum Schluss, dass der räumlich relevante Markt im Personenwagensektor national abzugrenzen sei. In der angefochtenen Verfügung wird daraus der Schluss gezogen, dass wenn bereits innerhalb des europäischen Binnenmarktes wahrscheinlich von einer nationalen räumlichen Marktabgrenzung auszugehen sei, das für den Schweizer Markt umso mehr zutrefte. Dafür spricht laut Vorinstanz auch die Tatsache, dass die Automobilhersteller über unterschiedliche nationale Vertretungen verfügten und verschiedene nationale Grundausstattungen anbieten würden.

7.2.3 Wie in der Verboven-Studie aufgezeigt, bestehen mehrere Gründe dafür, den Markt für Personenkraftwagen innerhalb der EU national abzugrenzen. Die ersten beiden genannten Hindernisse, namentlich die unterschiedlichen nationalen Typengenehmigungssysteme sowie die nationale Registrierungspflicht, sind laut der Studie im EU-Binnenmarkt nicht mehr relevant. Die Verwaltungs- und Transportkosten werden mit Verweis auf verschiedene Studien als weitere mögliche Importhürden genannt, deren Analyse allerdings den Rahmen der Untersuchung sprengen würde. Ferner würden exklusive und selektive Vertriebssysteme die Ausschöpfung von Arbitragepotenzial erschweren: "First, because of selectivity independent resellers cannot engage in cross-border arbitrage, by purchasing cars in bulk in one country to resell it in another. Second, because of exclusivity authorized dealers cannot actively engage in cross-border arbitrage, by opening foreign outlets or by doing targeted advertising although passive selling in other territories is in principle possible." (VERBOVEN, a.a.O., S. 13). Die in Vertriebsverträgen regelmässig vereinbarten Umsatzziele würden schliesslich Händler davon abhalten, an fremde Kunden zu verkaufen. Denn bei Erreichen der Umsatzziele würden die Hersteller nur noch begrenzt an die Händler liefern, weswegen Händler es vorziehen würden, ihre Fahrzeuge an lokale Kunden zu verkaufen, denen gegenüber sie weitere Dienstleistungen erbringen könnten.

7.2.4 Die für den zwischenstaatlichen Handel im Binnenmarkt der EU identifizierten Hürden bestehen auch in der Schweiz. So sind für den Import von Motorwagen in die Schweiz unbestreitbar Verwaltungs- und Transportkosten in Kauf zu nehmen. Darüber hinaus existieren in der Schweiz divergierende Vorschriften, es bestehen daher verschiedene Homologationspflichten (vgl. <http://www.astra.admin.ch/dienstleistungen/00125/00416/index.html?lang=de>; zuletzt besucht am 19. November 2015). Auch die in der Studie beschriebenen selektiven und exklusiven Vertriebssysteme dürften in der Schweiz denselben Effekt zur Ausschöpfung eines Arbitragepotenzials haben wie in anderen europäischen Ländern. Schliesslich sind - wie die Vorinstanz zu Recht in Rn. 189 ausführt - Autohersteller mit nationalen Vertretungen auf den jeweiligen Märkten präsent. Im Lichte dieser Tatsachen ist der relevante Markt vorliegend in geographischer Hinsicht national abzugrenzen.

iii. Fazit relevanter Markt

Als relevanter Markt sind in casu die Märkte für „Kleinwagen“, „Untere Mittelklasse“, „Obere Mittelklasse“,

„Oberklasse“ und „Luxusklasse“ in der Schweiz anzusehen.

8. Widerlegung der Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung

8.

8.1 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. Wird das Vorliegen einer solchen Abrede auf dem relevanten Markt bejaht, ist in einem weiteren Schritt zu untersuchen, ob sich die Vermutung durch den Nachweis genügenden Intra- und/oder Interbrand-Wettbewerbs widerlegen lässt (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-420/2008 vom 1. Juni 2010 „Tessiner Strassenbelagskartell“ E. 9.2.4 m.H.).

8.2 In Rn. 277 der angefochtenen Verfügung wurde festgestellt, dass die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung gemäss Art. 5 Abs. 4 KG aufgrund des vorhandenen Interbrand-Wettbewerbs umgestossen werden könne. Die Beschwerdeführerin geht ebenfalls davon aus, dass dies in casu gelingt. Allerdings ist sie der Ansicht, die Vorinstanz sei bei der Analyse des Intra- und Interbrand-Wettbewerbs fehlerhaft vorgegangen. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin richtet sich demnach gegen die Begründung, nicht gegen die aus der Analyse der Vorinstanz gezogenen Schlussfolgerungen. Hierzu ist festzustellen, dass in der Verfügung festgelegte Fragen, welche Teil des Anfechtungsgegenstandes bilden, aber aufgrund der Beschwerdebegehren nicht mehr streitig sind und somit nicht zum Streitgegenstand zählen, nur geprüft werden, wenn die nichtbeanstandeten Punkte in engem Sachzusammenhang mit dem Streitgegenstand stehen. Nicht zum Streitgegenstand gehören blosse Differenzen bezüglich der Begründung einer Verfügung, weil nur das Verfügungsdispositiv, nicht aber die Begründung anfechtbar ist (vgl. BGE 110 V 48 E. 3c m.w.H.; s. auch Urteil des Bundesgerichts 8C_272/2011 vom 11. November 2011 E. 1.3, sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 „Gaba“ E. 10.2.3). Da bereits die Vorinstanz zum Schluss gelangt ist, die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung habe widerlegt werden können, ist auf die Vorbringen der Beschwerdeführerin zur Widerlegung der Vermutung nicht einzugehen. Sofern die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang Argumente vorträgt, welche grundsätzlich im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung zu untersuchen sind und von der Beschwerdeführerin an dortiger Stelle ebenfalls vorgebracht werden, ist unten an entsprechender Stelle darauf einzugehen (vgl. unten, E. 9.2).

9. Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung

9.

Gelingt es, die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung auf dem relevanten Markt zu widerlegen, ist weiter zu untersuchen, ob die Abrede zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG führt. Gemäss dieser Bestimmung sind Abreden unzulässig, die den Wettbewerb auf einem Markt für be-

stimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe wirtschaftlicher Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen.

i. Qualitative Erheblichkeit

9.1

9.1.1 Die Beschwerdeführerin äussert sich nicht ausdrücklich zur qualitativen Erheblichkeit. Sie trägt aber allgemein vor, eine Abrede könne nie erheblich sein, wenn Nachfrager nicht in nennenswertem Ausmass eingeschränkt würden und ihnen ein Ausweichen ohne Weiteres möglich sei. In casu hätten im untersuchungsrelevanten Zeitraum zum einen Direktimporte in erheblichem Umfang stattgefunden. Zum anderen sei den Käufern ein Ausweichen auf Tageszulassungen ohne Weiteres möglich gewesen. Die Exportverbotsklausel habe sich daher nicht erheblich auf den Schweizer Markt ausgewirkt. Die Vorinstanz habe allein aus der Existenz der Exportverbotsklausel und 11 Kundenbeschwerden einen schwerwiegenden Wettbewerbsverstoss abgeleitet. Dabei habe die Vorinstanz bei der Beurteilung der Erheblichkeit zu Unrecht festgehalten, dass bei qualitativ schwerwiegenden Beeinträchtigungen keine hohen Anforderungen an die quantitativen Auswirkungen zu stellen seien. Dieses de facto alleinige Abstellen auf das qualitative Element laufe auf ein unzulässiges per se Verbot hinaus, welches Art. 96 Abs. 1 BV sowie die in Art. 27 BV statuierte Wirtschaftsfreiheit verletze.

9.1.2 Die Vorinstanz verweist im Wesentlichen auf die angefochtene Verfügung. In Rn. 280 ff. derselben wird ausgeführt, gemäss der Praxis der Vorinstanz stellten vertikale Gebietsabsprachen, welche die Einschränkung von Passivverkäufen bezweckten, erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen dar. Das ergebe sich auch aus Ziff. 12 Abs. 2 der Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 28. Juni 2010 (VertBek 10, BBl 2010 S. 5078 ff.), welche Abreden über die Beschränkung des Gebiets, in das ein an der Abrede beteiligter Abnehmer - vorbehaltlich einer etwaigen Beschränkung in Bezug auf den Ort seiner Niederlassung, Vertragswaren oder -dienstleistungen - verkaufen dürfe, als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs bezeichne. Zwar nenne Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b VertBek Ausnahmen von diesem Grundsatz, zu denen unter iii. auch die Beschränkung des Verkaufs an nicht zugelassene Händler durch die Mitglieder eines Selektivvertriebssystems innerhalb des vom Anbieter festgelegten Gebiets zähle. Allerdings müssten gemäss Ziff. 12 Abs. 2 Bst. d VertBek auch im selektiven Vertrieb Querlieferungen zwischen Händlern desselben Systems möglich sein, selbst wenn sie auf unterschiedlichen Marktstufen tätig seien. Zudem ergebe sich aus Ziff. 11 i.V.m. Ziff. 14 Bst. a der Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel vom 21. Oktober 2002 (KFZ-Bekanntmachung, RPW 2002/4, S. 770 ff.), dass Abreden, welche die Möglichkeit von Mitgliedern eines Selektivvertriebssystems, Endverbrauchern oder von Endverbrauchern beauftragten Verkäufern in der Schweiz beschränke, Kraftfahrzeuge in der Schweiz oder im EWR zu beziehen, in der Regel erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen darstellten, welche nicht

gerechtfertigt seien. Die Exportverbotsklausel verbiete den Vertriebspartnern der BMW AG im EWR, BMW und MINI Neufahrzeuge an Abnehmer ausserhalb des EWR zu liefern. Damit seien passive Verkäufe an Endkunden, bevollmächtigte Vermittler und an zugelassene Händler in der Schweiz ausgeschlossen und der schweizerische Markt abgeschottet worden. Eine solche Klausel stelle eine qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsabrede im Sinne von Ziff. 12 Abs. 1 VertBek dar, bei der in quantitativer Hinsicht tiefere Anforderungen genüßten, um sie als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren. Diese Auslegung entspreche der Rechtslage in der EU, wo diese Art von Klauseln als Kernbeschränkungen angesehen würden.

9.1.3 Es ist allgemein anerkannt, dass es eine grosse Anzahl von Vertikalvereinbarungen gibt, welche wettbewerbsfördernde Wirkungen zeitigen (vgl. ausführlich SIMON BISHOP/MIKE WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 3. Aufl., London 2010, Rn. 5-037 ff.). Allerdings kann dieser Befund nicht auf absolute Gebietsabreden übertragen werden. Solche Klauseln können zu aufgeteilten Märkten und Preisdiskriminierungen führen (BISHOP/WALKER, a.a.O., Rn. 5-049). In diesem Sinne wird auch in der ökonomischen Literatur festgestellt, dass ein Tätigwerden gegen Passivverkaufsverbote als „Policy“-Entscheid anzusehen ist, der insbesondere dazu dienen soll, Marktabschottungen zu verhindern (BISHOP/WALKER, a.a.O., Rn. 5-049 ff.; vgl. auch Rn. 248 des im Auftrag des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements EVD erstellten Syntheseberichts der Evaluationsgruppe Kartellgesetz vom 5. Dezember 2008: „Mit dem neu geschaffenen Vermutungstatbestand nach Art. 5 Abs. 4 KG wollte das Parlament eine Angleichung an die Praxis der Europäischen Kommission bei vertikalen Restriktionen und eine Vermeidung von 'marktabschottenden Abreden' bewirken.“). Genau diesen „Policy“-Entscheid gegen marktabschottende Klauseln hat der Schweizer Gesetzgeber mit Erlass von Art. 5 Abs. 4 KG getroffen. Auch Ziff. 12 Abs. 2 VertBek bezeichnet Passivverkaufsverbote als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs. Zudem wird aus den Debatten der Räte klar, dass der Gesetzgeber Art. 5 Abs. 4 KG erlassen hat, um Praktiken zu unterbinden, welche Parallelimporte in die Schweiz erschweren oder verunmöglichen. So wurde beispielsweise ausgeführt: „Parallelimporte können nicht nur durch Immaterialgüterrechte, sondern auch durch Verträge verhindert werden. Das ist das zentrale Thema von Artikel 5 Absatz 4 des Kartellgesetzes. Vertikale Wettbewerbsabreden als Abreden zwischen verschiedenen Marktstufen beinhalten verschiedenartigste Klauseln. Wettbewerbsrechtlich problematisch sind nur zwei wesentliche Klauseln, nämlich solche über Preisabsprachen und solche über Marktaufteilungen.“ (VOTUM H. RAGGENBASS, AB 2002 N 1436). Auch wurde festgehalten: „Unzulässig wird nur der so genannte absolute Gebietsschutz. Da sind wir uns einig, das muss man verbieten, das muss man mit diesem Gesetz verhindern. Dieser Schutz liegt eben dann vor, wenn ein Händler unter keinen Umständen in das Vertriebsgebiet eines anderen Händlers liefern darf - das wollen wir nicht. Derart strikte Absprachen sollen unzulässig sein. Damit ist es dem Konsumenten unbenommen, sich bei einem Händler einzudecken, der im Grun-

de ein anderes Vertriebsgebiet bearbeitet - das wollen wir.“ (Votum R. Büttiker, AB 2003 S 330; vgl. auch Votum R. Strahm, AB 2002 N 1438; Votum F. Schiesser, AB 2003 S 329).

9.1.4 Wie das Bundesverwaltungsgericht festgestellt hat, ist die Erheblichkeit einer Abrede grundsätzlich im Sinne der Praxis der Vorinstanz sowohl anhand qualitativer und als auch quantitativer Elemente zu ermitteln (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 „Gaba“ E. 11.1.8). Demnach erfolgt die Abwägung der beiden Kriterien einzelfallweise in einer Gesamtbeurteilung (BGE 129 II 18 „Sammelrevers“ E. 5.2). Diese Praxis erfährt allerdings dort eine Einschränkung, wo, wie im vorliegenden Fall, besonders problematische Abreden wie Gebietsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG zu beurteilen sind. Vereinbarungen, durch welche aktive und passive Verkäufe in ein Territorium unterbunden werden (sog. absolute Gebietsschutzklauseln) gehören zu den kartellrechtlich schädlichsten Abreden. Wenn das Gesetz bei ihrem Vorliegen die Vermutung statuiert, dass sie den wirksamen Wettbewerb beseitigen, so ist a maiore ad minus davon auszugehen, dass sie sich auch erheblich auf den Wettbewerb auswirken (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 „Gaba“ E. 11.1.8; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-463/2010 vom 19. Dezember 2013 „Gebro“ E. 11.1.4; s. auch PATRICK SOMMER/AMR ABDELAZIZ, *Jüngste Entwicklungen - Hors Liste Medikamente und Gaba/Elmex*, in: Inge Hochreutener/Walter Stoffel/Marc Amstutz [Hrsg.], *Wettbewerbsrecht: Jüngste Entwicklungen in der Rechtsprechung. Konzernsachverhalte und Konzernbegriff aus kartellrechtlicher Sicht*, Bern 2014, S. 7; FELIX SCHRANER, *Elmex-Urteil - Entscheid mit Strahlkraft*, S. 4 f., abrufbar unter <http://www.kpmg.com/ch/de/library/articles-publications/opportunities-and-risks/seiten/elmex-decision.aspx>; besucht am 19. November 2015). Diese Auslegung ist umso mehr geboten, als die Schweiz aufgrund ihrer Nicht-Mitgliedschaft im EWR einen gesonderten Markt aufweist, welcher anfällig ist für Gebietsabschottungen. Sie entspricht, wie erwähnt, auch dem Willen des Gesetzgebers, der mit der Einführung des Art. 5 Abs. 4 KG der Vorinstanz eine Handhabe geben wollte, um insbesondere gegen den Schweizer Markt abschottende Klauseln vorzugehen und Parallelimporte zu ermöglichen. Abzulehnen ist die von der Beschwerdeführerin vorgetragene und in der Literatur vertretene Ansicht, dass mit dieser Auslegung ein per se-Verbot statuiert wird und der nach dieser Auffassung in der Bundesverfassung vorgegebene Ansatz der Missbrauchsgesetzgebung aufgehoben wird (vgl. RETO JACOBS, *Entwicklungen im Kartellrecht/Le point sur le droit des cartels*, SJZ 111 [2015], S. 229 ff., 323; ders., in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender [Hrsg.], *Die schweizerische Bundesverfassung: St. Galler Kommentar*, 3. Aufl., Zürich 2014, Art. 96 BV N. 26). Denn zum einen wurde schon in einem Gutachten aus dem Jahr 2001 festgehalten, dass sich aus der Bundesverfassung kein per se-Verbot für kartellrechtliche per se-Tatbestände ergibt (vgl. RENÉ RHINOW/ANDRÁS GUROVITS, *Gutachten über die Verfassungsmässigkeit der Einführung von direkten Sanktionen im Kartellgesetz zuhanden des Generalsekretariats des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements*

EVD vom 5. Juli 2001, Basel/Zürich, in: RPW 2001/3, S. 592 ff., 603, 605; s. auch ANDREAS HEINEMAN, Konzeptionelle Grundlagen des Schweizer und EG-Kartellrechts im Vergleich, in: Rolf H. Weber/Andreas Heineemann/Hans-Ueli Vogt, Methodische und konzeptionelle Grundlagen des Schweizer Kartellrechts im europäischen Kontext, Bern 2009, S. 43 ff., 46 f.). Zum anderen liegt kein per se Verbot vor, wenn eine Rechtfertigung aus Effizienzgründen möglich bleibt (s. unten, E. 10; vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 „Gaba“ E. 11.3.4; s. auch EuGH, 11. September 2014, Rs. C-67/13 P, Groupement des cartes bancaires, ECLI:EU:C:2014:2204, Rn. 58, wonach bei Vereinbarungen, bei denen feststeht, „dass sie schon ihrer Natur nach schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs sind, [...] die Prüfung ihrer Auswirkungen nicht notwendig ist.“ Vgl. in diesem Zusammenhang auch Schlussanträge von GA Wahl vom 27. März 2014, EuGH, Rs. C-67/13 P, Groupement des cartes bancaires, ECLI:EU:C:2014:1958, Rn. 26 ff.; BALDI/SCHRANER, Die kartellrechtlichen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Fall „Baubeschläge“ - revisionistisch oder nur beiläufig falsch?, a.a.O., S. 273 f.; BALDI/SCHRANER, Bundesverwaltungsgericht setzt mit Gaba-Urteil wettbewerbspolitischen Markstein, a.a.O., S. 71). Da die dargelegte Auslegung nicht zu einem per se Verbot führt, ist folglich auch nicht zu prüfen, ob per se Verbote einen Eingriff in die von Art. 27 BV statuierte Wirtschaftsfreiheit darstellen. Selbst wenn man annehmen würde, dass das ausschliessliche Abstellen auf das qualitative Erheblichkeitskriterium ein per se Verbot darstellt, wäre die Beschwerdeführerin mit ihrer Rüge nicht zu hören. Denn wie das Bundesverwaltungsgericht bereits unter E. 3.10.4 festgestellt hat, hat die Vorinstanz nebst einer qualitativen Prüfung eine umfangreiche quantitative Erheblichkeitsanalyse durchgeführt.

9.1.5 Das Bundesverwaltungsgericht stellt nach dem Gesagten fest, dass das in den Händlerverträgen der Beschwerdeführerin statuierte Exportverbot eine qualitativ erhebliche Wettbewerbsbeschränkung darstellt. Damit handelt es sich, wie hiervor ausgeführt, auch insgesamt um eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede. Der Frage, ob bei einem anderen Sachverhalt nach der Feststellung, dass eine den Wettbewerb qualitativ erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt, u.U. auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen sind, braucht hier nicht nachgegangen zu werden. Mit Blick auf die beim Bundesgericht hängigen Beschwerden in den Rechtssachen B-506/2010 Gaba und B-463/2010 Gebro sind aber der Vollständigkeit halber auch die von der Vorinstanz im Rahmen der quantitativen Analyse geprüften Kriterien zu untersuchen.

ii. Quantitative Erheblichkeit

9.2 Die Beschwerdeführerin moniert im Zusammenhang mit der quantitativen Erheblichkeitsanalyse in der angefochtenen Verfügung im Wesentlichen die folgenden Punkte: die Marktanteilsberechnung, die fehlende Berücksichtigung des Interbrand-Wettbewerbs, die zu starke Gewichtung sowie die fehlerhafte Analyse des Intrabrand-Wettbewerbs, und der fehlende Nachweis eines Kausalzusammenhangs zwischen der Abrede und der angeblichen Wettbewerbsbeschränkung. Zu diesen

Rügen ist festzuhalten, dass sie sich teilweise mit den Vorbringen der Beschwerdeführerin zum Umstossen der Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung überschneiden. Wie bereits unter E. 8 ausgeführt, sind im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung keine Punkte zu behandeln, welche das Umstossen der Vermutung betreffen. Sofern die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit der quantitativen Erheblichkeit demnach Rügen vorträgt, welche das Umstossen der Vermutung betreffen, ist sie mit Verweis auf diese Ausführungen nicht zu hören. Auf die übrigen Vorbringen wird nachfolgend, wie erwähnt, der Vollständigkeit halber eingegangen.

Marktanteilsberechnung und Ermittlung der Marktstellung

9.2.1

9.2.1.1

9.2.1.1.1 Zur Marktanteilsberechnung führt die Beschwerdeführerin aus, in der angefochtenen Verfügung würden zwar für die relevanten Segmente die korrekten, gerundeten Marktanteile gemäss Auto-Schweiz im Zeitraum 2007-2011 widergegeben. Allerdings habe die Vorinstanz in willkürlicher Weise und ohne Begründung auf die Marktanteile in den Jahren 2007 bis 2011 abgestellt, obwohl der Untersuchungszeitraum die Periode Oktober 2010 bis Dezember 2011 betreffe. Dieser fehlerhaft definierte Berechnungszeitraum wirke sich auch auf die Position der Beschwerdeführerin als angebliche Marktführerin aus. Ferner moniert die Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz bei der Marktanteilsberechnung auf die höchsten Werte abgestellt habe, obwohl sie jeweils sowohl den tiefsten als auch den höchsten berechnet habe.

9.2.1.1.2 Die Vorinstanz entgegnet, sie habe die Marktanteile basierend auf der von Auto-Schweiz erhobenen Zulassungsstatistik erhoben. Ihre Ergebnisse seien deckungsgleich mit denjenigen, welche die Beschwerdeführerin vorbringe, mit dem Unterschied, dass die Vorinstanz die Dezimalstellen aufgerundet habe. Zudem entspreche das Abstellen auf einen Zeitraum von 5 Jahren vor dem Entscheid der Praxis der Vorinstanz und diene dazu, einer allfälligen dynamischen Entwicklung des Marktes Rechnung zu tragen. Schliesslich weist die Vorinstanz den Vorwurf zurück, sie habe jeweils auf den höchsten berechneten Marktanteil für jedes Segment abgestellt.

9.2.1.1.3 In Rn. 249 ff. der angefochtenen Verfügung wird die Marktanteilsberechnung vorgenommen. Dabei hatte die Vorinstanz ursprünglich die Marktanteile für die Zeitperiode 2007-2010 gestützt auf die Absatzmengen der Fahrzeughersteller und -importeure berechnet. Die Beschwerdeführerin sprach sich hingegen dafür aus, statt auf die Absatzmengen auf die von Auto-Schweiz erhobene Zulassungsstatistik abzustellen (vgl. act. 164 Rn. 49). In der Folge legte die Beschwerdeführerin dar, wie ihrer Ansicht nach eine Marktanteilsberechnung gestützt auf die Zulassungsstatistik vorzunehmen wäre. Dabei stellte die Beschwerdeführerin auf die Zahlen aus den Jahren 2006-2011 ab und nahm eine Berechnung für die Marktanteile in der Periode 2007-2010 vor. Ebenfalls reichte die Beschwerdeführerin eine Tabelle zu ihrer Marktstellung ein. Diese stützt sich auf die Daten für den

Zeitraum Oktober 2010 bis Oktober 2011 (act. 164 Beilagen 11 bis 15). Sie kam zum Schluss, dass die Anteile für den Zeitraum 2007-2010 und ihre Marktposition zwischen Oktober 2010 und Oktober 2011 wie folgt zu kalkulieren seien:

- Kleinwagen: [...] - [...] %; Ränge [...] - [...] von 21 Herstellern.
- Untere Mittelklasse: [...] - [...] %; Ränge [...] - [...] von 29 Herstellern.
- Obere Mittelklasse: [...] - [...]; Ränge [...] - [...] von 29 Herstellern.
- Oberklasse: [...] - [...] %; Ränge [...] - [...] von 28 Herstellern.
- Luxusklasse: [...] - [...] %; Ränge [...] - [...] von 27 Herstellern.

Aus Rn. 252 ff. der angefochtenen Verfügung geht hervor, dass die Vorinstanz aufgrund der Ausführungen der Beschwerdeführerin ihre Marktanteilsberechnung auf die Zulassungsstatistik statt wie ursprünglich auf die Absatzmenge stützte. Dabei nahm sie Bezug auf die von der Beschwerdeführerin mit E-Mail vom 29. März 2012 eingereichten Daten (act. 181 S. 3 ff.). Sie berechnete folgende Marktanteile und Marktpositionen für den Zeitraum 2007-2011:

- Kleinwagen: [...] - [...] %; Ränge [...] - [...] von 22 Herstellern.
- Untere Mittelklasse: [...] - [...] %; Ränge [...] - [...] von 31 Herstellern.
- Obere Mittelklasse: [...] - [...] %; Ränge [...] und [...] von 34 Herstellern.
- Oberklasse: [...] - [...] %; Ränge [...] und [...] von 38 Herstellern.
- Luxusklasse: [...] - [...] %; Ränge [...] und [...] von 29 Herstellern.

9.2.1.1.4 Zunächst ist auf die Rüge der Beschwerdeführerin einzugehen, wonach die Vorinstanz in willkürlicher Weise die Marktanteilsberechnung auf den Zeitraum 2007 bis 2011 gestützt habe, obwohl der Untersuchungszeitraum die Periode Oktober 2010 bis Dezember 2011 betreffe. Nach ständiger Rechtsprechung liegt Willkür in der Rechtsanwendung vor, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Ein Entscheid ist jedoch nur aufzuheben, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht (siehe statt vieler BGE 137 I 1 E. 2.4 m.w.H.). Wie bereits ausgeführt, hat die Vorinstanz ihre ursprüngliche Marktanteilsberechnung an diejenige der Beschwerdeführerin angepasst und - wie von der Beschwerdeführerin selbst vorgeschlagen - eine Marktanteilsberechnung für den Zeitraum von fünf Jahren vor Erlass des angefochtenen Entscheids vorgenommen. Wenn selbst die Beschwerdeführerin die von der Vorinstanz vorgenommene Marktanteilsberechnung vor-

schlägt, kann nicht gesagt werden, diese sei in willkürlicher Weise erfolgt. Darüber hinaus ist nicht ersichtlich und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht dargelegt, warum bei der Marktanteilsberechnung - entgegen ihrem eigenen Vorschlag - auf den Untersuchungszeitraum abzustellen ist. In casu waren nämlich die Marktanteile für ein Produkt zu berechnen, dessen Anschaffungspreis und damit auch die Anschaffungshäufigkeit sich erheblich auf die Berechnung auswirken. Da der Erwerb eines Motorfahrzeuges nicht alltäglich ist und diese Produkte in der Regel lange gehalten werden bevor sie ersetzt werden, ist bei einer Marktanteilsberechnung für Motorfahrzeuge ein langer Zeitraum zu wählen. Im Übrigen kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn sie bei ihrer Marktanteilsberechnung einerseits auf den Zeitraum 2007 bis 2011 abstellt und andererseits geltend macht, ihre Marktposition sei lediglich für den Untersuchungszeitraum 2010 bis 2011 zu berechnen. Wird die Kalkulation der Marktanteile für einen bestimmten Zeitraum vorgenommen, so ist zur Ermittlung der Marktposition eines Unternehmens in diesem Zeitraum ebenfalls auf diese Periode abzustellen. Ein anderes Vorgehen wäre als unlogisch anzusehen. Die Beschwerdeführerin vermag daher mit ihrer Rüge zur Berechnung der Marktanteile sowie zur Ermittlung der Marktstellung nicht durchzudringen.

9.2.1.1.5 Zweitens ist das Vorbringen der Beschwerdeführerin zu prüfen, wonach die Vorinstanz bei der Marktanteilsberechnung in willkürlicher Weise auf die höchsten Werte abgestellt habe, obwohl sie jeweils sowohl den tiefsten als auch den höchsten Marktanteil berechnet habe. Dabei ist festzustellen, dass die Beschwerdeführerin die Zahlen selbst nicht anzweifelt, da sie vorträgt, die Vorinstanz habe die korrekten, gerundeten Marktanteile gemäss Auto-Schweiz im Zeitraum 2007-2011 widergegeben. Hingegen moniert sie die von der Vorinstanz daraus gezogenen Schlussfolgerungen hinsichtlich der Marktpositionen der Beschwerdeführerin in den relevanten Märkten. Die Beschwerdeführerin verweist in diesem Zusammenhang auf Rn. 276 und 296 der angefochtenen Verfügung. In den genannten Passagen wird folgendes ausgeführt:

Rn. 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.“

Rn 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.“

9.2.1.1.6 Die Vorinstanz leitet demnach aus den für den Zeitraum 2007-2011 ermittelten Marktanteilen (vgl. E. 9.2.1.1) folgendes ab:

Im Markt für „Kleinwagen“, wo die Beschwerdeführerin mit [...] - [...] % Marktanteilen die Ränge [...] - [...] von 22 Herstellern belegt, kommt die Vorinstanz zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin mit MINI [...] bzw. [...] vertreten ist.

Zum Markt „Untere Mittelklasse“, wo die Beschwerdeführerin über [...] - [...] % Marktanteile verfügt und die Ränge [...] - [...] von 31 Herstellern belegt, wird in der angefochtenen Verfügung festgehalten, die Beschwerdeführerin habe [...] belegt bzw. habe [...] belegt.

Betreffend den Markt „Obere Mittelklasse“, auf welchem die Beschwerdeführerin mit [...] - [...] % Marktanteilen die Ränge [...] und [...] von 34 Herstellern belegte, wird in der angefochtenen Verfügung ausgeführt, die Beschwerdeführerin [...].

Zum Markt „Oberklasse“, wo die Beschwerdeführerin mit Marktanteilen von [...] - [...] % die Ränge [...] und [...] von 38 Herstellern belegte, wird in der angefochtenen Verfügung festgehalten, die Beschwerdeführerin habe [...].

Schliesslich wird in der angefochtenen Verfügung zum Markt „Luxusklasse“, wo die Beschwerdeführerin mit Marktanteilen von [...] - [...] % die Ränge [...] und [...] von 29 Herstellern belegte, festgestellt, die Beschwerdeführerin sei [...].

9.2.1.1.7 Der hiervor dargestellte Vergleich zeigt, dass mit Ausnahme des Marktes „Untere Mittelklasse“ die Vorinstanz zum einen die Marktpositionen praktisch tel quel dargestellt hat. Zum anderen ergibt sich, dass die Vorinstanz nicht auf die jeweils höchsten Werte abgestellt hat. So hat sie im Markt für „Kleinwagen“ die Marktposition der Beschwerdeführerin eingeschätzt als [...]. Angesichts der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin auf diesem Markt die Ränge [...] - [...] belegte, kann nicht gesagt werden, die Vorinstanz habe auf den höchsten Wert abgestellt. Auch im Markt „Obere Mittelklasse“, wo die Beschwerdeführerin die Ränge [...] und [...] belegte, hat die Vorinstanz nicht auf den Höchstwert abgestellt, als sie festhielt, die Beschwerdeführerin sei [...]. Im Gegenteil gibt diese Ausführung den Sachverhalt korrekt wieder. Das trifft auch auf die Schlussfolgerungen der Vorinstanz zum Markt „Oberklasse“ zu, wo die Vorinstanz aufgrund der Position der Beschwerdeführerin auf Rang [...] und [...] festhielt, die Beschwerdeführerin habe eben diese Plätze belegt. Schliesslich ist die Vorinstanz auch hinsichtlich der Marktes „Luxusklasse“, wo die Beschwerdeführerin auf Rang [...] und [...] vertreten war, richtigerweise zum Schluss gelangt, die Beschwerdeführerin sei [...] Marke gewesen. Die Rüge der

Beschwerdeführerin, wonach die Vorinstanz in willkürlicher Weise nur auf die höchsten Marktanteile abgestellt habe, ist demnach bezüglich der Märkte „Kleinwagen“, „Obere Mittelklasse“, „Oberklasse“ und „Luxusklasse“ zurückzuweisen.

9.2.1.1.8 Hinsichtlich des Marktes „Untere Mittelklasse“ ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin im Zeitraum 2007-2011 die Ränge [...] - [...] belegte. In der angefochtenen Verfügung wird dazu festgehalten, die Beschwerdeführerin gehöre damit [...] von insgesamt 31 Konkurrenten. Die vergleichsweise eher tiefen Marktanteile liessen sich möglicherweise dadurch erklären, dass die Beschwerdeführerin erst seit 2004 in diesem Markt tätig sei, seither allerdings kontinuierlich Anteile gewonnen habe (vgl. Rn. 255 der angefochtenen Verfügung). Die Vorinstanz leitete daraus ab, dass die Beschwerdeführerin sich in den letzten zwei Jahren [...] habe etablieren können und die Plätze [...] und [...] belegt habe. Demnach hat die Vorinstanz den Marktanteilsentwicklungen auf dem Markt „Untere Mittelklasse“ Rechnung getragen und aus einer Gesamtbetrachtung des Zeitraumes 2007-2011 abgeleitet, dass es der Beschwerdeführerin gelungen ist, in nicht unerheblichem Masse Anteile zu gewinnen. Da die Berechnung der Marktanteile nicht statisch zu erfolgen hat, sondern im Gegenteil - wie die Vorinstanz dies getan hat - in einer Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung der Marktanteilsentwicklungen, sind die Schlussfolgerungen in Rn. 276 und 296 der angefochtenen Verfügung zu den Marktanteilen und der Marktposition der Beschwerdeführerin auf dem Markt „Untere Mittelklasse“ nicht als willkürlich einzustufen. Die Rüge der Beschwerdeführerin ist daher auch in diesem Punkt zurückzuweisen.

9.2.1.2

9.2.1.2.1 Die Beschwerdeführerin bringt des Weiteren vor, dass die Vorinstanz den Begriff „starke Marktstellung“ nicht definiere, die Folgen einer „starken Marktstellung“ nicht erkläre und eine solche Stellung über die [...] der Beschwerdeführerin zu konstruieren versuche. Die Vorinstanz habe in willkürlicher Weise eine starke Marktstellung angenommen, obwohl die Beschwerdeführerin in einigen Segmenten nur über Marktanteile von [...] verfüge. Damit habe sie ihre eigene Segmentierung des sachlich relevanten Marktes ignoriert, da sie diejenigen Märkte ignoriere, in denen die Beschwerdeführerin kaum vertreten sei. Jedenfalls verfüge die Beschwerdeführerin weder über Marktmacht, noch über eine starke Marktstellung. Sie verweist in diesem Zusammenhang auf das von ihr eingereichte Gutachten des Beratungsunternehmens RBB Economics vom 15. Juni 2012.

9.2.1.2.2 Die Vorinstanz führt in ihrer Vernehmlassung aus, Art. 5 Abs. 4 KG setze das Merkmal der „Marktmacht“ nicht voraus. Selbst wenn dies jedoch der Fall wäre, wäre es in casu erfüllt. BMW und MINI stellten ausgesprochen starke Marken dar, was sich aus der ermittelten Marktstellung sowie der Anhörung der Beschwerdeführerin vom 26. März 2012 ergebe. Dort habe sie ausgeführt, [...] (vgl. act. 185, S. 35). Damit habe die Beschwerdeführerin selbst bestätigt, dass sie im Markt stark positioniert sei. Auch habe sie festgehalten, [...] (vgl. act. 185, S. 11). Das zeuge nicht von einem starken Wettbewerb, da sich die Beschwerdeführerin eine solche

[...] kaum leisten könne, ohne Marktanteile zu verlieren. Auch daraus lasse sich ableiten, dass die Beschwerdeführerin über Marktmacht verfüge. Damit wiederholt die Vorinstanz im Wesentlichen dasselbe wie in Rn. 267 f. der angefochtenen Verfügung.

9.2.1.2.3 Einleitend stellt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass Art. 5 Abs. 4 KG das Tatbestandsmerkmal der „Marktmacht“ nicht voraussetzt. Es kann daher letztlich offen bleiben, ob die Beschwerdeführerin marktmächtig bzw. marktbeherrschend im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG ist (vgl. zur Definition des Begriffes „Marktbeherrschung“ BGE 139 I 72 „Publigroupe“ E. 9.3.1). Unabhängig von dieser Frage ist jedenfalls festzuhalten dass die Beschwerdeführerin in den relevanten Produktmärkten über starke Marktstellungen verfügt, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen. So ist sie in den Märkten „Kleinwagen“ und „Untere Mittelklasse“ [...] unter den Fahrzeugherstellern. Noch deutlicher zeigt sich die Marktstellung in den Märkten „Obere Mittelklasse“, „Oberklasse“ und „Luxusklasse“, wo die Beschwerdeführerin die [...] Plätze belegt. Die Tatsache, dass die Marktanteile der Beschwerdeführerin mitunter [...] betragen, ändert nichts an dieser Schlussfolgerung. Denn auch mit lediglich [...] % Marktanteil beispielsweise im Markt „Untere Mittelklasse“ belegte die Beschwerdeführerin den Rang [...] von 31 Herstellern (vgl. Anhang VI der angefochtenen Verfügung). Somit kann nicht, wie die Beschwerdeführerin behauptet, aufgrund [...] auf eine schwache Marktstellung geschlossen werden. Entscheidend ist vielmehr, wie dargelegt, die Marktstellung als solche in den relevanten Produktmärkten. Diese starke Stellung der Beschwerdeführerin wird auch dadurch untermauert, dass sie in der Lage ist, [...] (vgl. act. 185 S. 11 f.). Wie die Vorinstanz zu Recht darauf hinweist, kann sich ein Unternehmen mit schwacher Marktstellung eine solche [...] nicht leisten, ohne Marktanteile zu verlieren.

9.2.1.2.4 Die Beschwerdeführerin trägt jedoch vor, das von ihr ins Recht gelegte Gutachten von RBB Economics vom 15. Juni 2012 belege, dass sie weder über Marktmacht, noch über eine starke Marktstellung verfüge. Zum RBB Gutachten ist in allgemeiner Hinsicht festzuhalten, dass ihm als Privatgutachten kein grösseres Gewicht zukommt als den rechtlichen Erörterungen in der Rechtsschrift der betreffenden Partei, dass es also ausschliesslich Parteivorbringen enthält. Der Beweiswert eines Parteigutachtens ist demnach verglichen mit einem behördlich angeordneten Gutachten regelmässig herabgesetzt und gilt zum Vornherein nicht als Sachverständigengutachten im Sinne von Art. 12 Bst. e VwVG. Denn es muss davon ausgegangen werden, dass die Partei dem Privatgutachter in erster Linie die nach ihrem eigenen subjektiven Empfinden wesentlichen Gesichtspunkte des streitigen Sachverhalts unterbreitet, und das private Gutachten im Unterschied zum behördlichen nicht unter Strafandrohung erstellt wird (BGE 105 II 1 E. 1; BGE 95 II 364 E. 2; BVGE 2013/9 E. 3.8.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 „Gaba“ E. 4.4.3). Dennoch sind die Gerichte und Behörden aufgrund des in Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP, SR 273) statuierten Grundsatzes der freien Beweiswürdigung verpflichtet,

die Beweise frei, d.h. ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen (BGE 125 V 351 E. 3a). Letzteres bedeutet, dass alle erhobenen Beweise über erhebliche Tatsachen in die Würdigung einbezogen werden. Nicht zulässig ist es, einem Beweismittel vorab und in allgemeiner Weise die Beweiseignung abzusprechen. Beispielsweise darf den von Parteien eingereichten Expertisen nicht schon deshalb der Beweiswert abgesprochen werden, weil sie von einer Partei stammen. Ferner besitzen nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung alle tauglichen Beweismittel die gleiche Beweiskraft. Die Gerichte und Behörden haben alle Beweismittel objektiv zu prüfen und danach zu entscheiden, ob sie eine zuverlässige Beurteilung des rechtserheblichen Sachverhaltes gestatten (Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 19 N. 15 f. und 20 f. m.w.H.).

9.2.1.2.5 Die Gutachterin kommt auf S. 15 zum Schluss, aufgrund der „ökonomischen Lehre“ sowie der „gängigen Rechtsprechung“ sei Marktmacht bei Marktanteilen unter [...] % ausgeschlossen. Allerdings werden an dieser Stelle im Gutachten weder Belege, noch Quellenhinweise oder sonstige Angaben genannt, welche nachweisen würden, worauf die Gutachterin ihre Ausführungen stützt. Lediglich in der Einleitung des Gutachtens findet sich zur Frage der Marktmacht im Rahmen der allgemeinen Ausführungen ein Hinweis auf ein Lehrbuch sowie auf die Leitlinien der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen (S. 8 des Gutachtens). Es ist fraglich, ob das als Beleg für einen Konsens in der ökonomischen Lehre und in der Rechtsprechung zur Frage der Marktmacht reicht, zumal die Gutachterin an dieser Stelle selbst einräumt, dass „keine Einigkeit darüber“ bestehe, ab welchem Marktanteil auf Marktmacht zu erkennen sei. Letztlich kann diese Frage aber offen bleiben. Denn wie das Bundesverwaltungsgericht bereits oben festgehalten hat, setzt Art. 5 Abs. 4 KG das Tatbestandsmerkmal der „Marktmacht“ nicht voraus. Nach dem Gesagten ist das Vorbringen, wonach die Vorinstanz in willkürlicher auf eine starke Marktstellung der Beschwerdeführerin geschlossen hat, zurückzuweisen.

Arbitragepotenzial

9.2.2

Die Beschwerdeführerin macht geltend, der von der Vorinstanz vorgenommene Preisvergleich zur Ermittlung des Arbitragepotenzials sei fehlerhaft und komme zu einem irreführenden Ergebnis. Insbesondere bringt sie die folgenden Punkte vor: (i) Es sei eine willkürliche Auswahl der verglichenen Referenzmodelle getroffen worden; (ii) die Produktunterschiede seien mangelhaft berücksichtigt worden; (iii) Rabatte und Sonderaktionen seien unberücksichtigt gelassen worden; (iv) der analysierte Zeitraum sei zu kurz, weswegen den Auswirkungen der Wechselkursschwankungen zu wenig Rechnung getragen worden sei; (v) andere Nachbarländer als Deutschland seien nicht berücksichtigt worden. Auf die Vorbringen wird hiernach einzeln eingegangen.

9.2.2.1

9.2.2.1.1 Die Beschwerdeführerin führt erstens aus, ein Preisvergleich habe alle Fahrzeugmodelle in sämtlichen relevanten Märkten zu untersuchen und dürfe sich nicht

auf eine Auswahl von Modellen beschränken. Die von der Vorinstanz herangezogenen Auswahlkriterien seien willkürlich. Sie habe anhand der gemäss Auto-Schweiz meistverkauften Serien nur zwei Modelle ausgewählt. Dabei sei nicht ersichtlich, anhand welcher Kriterien die betreffenden Modelle von der Vorinstanz ausgewählt worden seien.

9.2.2.1.2 Die Vorinstanz verweist auf Rn. 192 ff. der angefochtenen Verfügung. In Rn. 195 wird ausgeführt: „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).“

9.2.2.1.3 Die vorangehenden Ausführungen bestätigen das Vorbringen der Beschwerdeführerin, wonach die Vorinstanz nicht ausdrücklich darlegt habe, anhand welcher Kriterien sie die dem Preisvergleich zugrunde liegenden Modelle ausgewählt hat. Allerdings kann darin kein willkürliches Vorgehen erblickt werden. Zum einen hat, wie die Beschwerdeführerin selbst ausführt, die Vorinstanz auf Modelle aus den meistverkauften Reihen abgestellt. Das ist nicht als willkürlich einzustufen, sondern im Gegenteil nachvollziehbar. Wenn im Rahmen der Ermittlung des Arbitragepotenzials untersucht wird, ob die Käufer in der Schweiz einen Anreiz hatten, Fahrzeuge der Marke BMW und MINI zu erwerben, ist es sinnvoll, auf Modelle aus den meistverkauften Serien abzustellen. Zum anderen hat die Beschwerdeführerin selbst in ihrer Stellungnahme vom 3. Dezember 2010 im vorinstanzlichen Verfahren dargelegt, wie ein Preisvergleich zwischen Deutschland und der Schweiz korrekterweise vorzunehmen wäre. Dabei hat sie auf die Preise der Referenzmodelle „BMW 116i“, „BMW X1 xDrive 20d“, „BMW 320 xd Touring“, „BMW 530d Limousine“ und „MINI Cooper“ und somit auf insgesamt fünf Modelle abgestellt. Dabei hat sie Fahrzeuge der Luxusklasse unberücksichtigt gelassen (vgl. act. 43 Rn. 43 ff.). Auch in ihrer Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht hat die Beschwerdeführerin dargelegt, wie ihres Erachtens ein Preisvergleich richtigerweise vorzunehmen wäre. Dabei hat sie sechs Modelle herangezogen, jeweils ein Modell der Marke BMW aus jedem relevanten Produktmarkt bzw. für die Serie 5 zwei Modelle sowie ein Modell der Marke MINI. Die Vorinstanz hat ihrerseits für Fahrzeuge der Marke BMW auf jeweils zwei Modelle aus jedem relevanten Produktmarkt und somit total auf zehn BMW Modelle sowie acht Modelle der Marke MINI abgestellt (Anhang II und III). Damit hat die Vorinstanz für ihren Vergleich die Preise von insgesamt achtzehn Fahrzeugmodelle der Marke BMW und MINI herangezogen. Wenn die Beschwerdeführerin selbst vorträgt, dass ein korrekter Preisvergleich höchstens sechs Modelle zu umfassen hätte - ohne mitunter die Fahrzeuge der Luxusklasse zu berücksichtigen - kann nicht gesagt werden, die Vorinstanz habe durch einen noch umfassenderen Vergleich willkürlich gehandelt. Vielmehr hat sie für jeden relevanten Produktmarkt der Marke BMW zwei Fahrzeugmodelle und für Fahrzeuge der Marke MINI acht Modelle herangezogen und damit eine korrekte Auswahl getroffen.

9.2.2

9.2.2.2.1 Die Beschwerdeführerin bringt zweitens vor, ein angemessener Preisvergleich bedinge eine Gegenüberstellung der Preise ohne Grundausstattung. Die festgestellten Unterschiede in den Preisen zwischen Deutschland und der Schweiz seien Grösstenteils auf länderspezifische Ausstattungen zurückzuführen. Das von der Beschwerdeführerin eingereichte Gutachten von RBB Economics vom 15. Juni 2012 zeige, dass Kunden sich bei einem Autokauf nicht am Listenpreis orientierten, sondern konkrete Angebote bei Händlern einholten. Auch könne nicht gesagt werden, dass der Mehrwert nichtoptionaler Zusatzleistungen für die Schweizer Endkunden fraglich und daher nicht zu berücksichtigen sei. Das ergebe sich ebenfalls aus dem von der Beschwerdeführerin eingereichten RBB Economics Gutachten. Schliesslich sei es - wie die Beschwerdeführerin selbst aufzeige - möglich, einen solchen Vergleich vorzunehmen und dürfe nicht aus prozessökonomischen Gründen abgelehnt werden.

9.2.2.2.2 Die Vorinstanz führt in ihrer Vernehmlassung an, der von der Gutachterin RBB Economics vorgenommene Preisvergleich sei in diesem Punkt fehlerhaft. Die Gutachterin bringe den Wert „Ausstattungsprofil“ in Abzug, ohne diesen zu erklären oder ihn zu überprüfen. Sie stütze sich dabei ausschliesslich auf Angaben der Beschwerdeführerin. Wie diese allerdings selbst anlässlich der Anhörung vom 26. März 2012 zu Protokoll gegeben habe, werde bei der Ermittlung des Wertes gewisser Ausstattungsprofile versucht, „abzuschätzen, wie viel so eine Klimaanlage dem Kunden in Geld wert wäre. Da gibt's definitiv keine objektiven Zahlen“ (act. 185 S. 34). Da die Gutachterin somit selbst nur auf die von der Beschwerdeführerin geschätzten Zahlen abgestellt habe, sei ihr ausstattungsbereinigter Preisvergleich mangelhaft. Im Übrigen verweist die Vorinstanz auf die angefochtene Verfügung.

9.2.2.2.3 In der angefochtenen Verfügung geht die Vorinstanz an zwei Stellen auf das Argument ein, wonach ein Preisvergleich ausstattungsbereinigt zu erfolgen habe. In Rn. 204 hält sie fest, der von der Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme vom 3. Dezember 2010 dargelegte, ausstattungsbereinigte Vergleich zeige nur geringfügige Unterschiede in den Ausstattungen zwischen den Modellen in Deutschland und der Schweiz. Das hätte auch die Beschwerdeführerin anlässlich der Anhörung vom 26. März 2012 bestätigt. In Rn. 236 ff. untersucht die Vorinstanz die von der Beschwerdeführerin angeführten länderspezifischen Ausstattungsunterschiede. Dabei stellt sie fest, dass der von der Beschwerdeführerin genannte Ski-Sack in der BMW 1-er Serie, der in Deutschland zur Sonderausstattung gehöre und in der Schweiz in der Serienausstattung inbegriffen sei, in der Schweiz nicht abgelehnt werden könne. Auch das BMW Service Plus Paket, das nur in der Schweiz existiere, könne von den Kunden in der Schweiz als Standardausstattung nicht abgewählt werden. Die Vorinstanz gelangt zum Schluss, es sei nicht sachgerecht, nichtoptionale Leistungen, die unter Umständen für die Käufer keinen Mehrwert darstellten, beim Preisvergleich in Abzug zu bringen. Kunden könnten gerade deswegen an einem Kauf eines Fahrzeuges in Deutschland inte-

ressiert sein, weil sie kein Service Paket oder Ski-Sack kaufen müssten.

Es ist nachfolgend zu untersuchen, ob der in der angefochtenen Verfügung vorgenommene Preisvergleich korrekt ist oder ob - wie die Beschwerdeführerin vorträgt - auf den in den beiden von ihr eingereichten Gutachten (RBB Economics Gutachten vom 15. Juni 2012 und RBB Economics Zusatzgutachten vom 18. Dezember 2012) dargelegten Vergleich abzustellen ist. Die Erkenntnisse des Gutachtens sind nach den unter E. 9.2.1.2.4 dargelegten Grundsätzen zu würdigen.

9.2.2.2.4 Zum Preisvergleich wird auf Seite 25 des RBB Economics Gutachtens vom 15. Juni 2012 ausgeführt, in der Praxis sei zu beobachten, dass Kunden sich bei einem Autokauf nicht am Listenpreis orientierten, sondern konkrete Angebote bei Händlern einholten. Allerdings nennt die Gutachterin keinen Beleg, der ihre Ausführungen stützen würde oder der aufzeigen würde, woher die Aussage stammt, dass Kunden in der Praxis auf diese Weise vorgehen. Auch im Zusatzgutachten vom 18. Dezember 2012 finden sich zu diesem Punkt keine Angaben. Von einem Gutachten darf erwartet werden, dass es zumindest die Quellen angibt, auf welche es sich stützt. Das gilt auch für ein ökonomisches Gutachten. Wenn jede Quellenangabe fehlt, so sind die Ausführungen für das Gericht nicht überprüfbar. Die entsprechenden Ausführungen sind daher als unbelegt zurückzuweisen. Dasselbe trifft auf das Vorbringen auf S. 24 f. des Gutachtens vom 15. Juni 2012 zu, wonach nicht gesagt werden könne, dass der Mehrwert nichtoptionaler Zusatzleistungen für die Schweizer Endkunden fraglich und daher nicht zu berücksichtigen seien. Die Gutachterin behauptet zwar, die Schlussfolgerungen der Vorinstanz seien „aus ökonomischer Sicht nicht zulässig“. Was dies konkret bedeutet und auf welche ökonomischen Theorien sich die Gutachterin dabei stützt, wird allerdings nicht ausgeführt. Im Zusatzgutachten vom 18. Dezember 2012 unterlässt es die Gutachterin ebenso, ihre Vorbringen zu belegen. Zwar nennt sie immerhin die Zahlen, welche aus ihrer Sicht unter dem Titel „Ausstattungsprofil“ und „Servicepaket“ abzuziehen sind. Allerdings versäumt sie es auch hier, die Quellen der ökonomischen Theorie, auf welche sie sich hinsichtlich des Abzugs dieser Werte stützt, zu nennen. Da die Gutachterin keinerlei Beweise für ihre Behauptungen vorbringt, sind auch ihre Ausführungen zur Berücksichtigung nichtoptionaler Leistungen als unbelegt zurückzuweisen. Im Übrigen gelangt auch das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass ein Preisvergleich nicht ausstattungsbereinigt vorzunehmen ist. Das ergibt sich zum einen aus der Tatsache, dass viele Optionen nicht abgewählt werden können, deren Wert für die Kunden sich also nur schätzen lässt. So führt auch die Beschwerdeführerin in der Anhörung vom 26. März 2012 aus, [...] (act. 185 S. 34). Zum anderen ist ein ausstattungsbereinigter Preisvergleich auch wegen der nicht-abwählbaren Optionen abzulehnen. Denn ein Kunde wird bei seinem Preisvergleich zwischen zwei Fahrzeugen kaum Optionen in Abzug bringen, die er am Ende wählen muss und von denen er mitunter nicht einmal den Wert kennt. Schliesslich ist festzuhalten, dass auch die Europäische Kommission die Listenpreise der Hersteller heranzieht (vgl. COMP/36.653 - Opel, ABI. L 59

vom 28. Februar 2001, S. 1, Rn. 13), wobei sie sich auf die Berichte aus den Jahren 1993 - 2011 über Autopreise in der Europäischen Union stützt (abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor_vehicles/prices/archive.html; zuletzt besucht am 19. November 2015). Auch die französische Autorité de la concurrence stellt auf den „prix de vente“ ab, ohne weitere Beträge in Abzug zu bringen (Autorité de la concurrence, décision 03-D-66 du 23 décembre 2003, Renault, Rn. 49). Die Beschwerdeführerin vermag daher mit ihrem Vorbringen, wonach der Vergleich zwischen den Preisen in Deutschland und der Schweiz ausstattungsbereinigt zu erfolgen habe, nicht durchzudringen.

9.2.2.3

9.2.2.3.1 Zum Preisvergleich der Vorinstanz führt die Beschwerdeführerin drittens aus, dieser habe Rabatte, Sonderaktionen und andere verkaufsfördernde Massnahmen nicht berücksichtigt. Bringe man diese in Abzug, sei davon auszugehen, dass die berechneten Preisunterschiede zwischen der Schweiz und Deutschland viel geringer seien als angenommen. In dem von der Beschwerdeführerin ins Recht gelegten RBB Economics Gutachten vom 15. Juni 2012 wird dazu ausgeführt, ein aussagekräftiger Preisvergleich müsse Rabatte und Sonderaktionen berücksichtigen, da ansonsten die tatsächlich bezahlten Transaktionspreise nicht berücksichtigt würden. In der Folge legt die Gutachterin dar, wie ihres Erachtens ein Preisvergleich vorzunehmen ist. Auf diesen Vergleich stützt sich auch die Beschwerdeführerin.

9.2.2.3.2 Die Vorinstanz verweist zu diesem Punkt auf die angefochtene Verfügung. In Rn. 211 derselben wird festgehalten, die Berücksichtigung der Parameter Rabatte, Sonderaktionen und andere Verkaufsfördermassnahmen im Preisvergleich sei schlichtweg unmöglich. So habe die Beschwerdeführerin ausgeführt, [...] Ausserdem würden die genannten Verkaufsmassnahmen das ermittelte Arbitragepotenzial nicht oder nur geringfügig verkleinern. Denn selbst nach Angaben der Beschwerdeführerin bestehe ein signifikanter Preisunterschied zwischen Deutschland und der Schweiz ab dem Jahr 2010. Zudem würden die Anzeigen sowie die Angaben [der Neumarkengrosshändlerin] klar für ein erhebliches Arbitragepotenzial sprechen. Ausserdem würden sowohl die Händler in der Schweiz als auch diejenigen in EWR Ländern Rabatte gewähren. Da der von der Beschwerdeführerin vorgeschlagene Preisvergleich mit enormem Aufwand verbunden sei, am Ergebnis jedoch wenig ändere, sei aus verfahrensökonomischen Gründen darauf zu verzichten.

9.2.2.3.3 Die Beschwerdeführerin macht geltend, der Preisvergleich der Vorinstanz sei mangelhaft, da er verkaufsfördernde Massnahmen ausser Acht lasse. Die Ermittlung dieser Daten sei problemlos möglich und in casu auch erforderlich. Allerdings bringt die Beschwerdeführerin selbst keine Daten vor, welche unter dem Titel „Rabatte, Sonderaktionen und andere verkaufsfördernde Massnahmen“ in Abzug gebracht werden sollten. Die Beschaffung dieser Zahlen dürfte - wie die Vorinstanz zu Recht vorträgt - kaum zu bewältigen sein. Denn einerseits müsste hierfür eine unbestimmte Anzahl Händler befragt werden. Andererseits ist anzunehmen,

dass einzelne Händler über die offiziellen verkaufsfördernden Massnahmen der Beschwerdeführerin hinaus gewissen Kunden im Einzelfall Sonderkonditionen angeboten haben bzw. anbieten. Eine Ermittlung dieser Werte ist unter verfahrensökonomischen Gesichtspunkten nicht sinnvoll. Dies gilt umso mehr, als selbst die Beschwerdeführerin davon ausgeht, es hätten „signifikante Preisunterschiede“ zwischen Deutschland und der Schweiz ab dem Jahr 2010 bestanden (vgl. act. 164 Rn. 45 Ziff. v.), etwas, was auch die Grosshändlerin [...] in ihrer Eingabe im vorinstanzlichen Verfahren bestätigte (vgl. act. 83 S. 1). Da die Gewährung von Sonderangeboten sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland erfolgt, sind - wie die Vorinstanz richtigerweise annahm - deren Auswirkung auf den Preisvergleich vernachlässigbar. Schliesslich ist festzuhalten, dass sowohl die Beschwerdeführerin als auch ihre Gutachterin bei ihrem Preisvergleich keine Rabatte o.ä. in Abzug bringen. Die Gutachterin beschränkt sich darauf, vorzutragen, dass diese Beträge abzuziehen seien. Sie reicht weder Nachweise für diese Behauptung ein, noch gibt sie die Quellen an, auf welche sie sich bei diesen Überlegungen stützt. Auch in ihrem Zusatzgutachten vom 18. Dezember 2012 versäumt es die Gutachterin, ihr Vorbringen zu belegen. Eine solche Behauptung kann den in der angefochtenen Verfügung vorgenommenen Preisvergleich nicht als unzulässig erscheinen lassen. Angesichts dieser Gründe ist das ausser Acht lassen von Rabatten, Sonderaktionen und anderen verkaufsfördernden Massnahmen im Rahmen des Preisvergleichs aus prozessökonomischen Überlegungen nicht zu beanstanden.

9.2.2.4

9.2.2.4.1 Die Beschwerdeführerin macht viertens geltend, der im Rahmen des Preisvergleichs analysierte Zeitraum sei zu kurz gewählt worden, weswegen den Auswirkungen der Wechselkursschwankungen zu wenig Rechnung getragen worden sei. Es gehe nicht an, dass die Vorinstanz die Marktanteile über einen Zeitraum von fünf Jahren berechne, die Ermittlung der Preise aber aus verfahrensökonomischen Gründen auf den Zeitraum Oktober 2010 bis Oktober 2011 beschränke. Wie auch die Gutachterin festhalte, sei im Rahmen des Preisvergleichs auf einen Zeitraum von mindestens vier Jahren abzustellen.

9.2.2.4.2 Die Vorinstanz verweist auf ihre Ausführungen in der angefochtenen Verfügung. In Rn. 195 derselben wird festgehalten, der Preisvergleich basiere auf den aktuellen Listenpreisen 2011, da sich für den Zeitraum seit der Untersuchungseröffnung im Oktober 2010 ein starkes Arbitragepotenzial habe feststellen lassen, welches durch die Endkonsumenten aufgrund des vertraglichen Exportverbots nicht habe ausgeschöpft werden können. Auf eine Untersuchung der Auswirkungen des vertraglichen Exportverbots auf die Preisunterschiede vor der Untersuchungseröffnung werde aus verfahrensökonomischen Gründen verzichtet. Diesem Umstand werde im Rahmen der Sanktionierung Rechnung getragen. Diese Ausführungen werden in Rn. 200 und 213 der angefochtenen Verfügung wiederholt.

9.2.2.4.3 Wie das Bundesverwaltungsgericht in E. 3.6.2.2 ausgeführt hat, wird der Preisvergleich unter dem Titel „Arbitrage“ vorgenommen. Dabei untersucht die

Vorinstanz, ob für Kunden aufgrund der Preisunterschiede ein Anreiz für Importe bestand. Nach Ansicht der Vorinstanz würde sich die Klausel negativ auf die Importe auswirken, wenn die Konsumenten wegen der Preisunterschiede ein Interesse an einem Import hätten, einen solchen aber aufgrund der Exportverbotsklausel nicht durchführen könnten (vgl. Rn. 192 der angefochtenen Verfügung). Wie sich aus der Untersuchung ergibt, waren die Wechselkursunterschiede ab Oktober 2010 so bedeutend, dass sich insbesondere ab diesem Moment zeigte, ob die Konsumenten importieren konnten. Es erscheint dem Gericht daher naheliegend, auf diesen Zeitpunkt abzustellen bei der Frage, ob für Kunden ein Parallelimport attraktiv war. Das ist auch aus verfahrensökonomischen Überlegungen sinnvoll. Daran vermag das Vorbringen der Beschwerdeführerin nichts ändern, wonach die Vorinstanz die Marktanteile über einen Zeitraum von fünf Jahren berechnet habe, aber die Ermittlung der Preise aus verfahrensökonomischen Gründen auf den Zeitraum Oktober 2010 bis Oktober 2011 beschränkt habe. Wie oben (E. 9.2.1.1.4) dargelegt, bestehen verschiedene Gründe, die dafür sprechen, bei der Marktanteilsberechnung auf einen langen Zeitraum abzustellen. Bei der Ermittlung des Arbitragepotenzials geht es indes um die Frage, ob Parallelimporte attraktiv waren, und wenn ja, warum sie allenfalls nicht stattfanden. Das lässt sich insbesondere ab dem Moment feststellen, ab welchem ein starkes Arbitragepotenzial besteht. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz im Rahmen des Preisvergleichs auf den Zeitraum Oktober 2010 bis 2011 abgestellt hat. Daran ändern auch die Ausführungen im RBB Economics Gutachten vom 15. Juni 2012 nichts. Denn das Gutachten beschränkt sich auf die Untersuchung der Frage, welche Gründe die Wechselkursschwankungen haben könnten (vgl. S. 32 ff. des Gutachtens). Zur hier massgebenden Frage, auf welchen Bemessungszeitraum bei der Ermittlung des Arbitragepotenzials abzustellen ist, wird im Gutachten lediglich festgestellt, ein umfassender Preisvergleich habe einen längeren Zeitraum (z.B. fünf Jahre) zu erfassen (S. 26 f.). Belegt wird diese Behauptung weder im Gutachten vom 15. Juni 2012 noch in demjenigen vom 18. Dezember 2012. Im Übrigen ist festzuhalten, dass die Vorinstanz in Rn. 106 der angefochtenen Verfügung zum Schluss gelangte, die Abrede habe seit Januar 2003 gedauert. Indes wurde im Rahmen der Sanktionierung berücksichtigt, dass sich die Exportklausel insbesondere ab den erheblichen Wechselkursunterschieden auswirkte. Die Vorinstanz hat in der Folge die Beschwerdeführerin für ihr Verhalten ab Oktober 2010 sanktioniert und darauf verzichtet, einen Zuschlag für die Dauer des Verstosses ab 2003 zu erheben. Damit hat sie im Interesse der Verfahrensbeschleunigung einen kürzeren Zeitraum berücksichtigt, was überdies dazu führte, dass kein Zuschlag für die Dauer des Verstosses erhoben wurde. Das Abstellen der Vorinstanz auf den Zeitraum Oktober 2010 bis Oktober 2011 im Rahmen des Preisvergleichs ist nach dem Gesagten nicht zu beanstanden.

9.2.2.5

9.2.2.5.1 Zum Preisvergleich bringt die Beschwerdeführerin schliesslich vor, dieser sei fälschlicherweise nur zwischen Deutschland und der Schweiz vorgenommen

worden. Sollte nämlich ein Vergleich der Preise in der Schweiz mit denen in anderen EWR Ländern einen geringeren Unterschied aufzeigen, würde dies auf einen Unterschied zwischen den einzelnen EWR Ländern hindeuten. In diesem Fall wäre zu hinterfragen, ob das Preisgefälle zwischen der Schweiz und Deutschland tatsächlich auf die beanstandete Klausel zurückzuführen sei.

9.2.2.5.2 Die Vorinstanz verweist auf ihre Ausführungen in der angefochtenen Verfügung. Dort wird in Rn. 195 zu diesem Punkt festgestellt: „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. Im Übrigen handelt es sich bei Deutschland laut Import- und Exportstatistik um den wichtigsten Handelspartner der Schweiz.“

9.2.2.5.3 Die Beschwerdeführerin macht geltend, ein Preisvergleich hätte auch weitere EWR Länder umfassen müssen, da dieser möglicherweise gezeigt hätte, dass zwischen der Schweiz und anderen Ländern kein Preisgefälle bestehe. Da die beanstandete Klausel für sämtliche EWR Länder gelte, müsse in diesem Fall hinterfragt werden, ob die Preisdifferenzen zwischen der Schweiz und Deutschland ihren Ursprung in der Klausel hätten. Allerdings verkennt die Beschwerdeführerin an dieser Stelle den Zweck des Preisvergleiches. Ziel ist es nicht, zu untersuchen, ob ein allfälliges Preisgefälle auf das beanstandete, wettbewerbswidrige Verhalten zurückzuführen ist. Der Vergleich dient vielmehr dazu, zu ermitteln, ob die Preise in anderen Ländern verglichen mit denen in der Schweiz tiefer sind und ob daher Importe aus anderen Ländern attraktiv waren. In diesem Zusammenhang ist es naheliegend, die Preise des Landes zu vergleichen, das laut Import- und Exportstatistik der Eidgenössischen Zollverwaltung der mit Abstand wichtigste Handelspartner ist (vgl. Jahresbericht der Eidgenössischen Zollverwaltung EZV, Analyse des schweizerischen Aussenhandels im Jahr 2011, S. 13, abrufbar unter <http://www.ezv.admin.ch/themen/04096/04101/04125/index.html?lang=de>; zuletzt besucht am 19. November 2015). Der Vergleich drängt sich umso mehr auf, als die Mehrheit der in Anhang XV der angefochtenen Verfügung erwähnten Anzeigen bzw. Bürgeranfragen sich auf den deutschen Markt bezieht. Auch 5 der 6 nach Veröffentlichung der angefochtenen Verfügung bei der Vorinstanz eingegangenen Anzeigen betreffen Importe aus Deutschland. Es ist somit nicht falsch, wenn die Vorinstanz zur Ermittlung des Arbitragepotenzials einen Preisvergleich mit dem Land vornimmt, welches der wichtigste Handelspartner der Schweiz ist und aus dem nachweislich mehrere Kunden versucht haben, zu importieren.

9.2.2.6

9.2.2.6.1 Das Bundesverwaltungsgericht gelangt demnach zum Schluss, dass der von der Vorinstanz in der

angefochtenen Verfügung vorgenommene Preisvergleich korrekt war. Die diesbezüglichen Vorbringen der Beschwerdeführerin sind zurückzuweisen. Darüber hinaus untersucht das Bundesverwaltungsgericht der Vollständigkeit halber, ob die Vorinstanz zu Recht auf ein erhebliches Arbitragepotenzial erkannt hat. Das ist im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen zu prüfen, wobei einleitend der Frage nachzugehen ist, auf welchen Kurs bei der Berechnung abzustellen ist. Die Beschwerdeführerin und ihre Gutachterin bringen vor, es sei auf den durchschnittlichen Wechselkurs der Europäischen Zentralbank im Januar des jeweiligen Jahres abzustellen, weil die verwendeten Listenpreise nur in diesem Monat erhoben worden seien. Der verwendete Kurs habe mit dem Zeitraum übereinzustimmen, zu welchem die verwendeten Listenpreise gültig gewesen seien. Die Vorinstanz entgegnet, massgebend sei nicht, wann die Listenpreise erhoben worden seien, sondern welche Importanreize für Endkonsumenten im Untersuchungszeitraum aufgrund des Preisunterschiedes bestanden hätten. Um das ganze Spektrum zu erfassen, habe die Vorinstanz auf den von der Schweizerischen Nationalbank publizierten höchsten, tiefsten und durchschnittlichen Wechselkurs zwischen Schweizer Franken und Euro im Zeitraum von Oktober 2010 bis Oktober 2011 abgestellt.

9.2.2.6.2 Unter dem Titel „Arbitrage“ wird ein Vergleich zwischen den Preisen in der Schweiz und denjenigen in Deutschland vorgenommen um zu ermitteln, ob für Endkunden mit Wohnsitz in der Schweiz ein Anreiz bestand, ein Fahrzeug der Marke BMW oder MINI in Deutschland zu erwerben. In der angefochtenen Verfügung wird in Rn. 195 ausgeführt, dass der Preisvergleich auf zwei Wechselkursen EUR/CHF basiere: zwischen Oktober 2010 und Oktober 2011 seien die Preise in der Schweiz und in Deutschland jeweils beim höchsten (1.38) und beim tiefsten Wechselkurs (1.04) miteinander verglichen und anschliessend ein Durchschnittswechselkurs von 1.25 EUR/CHF errechnet worden. Dieses Vorgehen erscheint dem Gericht schlüssig. Denn es zeigt sowohl die Bandbreite auf, innerhalb der sich die Preise im Untersuchungszeitraum bewegt haben, als auch die durchschnittlichen Preisunterschiede. Das ermöglicht es, einen umfassenderen Vergleich vorzunehmen, als - wie die Beschwerdeführerin und ihre Gutachterin vortragen - beim Vergleich auf den Wechselkurs abzustellen, der während 1 des insgesamt 12 Monate umfassenden Untersuchungszeitraums galt. Zudem hat die Vorinstanz als Schweizer Behörde richtigerweise die Preisunterschiede zwischen der Schweiz und Deutschland basierend auf den von der Schweizerischen Nationalbank publizierten Kurs errechnet. Das Heranziehen des von der Schweizerischen Nationalbank publizierten höchsten, tiefsten und durchschnittlichen Wechselkurses zwischen Schweizer Franken und Euro in der Periode Oktober 2010 bis Oktober 2011 durch die Vorinstanz ist demnach nicht zu beanstanden.

9.2.2.6.3 Anhand dieser Zahlen hat die Vorinstanz folgende Preisunterschiede für Neufahrzeuge der Marke BMW im relevanten Zeitraum ermittelt:

- Bei einem Kurs von 1.04 EUR/CHF seien die Preise in Deutschland zwischen 33 und 37 % bzw.

CHF 11'600.- bis CHF 68'500.- günstiger gewesen als in der Schweiz.

- Bei einem Kurs von 1.38 EUR/CHF seien die Preise in Deutschland zwischen 11 und 17 % bzw. CHF 4'300.- bis CHF 25'200.- günstiger gewesen als in der Schweiz.

Für Neufahrzeuge der Marke MINI haben sich im relevanten Zeitraum die nachstehenden Preisdifferenzen ermitteln lassen:

- Bei einem Kurs von 1.04 EUR/CHF seien die Preise in Deutschland zwischen 27 und 32 % bzw. CHF 6'100.- bis CHF 12'300.- günstiger gewesen als in der Schweiz.
- Bei einem Kurs von 1.38 EUR/CHF seien die Preise in Deutschland zwischen 3 und 10 % bzw. CHF 800.- bis CHF 3'700.- günstiger gewesen als in der Schweiz.

In der Folge hat die Vorinstanz die Preisunterschiede anhand des Durchschnittswchselkurses EUR/CHF im Zeitraum Oktober 2010 bis Oktober 2011 von 1.25 EUR/CHF berechnet. Sie gelangte zum Schluss, dass sich folgende Unterschiede feststellen lassen:

- Für Neufahrzeuge der Marke BMW seien die Preise in Deutschland um 20 bis 25 % bzw. CHF 7'000.- bis CHF 41'700.- günstiger gewesen als in der Schweiz.
- Für Neufahrzeuge der Marke MINI seien die Preise in Deutschland um 12 bis 18 % bzw. CHF 2'900.- bis CHF 6'900.- günstiger gewesen als in der Schweiz.

9.2.2.6.4 In der angefochtenen Verfügung wird in Rn. 198 weiter ausgeführt, die Europäische Kommission habe in Sachen Opel bereits Preisunterschiede von mehr als 12 % als Anreiz für Käufer angesehen, Parallelimporte zu tätigen (COMP/36.653 - Opel, ABl. L 59 vom 28. Februar 2001, S. 1, Rn. 141). Aufgrund der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin im Gegensatz zum Hersteller Opel in den hochpreisigen Märkten „Oberklasse“ und „Luxusklasse“ tätig sei, wo prozentuale Unterschiede in absoluten Zahlen um einiges höher ausfallen würden, sei in casu ein Vergleich der absoluten Zahlen angezeigt. Diese würden, wie dargelegt, ein erhebliches Arbitragepotenzial für Neufahrzeuge der Marke BMW aufzeigen. Das treffe auch auf Fahrzeuge der Marke MINI bei einem Wechselkurs von 1.04 EUR/CHF zu, nicht hingegen beim einem Kurs von 1.38 EUR/CHF.

9.2.2.6.5 Wie die oben dargestellten Zahlen belegen, bestand für Neufahrzeuge der Marke BMW im relevanten Zeitraum beim tiefsten Wechselkurs von 1.04 EUR/CHF ein Preisunterschied zwischen Deutschland und der Schweiz von 33 bis 37 % bzw. CHF 11'600.- bis CHF 68'500.-. Die Vorinstanz hat zu Recht angenommen, dass diese Zahlen ein erhebliches Arbitragepotenzial nachweisen. Das trifft auf die prozentualen wie auf die absoluten Zahlen zu. Auch gestützt auf den Durchschnittswchselkurs von 1.25 EUR/CHF lassen sich für Neufahrzeuge der Marke BMW beträchtliche Preisunter-

schiede von 20 bis 25 % bzw. CHF 7'000.- bis CHF 41'700.- feststellen. Bei einem Wechselkurs von 1.38 EUR/CHF ergibt der Höchstwert von 17 % in absoluten Zahlen eine Differenz von CHF 25'200.-, was ebenfalls einen bedeutenden Unterschied darstellt. Bei demselben Kurs beträgt der tiefste Wert 11 % bzw. CHF 4'300.- Unterschied. Während er um einiges tiefer ausfällt, deutet er dennoch auf einen gewissen Anreiz hin, Parallelimporte zu tätigen. Dafür spricht nicht nur die von der Vorinstanz zitierte Entscheidung der Europäischen Kommission in Sachen Opel, wo ein Preisunterschied von mehr als 12 % als Anreiz für Käufer angesehen wurde, Parallelimporte zu tätigen (vgl. auch COMP/F2-36.623, COMP/F2-36.820 und COMP/F2-37.275 SEP u.a./Automobiles Peugeot SA, ABl. L 173 vom 27. Juni 2006, S. 20, Rn. 132, wo aus einer Studie der Automobile Peugeot SA abgeleitet wird, dass „nach Auffassung von Automobiles Peugeot SA ein sehr niedriges Preisunterschiedsniveau erforderlich gewesen wäre, um den Verbraucher vom Kauf in einem anderen Mitgliedstaat abzuhalten.“, wobei Peugeot davon ausgegangen war, dass ab einem Unterschied von mehr als EUR 1'000.-, was bei den meisten Modellen 10 - 11 % und in der Luxusklasse 4 % Preisunterschied ausmachte, der Anreiz für den Kauf eines Fahrzeuges in einem anderen Land vorhanden war.). In Mercedes Benz wurde bereits eine Preisdifferenz von 7 % für Parallelimporte verantwortlich gemacht (vgl. COMP 36.264 PO/Mercedes Benz, ABl. L 257 vom 25. September 2002, S. 1, Rn. 37). Diese Entscheidung, welche eine Herstellerin betraf, die - wie die Beschwerdeführerin - in den Märkten der „Oberklasse“ und „Luxusklasse“ tätig ist, deutet darauf hin, dass mit Sicherheit ab 10 % Preisdifferenz von einem Arbitragepotenzial auszugehen ist. Demnach ist festzuhalten, dass für Neufahrzeuge der Marke BMW im relevanten Zeitraum ein beträchtliches Arbitragepotenzial existierte.

9.2.2.6.6 Für Neufahrzeuge der Marke MINI bestanden beim tiefsten Wechselkurs von 1.04 EUR/CHF ebenso eindeutige Preisdifferenzen zwischen der Schweiz und Deutschland wie für die Marke BMW. Hingegen war ein Import beim Wechselkurs von 1.38 EUR/CHF beim tiefsten Unterschied von 3 % bzw. CHF 800.- für Kunden in der Schweiz, wie in der angefochtenen Verfügung ausgeführt, wenig attraktiv. Beim gleichen Wechselkurs betrug der Höchstwert allerdings 10 % bzw. in absoluten Zahlen CHF 3'700.-. Wie in der vorangehenden Erwägung dargelegt, ist ab diesem Wert anzunehmen, dass ein gewisser Anreiz für Importe vorhanden war. Dies gilt umso mehr, wenn man im relevanten Zeitraum auf den Durchschnittswchselkurs 1.25 EUR/CHF abstellt. Neufahrzeuge der Marke MINI unterschieden sich im Preis in der Schweiz um 12 - 18 % bzw. CHF 2'900.- bis CHF 6'900.- im Vergleich zu Deutschland. Auch daraus ist ersichtlich, dass im relevanten Zeitraum ein Anreiz für Parallelimporte existierte.

9.2.2.7 Das Bundesverwaltungsgericht gelangt demnach zum Schluss, dass die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung zu Recht annahm, es habe insgesamt ein beträchtliches Arbitragepotenzial für Neufahrzeuge der Marke BMW und MINI im Zeitraum Oktober 2010 bis Oktober 2011 bestanden.

Auswirkungen auf die relevanten Märkte

9.2.3

9.2.3.1 Die Beschwerdeführerin wendet gegen die Untersuchung der Auswirkungen des Exportverbots ein, die Vorinstanz stelle zu stark auf Kriterien des Intra- und Interbrand-Wettbewerbs ab. Selbst wenn dieser beschränkt würde, würden Vertikalabreden bei funktionierendem Interbrand-Wettbewerb in der Regel keine schädlichen Auswirkungen zeitigen. Eine Beschränkung des Intra- und Interbrand-Wettbewerbs sei nur dann problematisch, wenn eines der an der Abrede beteiligten Unternehmen marktmächtig sei bzw. auf dem betroffenen Markt kein wirksamer Interbrand-Wettbewerb existiere.

9.2.3.2 Die Vorinstanz verweist im Wesentlichen auf die angefochtene Verfügung. In Rn. 305 derselben werden die Auswirkungen auf die relevanten Märkte dargelegt. Dabei wird einleitend festgehalten, es sei nachgewiesen, dass die Existenz der Exportverbotsklausel nach dem Grundsatz *pacta sunt servanda* ausgereicht habe, Vertriebspartner der Beschwerdeführerin im EWR von Importen in die Schweiz abzuhalten und damit die disziplinierende Wirkung durch Direkt- und/oder Parallelimporte einzudämmen bzw. zu unterbinden. Dies belegten die in Rn. 167 der angefochtenen Verfügung genannten Belege, wie (i) das Schreiben vom 12. Oktober 2010 an einen Kunden betreffend die Ablehnung eines Exportes in die Schweiz mit der Begründung der fehlenden EWR Mitgliedschaft der Schweiz sowie die sich daraus ergebende Nichtanwendung des Europäischen Wettbewerbsrechts (act. 2), (ii) die fehlende resp. ungenügende Bereitschaft der BMW AG, eine Mitteilung an die EWR Händler zu senden, (iii) die Vielzahl eingegangener Anzeigen von Endkunden innerhalb kurzer Zeit, (iv) die Aussage der Grosshändlerin [...], wonach BMW Händler in Deutschland nicht in die Schweiz lieferten; (v) die Umgehung der Exportverbotsklausel mittels Verkauf von jungen Gebrauchtfahrzeugen. Auch ein Vergleich mit den direkten Konkurrenten der Beschwerdeführerin, Audi und Mercedes, zeige, dass Parallelimporte be- bzw. verhindert worden seien. So sei der Direktimportanteil bei Audi von 4.59 auf 7.70 % im Jahr 2010 und auf 10.62 % im Jahr 2011 angestiegen. Mercedes habe im Jahr 2010 einen Anstieg von Direktimporten von 1.58 auf 1.91 % und im Jahr 2011 auf 3.43 % verzeichnet. Im Gegensatz dazu habe sich der Anteil bei der Beschwerdeführerin im Jahr 2010 lediglich von 0.91 auf 1.01 % und im Jahr 2011 auf 2.29 % erhöht. Dies obwohl im Jahr 2011 in allen Märkten durchschnittlich ein Direktimportanteil von 7.29 % bestanden habe. Schliesslich wird in der angefochtenen Verfügung festgehalten, dass sich das vertragliche Exportverbot nicht nur auf den markeninternen Preiswettbewerb auswirke. Auch der Qualitätswettbewerb erfahre durch das Verbot eine Einschränkung, da es Schweizer Kunden nicht möglich sei, Fahrzeuge in Deutschland zu kaufen, die eine andere Ausstattung aufwiesen bzw. bei denen die Abwahl einer Ausstattung möglich sei.

9.2.3.3 Das Bundesverwaltungsgericht stellt mit Verweis auf seine Ausführungen unter E. 9.1 fest, dass die pauschale Auffassung, wonach eine Wettbewerbsbeeinträchtigung durch vertikale Abreden bei funktionierendem Interbrand-Wettbewerb von vornherein auszu-

schliessen ist, abzulehnen ist. Der Inter- und/oder Intra- und Interbrand-Wettbewerb mag zwar einen Faktor darstellen, der die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung umstossen kann. Daraus kann allerdings nicht automatisch der Schluss gezogen werden, es liege überhaupt keine Wettbewerbsbeeinträchtigung vor (vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 „Gaba“ E. 11.3.3; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-463/2010 vom 19. Dezember 2013 „Gebro“ E. 11.3.5). Die Beschwerdeführerin ist daher mit diesem Vorbringen nicht zu hören. Auf die übrigen Kriterien in der angefochtenen Verfügung bezüglich der Auswirkungen des Exportverbots auf die relevanten Märkte ist nachfolgend einzugehen.

9.2.3.4 Es ist vorliegend erwiesen, dass die Beschwerdeführerin schriftlich mit ihren Händlern ein Exportverbot aus dem EWR sowie ein Parallelimportverbot in die Schweiz vereinbart hat. Die Beschwerdeführerin bringt allerdings vor, damit keine wettbewerbswidrigen Auswirkungen auf den relevanten Märkten bewirkt zu haben. Die Vorinstanz sieht es hingegen als erwiesen an, dass dies der Fall ist. Wie das Bundesverwaltungsgericht bereits in E. 9.1 festgehalten hat, führen Vereinbarungen wie die vorliegenden, durch welche aktive und passive Verkäufe in ein Territorium unterbunden werden (sog. absolute Gebietsschutzklauseln), zu einer erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs. Dies wird in casu umso mehr untermauert durch die von der Vorinstanz zusätzlich genannten Belege. So haben mehrere Schweizer Kunden sowohl die Existenz als auch die Einhaltung dieser Klauseln bestätigt (vgl. Anhang XV der angefochtenen Verfügung). Auch die befragte Grosshändlerin [...] hat in ihrer Eingabe vor der Vorinstanz ausgeführt: „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.“ (act. 83 S. 1). Schliesslich hat sich die Beschwerdeführerin schriftlich gegenüber der Redaktion der Sendung „Kassensturz“ zu ihrem Exportverbot wie folgt geäussert: „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. 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 Vertriebs-

partner sowohl im als auch ausserhalb des EWR. Die BMW Group verfügt auch in der Schweiz über ein dichtes, leistungsfähiges Vertriebsnetz mit 87 Handelsbetrieben“ (vgl. act. 2 S. 1). Damit hat die Beschwerdeführerin bestätigt, dass die Klauseln, welche das KG verletzen, nicht nur existieren, sondern auch umgesetzt werden. Nach dem Gesagten sind die in der angefochtenen Verfügung gezogenen Schlussfolgerungen zur Erheblichkeit der Abrede nicht zu beanstanden.

9.2.4.1 Die Beschwerdeführerin bringt vor, Ziff. 1.5. des Händlervtrages habe sich nicht auf die relevanten Märkte ausgewirkt, da sie nicht kausal für die angebliche Behinderung von Parallelimporten gewesen sei. Alleine aus den eingegangenen Anzeigen lasse sich nicht auf einen solchen Zusammenhang schliessen. Insbesondere die hohe Anzahl an Direktimporten belege, dass die Abrede keine Auswirkungen auf Importe gehabt habe. Das zeige sich umso mehr wenn man - wie von der Vorinstanz fälschlicherweise unterlassen - auch die Fahrzeuge berücksichtige, welche mit Tageszulassungen importiert worden seien. Allfällige Behinderungen bei Importen seien nicht auf die beanstandete Abrede, sondern auf andere Gründe wie logistische Hürden, staatliche Einfuhrbeschränkungen oder rechtliche Hemmnisse zurückzuführen.

9.2.4.2 Die Vorinstanz verweist auf die angefochtene Verfügung, wo sie in Rn. 167 und 309 auf diesen Punkt eingegangen ist. Sie hielt dazu fest, der Kausalzusammenhang sei insbesondere aufgrund der eingegangenen Anzeigen erstellt. Zwar treffe es zu, dass der Direktimport von Neufahrzeugen aus Deutschland mit einem gewissen Aufwand verbunden sei. Allerdings belege die Direktimportstatistik von Auto-Schweiz, dass trotz dieser Hürden zahlreiche Fahrzeuge importiert würden. Daher seien Behinderungen von Direktimporten in die Schweiz auf die Wettbewerbsabrede zurückzuführen.

9.2.4.3 Die Beschwerdeführerin trägt vor, die hohe Anzahl von Direktimporten zeige, dass Ziff. 1.5 des EWR Händlervtrages nicht kausal für allfällige Wettbewerbsbeschränkungen gewesen sein könne. Damit macht sie zum einen implizit geltend, dass diese Klausel nicht gelebt worden sei. Andererseits führt sie die geringen Parallelimportzahlen von BMW und MINI auf die von ihr genannten Importhürden zurück. Auf diese Vorbringen ist nachfolgend näher einzugehen.

9.2.4.4 Einleitend ist festzuhalten, dass nach Art. 4 Abs. 1 KG als Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen anzusehen sind, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Gefordert wird demnach ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken zwischen den Betroffenen. Dabei sind die rechtliche oder tatsächliche Form des Zusammenwirkens und die Durchsetzungsmöglichkeit unerheblich. Entscheidend ist einzig, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren (vgl. oben, E. 2.2.2). Der kartellrechtliche Begriff der Vereinbarung ist demnach breiter als der des zivilrechtlichen Vertrages. Das bedeutet umgekehrt, dass ein zivilrechtlicher Vertrag stets eine Vereinbarung im Sinne des Kartellgesetzes darstellt. Ein

solcher Vertrag wird durch übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien geschlossen, wobei dies ausdrücklich oder stillschweigend geschehen kann (Art. 1 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 [OR, SR 220]). Liegt ein schriftlicher Vertrag zwischen zwei oder mehreren Parteien vor, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der Vertragstext den Willen der Parteien widerspiegelt. Allerdings ist bei der Auslegung eines Vertrages der übereinstimmende wirkliche Wille massgebend und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise, welche von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wurde, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verschleiern (Willenstheorie; Art. 18 Abs. 1 OR). Wie die im Vertrag niedergelegte Willensäusserung zu verstehen ist, muss daher durch Auslegung ermittelt werden. Welchen Sinn sie hat, beurteilt sich nicht bloss nach ihrem Wortlaut, sondern auch nach dem Zusammenhang, in dem die Äusserung steht, sowie nach den gesamten Umständen, unter denen sie abgegeben worden ist (vgl. statt vieler BGE 101 II 325 E. 1). Kann der wirkliche Wille der Parteien nicht ermittelt werden, ist der Vertrag nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (BGE 133 III 675 E. 3.3).

9.2.4.5 Wenn ein schriftlicher Vertrag besteht, von dem auf den ersten Blick scheint, dass die Parteien ihn seit Jahren unhinterfragt leben, ist zunächst davon auszugehen, dass er die Parteien auch nach ihrem Willen bindet. Bringen in einem Kartellsanktionsverfahren die Vertragsparteien vor, der betreffende Vertrag bzw. die angeblich problematische Abrede sei nicht gelebt worden, ist diesem Vorbringen nicht leichthin zu folgen. Damit eine Abrede als ausser Kraft gesetzt angesehen werden kann, müssen zum einen Beweise vorliegen, dass die Parteien sie tatsächlich nicht gelebt haben. Als starkes Indiz für eine Ausserkraftsetzung dient eine schriftliche Vertragsaufhebung oder -anpassung, wobei diese klar und unzweideutig gegenüber den Vertragspartnern zu erfolgen hat. Nicht ausreichend sind beispielsweise allgemeine Vertragsklauseln, welche den Vertrag an die gegebenen Verhältnisse anpassen. Auch tatsächliche Handlungen können darauf hindeuten, dass die Parteien einen Vertrag oder eine Klausel desselben nicht mehr gelebt haben. Auf Passivverkaufsverbote angewendet bedeutet das, dass Passivverkäufe trotz Vorliegens einer solchen Klausel in einem ähnlichen Umfang stattgefunden haben müssen wie bei den Wettbewerbern der Parteien, die sich in einer vergleichbaren Wettbewerbssituation ohne Bindung durch ein Passivverkaufsverbot befanden. Es genügt nicht, dass einzelne Vertragspartner die Klausel gelegentlich gebrochen haben, insbesondere wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sich die Vertragsparteien grundsätzlich daran gehalten haben. Auf der anderen Seite dürfen keine Beweise vorliegen, welche auf die Einhaltung des Vertrages schliessen lassen. Es darf demnach nachweislich keine Behinderung von Passivverkäufen stattgefunden haben. Auch dürfen keine Aussagen der Vertragsparteien vorliegen, welche auf die Einhaltung des Vertrages hindeuten. Nachfolgend ist zu untersuchen, ob anhand dieser Faktoren gesagt werden kann, Ziff. 1.5 des EWR Händlervtrages sei nicht gelebt worden.

9.2.4.6 Gemäss Ziff. 1.5 des schriftlichen EWR Händlervtrages zwischen der Beschwerdeführerin und ihren

Vertriebspartnern im EWR ist Händlern im EWR der Verkauf von Neufahrzeugen der Marke BMW und MINI in die Schweiz untersagt. Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, dass der gesamte Händlervertrag nicht gelebt worden sei. Sie leitet allerdings aus den von ihr behaupteten Direktimporten ab, dass das in Ziff. 1.5 statuierte Passivverkaufsverbot nicht bestanden habe. Es kann offen bleiben, ob nebst den erstellten Direktimporten auch Käufe von Fahrzeugen mit Tageszulassungen zu berücksichtigen sind. Denn auch wenn Direktimporte ein Faktor sein können, welcher darauf hindeutet, dass eine Abrede nicht gelebt wurde, stellen sie nur ein Element von vielen dar, welches im Rahmen dieser Prüfung zu berücksichtigen ist. Sie führen daher nicht automatisch zur Annahme, dass Ziff. 1.5 des EWR Händlervertrages nicht mehr praktiziert wurde. Das gilt in casu umso mehr, als starke Beweise vorliegen, welche für die Einhaltung des Passivverkaufsverbots sprechen. So hat sich der Direktimportanteil bei der Beschwerdeführerin im Jahr 2010 lediglich von 0.91 auf 1.01 % und im Jahr 2011 auf 2.29 % erhöht, während dieser bei Audi von 4.59 auf 7.70 % im Jahr 2010 und auf 10.62 % im Jahr 2011 und bei Mercedes im Jahr 2010 von 1.58 auf 1.91 % und im Jahr 2011 auf 3.43 % angestiegen ist. Ferner haben in den schriftlichen Anzeigen zahlreiche Personen bestätigt, dass die Weigerung von Händlern im EWR, Neufahrzeuge der Beschwerdeführerin an Kunden mit Wohnsitz in der Schweiz zu verkaufen, jeweils mit Verweis auf das Exportverbot erfolgt sei (vgl. bspw. act. 1, 15, 58, aber auch die nach Veröffentlichung der angefochtenen Verfügung bei der Vorinstanz eingegangenen Anzeigen, so z.B. von [...] vom 24. Mai 2012, wo die deutsche BMW Verkaufsberaterin die Existenz des Exportverbotes bestätigt: „Leider ist es uns aufgrund unseres Händlervertrages nicht gestattet, in die Schweiz zu exportieren, es sei denn, das Auto würde auf eine deutsche Adresse zugelassen.“). Darüber hinaus hat die Grosshändlerin [...] ausgeführt: „Les concessionnaires nous expliquent que le fabricant leur interdisait la vente sous mandat à l'export vers la Suisse.“ (act. 83 S. 1). Bereits diese Elemente lassen den Schluss zu, dass die Beschwerdeführerin das Exportverbot gegenüber ihren Händlern durchsetzte. Hinzu kommt die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin selbst in ihrem Schreiben an den „Kassensturz“ schriftlich bestätigt hat, Ziff. 1.5 des EWR Händlervertrages gelebt zu haben, indem sie ausführte: „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. 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 Vertriebs-

partner sowohl im als auch ausserhalb des EWR. Die BMW Group verfügt auch in der Schweiz über ein dichtes, leistungsfähiges Vertriebsnetz mit 87 Handelsbetrieben“ (vgl. act. 2 S. 1). Die Vorbringen in den Anzeigen und der Eingabe [der Neumarkengrosshändlerin] belegen zusammen mit den Ausführungen der Beschwerdeführerin gegenüber der Reaktion der Sendung „Kassensturz“, dass das in Ziff. 1.5 des EWR Händlervertrages statuierte Passivverkaufsverbot umgesetzt wurde.

9.2.4.7 Die vorgenannten Elemente belegen auch, dass entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin nicht Importhürden der Grund für die tiefen Importzahlen von Fahrzeugen der Marken BMW und MINI sind. Wie erwähnt haben nämlich die Direktimportzahlen von Fahrzeugen bei anderen Marken im untersuchungsrelevanten Zeitraum zugenommen, während sie sich bei Fahrzeugen der Marken BMW und MINI vergleichsweise nur gering erhöht haben. Auch [...], für die als Grosshändlerin die genannten Importhürden einfacher zu bewältigen sind als für einen Endkunden, hat bestätigt, dass ihr der Import von Fahrzeugen der Marken BMW und MINI nicht gelungen sei, im Gegensatz zum Import von Fahrzeugen anderer Marken. Von den Konzessionären sei sie ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass die Beschwerdeführerin einen Export in die Schweiz nicht erlaube. Zudem zeigt die grosse Anzahl Anzeigen, dass zahlreiche Kunden bereit waren, trotz Importhürden einen Direktimport vorzunehmen. Damit ist die Behauptung, wonach die vergleichsweise tiefen Importzahlen für Fahrzeuge der Marken BMW und MINI auf logistische Hürden, staatliche Einfuhrbeschränkungen oder rechtliche Hemmnisse zurückzuführen seien, zurückzuweisen. Die Beschwerdeführerin ist daher mit ihren Rügen nicht zu hören.

9.3 Das Bundesverwaltungsgericht gelangt aufgrund der obigen Ausführungen zum Ergebnis, dass die im Rahmen der quantitativen Analyse untersuchten Kriterien den Schluss untermauern, wonach das Exportverbot eine den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG darstellt.

10. Rechtfertigungsgründe

10.

10.1 Den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abreden können gemäss Art. 5 Abs. 2 KG aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz gerechtfertigt werden, 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.

Diese Aufzählung der Rechtfertigungsgründe ist abschliessend. Zur Rechtfertigung genügt es, dass einer von ihnen gegeben ist (BGE 129 II 18 „Sammelrevers“ E. 10.3; vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts

B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 „Gaba“ E. 13: WEBER/VOLZ, a.a.O., S. 143). Die Prüfung der Rechtfertigungsgründe erfolgt stets im Einzelfall.

10.2 Die Beschwerdeführerin macht in ihrer Beschwerdeschrift nicht geltend, dass die vorliegende Abrede sich aus Effizienzgründen rechtfertigen lasse. Auch die Vorinstanz ist in der angefochtenen Verfügung zum Schluss gelangt, dass wirtschaftliche Effizienzgründe in casu nicht vorliegen. Indirekt können allerdings die Ausführungen der Beschwerdeführerin in act. 2 als eine Art Effizienzrechtfertigung verstanden werden, insofern sie vorträgt, das Exportverbot diene der Stärkung der Position ihrer Vertriebspartner sowohl im als auch ausserhalb des EWR. Indes kann dieses Argument nicht als zulässiger Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG angesehen werden. Rechtfertigend wirken nur solche Gründe, welche 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. Dabei dürfen sie den Unternehmen keine Möglichkeit zur Wettbewerbsbeseitigung eröffnen. Während das Exportverbot in casu sicherlich dazu führt, dass die Position der Vertriebspartner der Beschwerdeführerin gestärkt wird, kann nicht gesagt werden, diese Klausel sei notwendig, um den Vertrieb effizienter zu gestalten. Im Gegenteil führt die Gebietsabrede gerade zu einer Einschränkung der Bezugsmöglichkeiten von Produkten der Marke BMW und MINI und ist daher nicht gestützt auf Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigbar.

Zwischenfazit: Unzulässige Wettbewerbsabrede

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest, dass die Vorinstanz zu Recht angenommen hat, das zwischen der Beschwerdeführerin und ihren EWR Vertriebspartnern vereinbarte Exportverbot stelle eine unzulässige, den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG dar, welche sich nicht aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz rechtfertigen lasse. Die Beschwerdeführerin vermag mit ihren entsprechenden Rügen nicht durchzudringen.

11. Sanktionierung

11.

Nach 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 von bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen durch die Beteiligung an der Abrede erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen.

i. Sanktionierbarkeit von erheblichen Wettbewerbsabreden

11.1

11.1.1 Die Beschwerdeführerin bringt einleitend vor, eine Sanktionierung sei nur möglich, wenn eine Abrede vorliege, welche den wirksamen Wettbewerb beseitige. Gelingt es allerdings, die Vermutung der Wettbewerbs-

beseitigung umzustossen, sei die Auferlegung einer Sanktion ausgeschlossen. Das ergebe sich aus dem Wortlaut von Art 49a KG, dem Willen des Gesetzgebers sowie der nach Ansicht der Beschwerdeführerin überwiegenden Lehre.

11.1.2 Die Vorinstanz wiederholt in ihrer Vernehmlassung im Wesentlichen dasselbe wie in Rn. 321 der angefochtenen Verfügung. So führt sie aus, Art. 49a KG sehe das Aussprechen einer Sanktion bei Vorliegen einer unzulässigen Abrede vor und stelle somit nicht auf den Grad der Beschränkung des Wettbewerbs ab. Auch das Bundesgericht habe in BGE 135 II 60 „Maestro Interchange Fee“ festgehalten, dass Art. 49a KG die Möglichkeit direkter Sanktionen für die schädlichsten horizontalen und vertikalen wettbewerbsbeschränkenden Abreden vorsehe. Zudem entspreche dies auch dem Sinn und Zweck des Gesetzes, da die Revision 2003 insbesondere eine Verschärfung des Sanktionssystems zum Ziel gehabt habe. Schliesslich hätte der Gesetzgeber, wenn er nur den Wettbewerb beseitigende Abreden hätte sanktionieren wollen, dies auch für Fälle des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung vorsehen müssen. Aus all diesen Gründen sei die Sanktionierbarkeit von Abreden wie im vorliegenden Fall zu bejahen.

11.1.3 Das Bundesverwaltungsgericht hat sich in diesem Zusammenhang bereits mit der Auslegung von Art. 49a KG befasst (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 „Gaba“ E. 14.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-463/2010 vom 19. Dezember 2013 „Gebro“ E. 13.1). Es hat dabei festgehalten, dass nach dem Wortlaut von Art. 49a Abs. 1 KG Unternehmen für eine Beteiligung an einer „unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG“ gebüsst werden. Der Wortlaut der Norm nennt demnach nur die Vermutungstatbestände, was auf den ersten Blick gegen eine Sanktionierung sprechen würde. Allerdings verlangt Art. 49a KG keine den Wettbewerb beseitigende Abrede, sondern spricht von einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG. Auch der Titel des 1. Abschnittes, unter dem Art. 5 KG geregelt wird, lautet „Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen“. Sodann ist Art. 5 KG selbst mit „Unzulässige Wettbewerbsabreden“ übertitelt. Art. 49a KG geht zwar vom Wortlaut her von der Sanktionierbarkeit unzulässiger Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG aus. Das kann nach dem Ausgeführten allerdings auch so verstanden werden, dass Abreden erfasst werden, bei denen die Vermutung widerlegt werden kann, sofern es sich um eine unzulässige Gebietsabrede im Sinne des Gesetzes handelt.

11.1.4 Die Literatur ist sich uneinig in der Frage, ob eine Abrede nach Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG sanktionierbar ist. Der Teil der Lehre, der sich gegen die Sanktionierbarkeit ausspricht, argumentiert primär mit dem aus ihrer Sicht klaren Wortlaut von Art. 49a KG, der Botschaft KG 03, dem Legalitätsprinzip, dem Analogieverbot und dem Bestimmtheitsgebot (vgl. BORER, a.a.O., Art. 49a N. 8; LUCAS DAVID/RETO JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., Bern 2012, Rn. 766; CHRISTOF RIEDO/MARCEL ALEXANDER NIGGLI, in: BSK-KG, vor Art. 49a-53 N. 101 ff., alle m.w.H.). Auch wird auf die parlamentarischen Debatten verwiesen, aus denen sich weder ein Wille für die Sanktionierbarkeit erheblicher Wettbewerbsabreden noch eine angestrebte Gleichset-

zung des Schweizer Rechts mit dem EU-Recht erkennen liesse (siehe ZURKINDEN/TRÜEB, a.a.O., Art. 5 N. 11 m.w.H.). Der Teil der Lehre, der die Sanktionierbarkeit von den Wettbewerb erheblich beeinträchtigenden Abreden bejaht, argumentiert mit der Wirksamkeit des Gesetzes und dem Willen des Gesetzgebers unter dem Gesichtspunkt der „*police économique*“ (ROBERT ROTH/CHRISTIAN BOVET, in: *Commentaire Romand*, Art. 49a N. 10; siehe auch PETER REINERT, in: *Baker-Kommentar*, Art. 49a N. 8; beide m.w.H.). Da es beinahe unmöglich sei, eine Beseitigung sämtlichen Wettbewerbs nachzuweisen, könne die Vermutung praktisch immer umgestossen werden. Damit könnte kaum eine Abrede sanktioniert werden. Dies habe nicht dem Sinn der KG-Revision 2003 entsprochen (vgl. CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: *BSK-KG*, Art. 49a N. 6 ff. m.w.H.). Auch wird argumentiert, wenn bei der Frage der Sanktionierbarkeit auf den Gegenstand der Abrede abgestellt werde, statt auf ihre Wirkung auf den Wettbewerb, werde die Rechtssicherheit erhöht (vgl. ZÄCH, a.a.O., S. 535 f.).

11.1.5 Weil der Bundesrat mit der Revision das direkte Sanktionssystem nicht auf Vertikalabreden ausdehnen wollte, ist das Heranziehen der Botschaft KG 03 zu dieser Frage nicht zielführend. Erst im Parlament wurden die entsprechenden Bestimmungen ins Gesetz aufgenommen. Daher ist unter Rückgriff auf die Debatten in den Räten zu ermitteln, ob der Gesetzgeber auch für den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abreden ein direktes Sanktionssystem einführen wollte. Wie aus den Voten hervorgeht, sprach sich die Mehrheit der Parlamentarier für die Einführung direkter Sanktionen auch bei Vertikalabreden aus. Der Gedanke dahinter war, dass die Marktabschottung der Schweiz mittels Vertikalabreden verhindert werden sollte (siehe beispielsweise Voten von R. Genner, NR 2002 S. 1294; G. Bühner, NR 2002 S. 1293; R. Büttiker, SR 2003 S. 330). Die Minderheit wollte eine Formulierung für Art. 5 Abs. 4 KG finden, welche nicht zur Sanktionierbarkeit von sich positiv auf den Wettbewerb auswirkenden Vertikalabreden wie Service-, Ersatzteil- oder Garantieverträgen führen würde. Auch sollte verhindert werden, dass Selektivvertriebsverträge erfasst würden (vgl. Antrag Minderheit Spuhler und Antrag Triponez zu Art. 5 Abs. 4 KG, NR 2002 S. 1434). Aus diesem Grund wurde der Vermutungstatbestand in Art. 5 Abs. 4 KG auf Preis- und Gebietsabreden beschränkt (H. Raggenbass, NR 2002 S. 1436; siehe auch H. Fässler, welche die Einführung von Art. 5 Abs. 4 KG wie folgt erklärte: „Die Weko hat in ihrer Bekanntmachung vom 19. Februar 2002 zwar aufgeführt, was sie in diesem Bereich als erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen erachtet. Wenn nun die Vertikalabsprachen nicht ins Kartellgesetz aufgenommen würden, dann könnten auch keine direkten Sanktionen dagegen ergriffen werden. Deshalb hat die Mehrheit der Kommission diesem Zusatz [Art. 5 Abs. 4 KG] zugestimmt.“). Mit der Revision sollte ein Kartellgesetz geschaffen werden, welches der Vorinstanz die Möglichkeit geben würde, den Wettbewerb schädigende Gebiets- und Preisabreden direkt zu sanktionieren. Dass damit auch Abreden betroffen sind, bei denen die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung umgestossen werden kann, die den Wettbewerb aber erheblich beeinträchtigen, zeigt sich auch aus der Anwendung von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG. Da diese Bestim-

mungen selbst keine Rechtsfolge vorsehen, ergibt sich die Unzulässigkeit von Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG nur im Zusammenhang mit Art. 5 Abs. 1 KG. Auch ist der Lehrmeinung zuzustimmen, wonach durch das Abstellen auf die Wirkung einer Abrede bei der Frage der Sanktionierbarkeit Rechtsunsicherheit entstehen würde (vgl. ZÄCH, a.a.O., S. 535 f.). Diesfalls müssten nämlich Unternehmen ihre Abreden auf allfällige von ihnen ausgehende Wirkungen überprüfen, während beim Abstellen auf den Gegenstand der Abrede jedem Unternehmen beim Abschluss klar ist, mit welchen Rechtsfolgen es zu rechnen hat. All das spricht für eine Sanktionierbarkeit von den Wettbewerb erheblich beeinträchtigenden Abreden. Indirekt wird diese Auslegung auch durch BGE 135 II 60 „Maestro Interchange Fee“ gestützt, wo sich die Frage stellte, ob ein Unternehmen ein Interesse am Erlass einer Feststellungsverfügung i.S.v. Art. 49 Abs. 3 Bst. a KG hat. Die Vorinstanz war im Rahmen einer Vorabklärung zum Schluss gekommen, die gemeldete Abrede stelle eine erhebliche Wettbewerbsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG dar. In E. 3 wird festgestellt, der angefochtene Entscheid verletze kein Bundesrecht, aber „die Ausführungen der Beschwerdeführerinnen [seien] wegen der drohenden massiven Sanktionen von Art. 49a Abs. 1 KG verständlich“. Das Bundesgericht gelangte sodann zum Schluss: „Eine Verhaltensweise ist deshalb kartellrechtlich nur unzulässig und allenfalls direkt sanktionierbar, wenn sich tatsächlich erweist, dass eine den Wettbewerb beseitigende Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG vorliegt, die den Wettbewerb zumindest erheblich beeinträchtigt, ohne dass wirtschaftliche Effizienzgründe sie zu rechtfertigen vermöchten“ (BGE 135 II 60 „Maestro Interchange Fee“ E. 3.1.1 in fine). Das deutet darauf hin, dass auch das Bundesgericht von der Sanktionierbarkeit von Abreden ausgeht, welche den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen i.S.v. Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG.

11.1.6 Das Bundesverwaltungsgericht gelangt nach dem Gesagten zum Schluss, dass Abreden, welche den Wettbewerb nicht beseitigen und sich nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sanktionierbar sind nach Massgabe von Art. 49a Abs. 1 KG. Die Vorbringen der Beschwerdeführerin sind daher zurückzuweisen.

ii. Sanktionsbemessung

11.2

11.2.1 Die Beschwerdeführerin führt ferner aus, die Bemessung der Sanktion an sich sei fehlerhaft. Vorliegend hätte zur Bestimmung des maximalen Basisbetrages auf den Umsatz auf den relevanten Märkten abgestellt werden müssen. Dabei seien diejenigen Marktsegmente unberücksichtigt zu lassen, auf denen die Beschwerdeführerin aufgrund ihrer geringen Marktanteile keine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs bewirken könne, also die Märkte „Kleinwagen“, „Untere Mittelklasse“, „Obere Mittelklasse“ und „Luxusklasse“. Folglich belaufe sich der maximale Basisbetrag gestützt auf die Umsätze in den letzten drei Jahren im Markt „Oberklasse“ auf CHF [...]. Zum konkreten Basisbetrag macht die Beschwerdeführerin geltend, dieser müsse in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesverwal-

tungsgerichts auf 1 % des maximalen Betrages festgesetzt werden. Denn zum einen handle es sich aufgrund der tiefen Anzahl eingegangener Anzeigen um einen geringfügigen Verstoss. Auch die Vorinstanz habe in ihren Erläuterungen zur Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (Erläuterungen SVKG, abrufbar unter www.weko.admin.ch; zuletzt besucht am 19. November 2015) anerkannt, dass Vertikalabreden weniger schwer wiegen würden und dementsprechend weniger hoch zu sanktionieren seien. Schliesslich sei bei vorhandenem Interbrand-Wettbewerb ein nachhaltiger volkswirtschaftlicher Schaden durch eine Abrede nach ökonomischer These ausgeschlossen.

11.2.2 Die Vorinstanz trägt vor, die Argumente der Beschwerdeführer würden diejenigen in der Stellungnahme vom 13. Januar 2012 entsprechen. Sie verweist daher auf ihre Ausführungen in Rn. 348 ff. der angefochtenen Verfügung. An dieser Stelle hat die Vorinstanz einleitend ausgeführt, der Gesamtumsatz der Beschwerdeführerin mit Neufahrzeugen der Marke BMW und MINI haben in der Schweiz im Zeitraum 2008 bis 2010 CHF [...] betragen. In diesem Betrag seien After-Sales- und sonstige in der Schweiz erzielten Umsätze nicht enthalten. Die genaue Festsetzung des Maximalbetrags erübrige sich in casu, da die auszufällende Sanktion ohnehin tiefer als 10 % des in den letzten drei Jahren erzielten Umsatzes auf den relevanten Märkten und damit auch tiefer als die Maximalsanktion zu stehen komme. Die Vorinstanz hielt demnach fest, dass sich die Maximalsanktion im Sinne von Art. 49a KG vorliegend auf mindestens CHF [...] belaufe. Weil auf allen relevanten Märkten eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung habe festgestellt werden können, sei nicht - wie das die Beschwerdeführerin verlange - eine Segmentierung nach Märkten vorzunehmen. In einem weiteren Schritt wurde gestützt auf Art. 3 der Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen vom 12. März 2004 (KG-Sanktionsverordnung, SVKG, SR 251.5) die Obergrenze des Basisbetrags auf CHF [...] festgelegt. In Rn. 359 ff. der angefochtenen Verfügung wurde ferner die konkrete Sanktionsberechnung vorgenommen. Die Vorinstanz gelangte zum Schluss, dass das Verhalten der Beschwerdeführerin aufgrund folgender Punkte als mittelschwerer Gesetzesverstoss einzustufen sei: Erstens habe eine erhebliche Beeinträchtigung auf allen relevanten Märkten stattgefunden, wobei in Erwägung zu ziehen sei, dass das Ausmass der quantitativen Auswirkungen in gewissen Märkten aufgrund der Marktanteile kleiner gewesen sei als auf anderen. Zweitens habe die Exportverbotsklausel sämtliche BMW und MINI Händler im EWR umfasst und somit die Ausweichmöglichkeit von Schweizer Käufern beschränkt. Drittens hätten im Vergleich zu anderen Marken Direkt- und Parallelimporte nur in einem sehr geringen Ausmass stattgefunden. Viertens habe ein beträchtliches Arbitragepotenzial vorgelegen, welches nicht habe ausgeschöpft werden können. Und schliesslich sei sich die Beschwerdeführerin spätestens seit dem 24. November 2005 bewusst gewesen, dass das Exportverbot rechtswidrig sei. Trotzdem habe sie keine Vorkehrungen getroffen, ihr Verhalten anzupassen. Aufgrund dieser Überlegungen sei der Basisbetrag der Sanktion auf [4-7] % des in den letzten drei Geschäftsjahren auf den

relevanten Märkten erzielten Umsatzes bzw. auf CHF [...] festzusetzen. Ein Zuschlag für die Dauer der Abrede sei nicht zu erheben, da sich das Exportverbot insbesondere seit dem beträchtlichen Arbitragepotenzial ab Oktober 2010 erheblich auf den relevanten Märkten ausgewirkt habe.

11.2.3 Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, welches sich an einer unzulässigen Abrede beteiligt hat, mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. 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. Bei der Festsetzung der Sanktion ist zudem das Prinzip der Verhältnismässigkeit zu beachten (Art. 2 SVKG). Der maximale Basisbetrag der Sanktion beträgt gemäss Art. 3 SVKG 10 % des Umsatzes, der in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erwirtschaftet wurde. Bei der Festsetzung des konkreten Basisbetrages sind die Schwere und die Art des Verstosses zu berücksichtigen. Dieser Betrag kann aufgrund der Dauer des Wettbewerbsverstosses und bei Vorliegen von erschwerenden oder mildernden Umständen erhöht bzw. reduziert werden (Art. 3 - 6 SVKG).

11.2.4 Vorliegend hat die Vorinstanz darauf verzichtet, den genauen Betrag im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG festzulegen, da sie zum Schluss gelangte, dass die Sanktion tiefer als die Maximalsanktion zu stehen komme. Dies ist aus prozessökonomischen Gründen zulässig, insbesondere da Art. 49a Abs. 1 KG nicht zwingend die Berechnung der Maximalsanktion vorschreibt, sondern sich darauf beschränkt, die absolute Obergrenze für eine Sanktion festzulegen. Der in Art. 49a Abs. 1 KG statuierte Grundsatz wird durch die in der SVKG genannten Bemessungskriterien konkretisiert. Demnach hat die Bemessung der Sanktion den Umständen des Einzelfalles, dem Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV; Art. 2 Abs. 2 SVKG) und der Gleichbehandlung (Art. 8 BV) Rechnung zu tragen. Auszugehen ist vom Basisbetrag, der sich je nach Schwere und Art des Verstosses auf höchstens 10 % des Umsatzes in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz beläuft (Art. 3 SVKG). Diesen maximalen Basisbetrag hat die Vorinstanz in Rn. 363 der angefochtenen Verfügung richtigerweise auf CHF [...] berechnet. Denn wie sich aus act. 126 S. 2 f. ergibt, hat die Beschwerdeführerin auf den relevanten Märkten in den Jahren 2008, 2009 und 2010 einen Umsatz von CHF [...] erzielt. Das Vorgehen entspricht dem klaren Wortlaut der Norm und der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und ist nicht zu beanstanden (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 „Gaba“ E. 14.4.3). Insofern kann dem Argument der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wonach einzelne Marktsegmente, auf denen sie über tiefere Marktanteile verfügt, unberücksichtigt zu lassen seien. Denn zum einen steht es im Widerspruch zum Wortlaut der Norm. Zum anderen handelt es sich beim von der Beschwerdeführerin vorgetragenen Argument um einen Punkt, welcher in der konkreten Sanktionsbemessung allenfalls berücksichtigt werden kann, nicht

jedoch bei der Festlegung des maximalen Basisbetrages i.S.v. Art. 3 SVKG.

11.2.5 In einem weiteren Schritt ist zu ermitteln, um welche Art von Verstoss es sich in casu handelt. Die Vorinstanz hat dazu festgehalten: (i) es habe eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung auf allen relevanten Märkten stattgefunden; (ii) die Exportverbotsklausel habe sämtliche BMW und MINI Händler im EWR umfasst; (iii) im Vergleich zu anderen Marken hätten Direkt- und Parallelimporte nur in einem sehr geringen Ausmass stattgefunden; (iv) es habe ein beträchtliches Arbitragepotenzial bestanden; (v) die Beschwerdeführerin habe trotz des Wissens um die Rechtswidrigkeit des Exportverbots keine Vorkehrungen getroffen, ihr Verhalten anzupassen. Die Vorinstanz legte daher den Basisbetrag der Sanktion auf [4-7] % bzw. CHF [...] fest. Die Beschwerdeführerin plädiert hingegen für einen Basisbetrag in Höhe von 1 % des maximalen Sanktionsbetrages. Dies aufgrund (i) der geringen Anzahl eingegangener Anzeigen, (ii) des in der Lehre anerkannten Grundsatzes, wonach Vertikalabreden weniger schwer wiegen würden, und (iii) des vorhandenen Interbrand-Wettbewerbs.

11.2.6 Wie das Bundesverwaltungsgericht entschieden hat, zeigen der relativ weit gefasste Sanktionsrahmen und die allgemein gehaltenen Bemessungskriterien, dass der Gesetzgeber der Vorinstanz bei der Sanktionsbemessung einen erheblichen Ermessensspielraum einräumen wollte (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-463/2010 vom 19. Dezember 2013 „Gebro“ E. 13.3.4; s. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2977/2007 vom 27. April 2010 „Publigroupe“ E. 8.3.4; Botschaft KG 03, BBl 2002 2033). In casu hat die Vorinstanz bei ihrer Berechnung auf verschiedene Faktoren abgestellt. Dabei hat sie sowohl subjektive Verhaltensweisen der Beschwerdeführerin als auch objektive Tatsachen berücksichtigt. In subjektiver Hinsicht hat sie richtigerweise der Tatsache Rechnung getragen, dass die Beschwerdeführerin nichts unternahm, um den rechtswidrigen Zustand zu beenden, obwohl ihr dieser bekannt war. In objektiver Hinsicht ist festzustellen, dass die Exportverbotsklausel Direkt- und Parallelimporte behinderte bzw. erschwerte, was einen nicht unerheblichen Wettbewerbsverstoss darstellt. Zudem betraf die Abrede alle relevanten Märkte und sämtliche BMW und MINI Händler im EWR. Das zeigte sich auch dahingehend, dass trotz beträchtlichem Arbitragepotenzial Direkt- und Parallelimporte verglichen mit anderen Fahrzeugherstellern nur in einem sehr geringen Ausmass stattgefunden haben. Die Vorinstanz hat daher den Basisbetrag zu Recht auf [4-7] % des in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten erzielten Umsatzes bzw. auf CHF [...] festgelegt. Ein anderes Ergebnis lässt sich auch aus den von der Beschwerdeführerin vorgetragenen Punkten - namentlich die Anzahl Anzeigen, die Natur der Abrede und dem vorhandenen Interbrand-Wettbewerb - nicht ableiten. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ist nämlich die Anzahl eingegangener Anzeigen in der Tat als erheblich anzusehen. Das zeigt bereits ein Vergleich mit anderen Verfahren vor der Vorinstanz, wo regelmässig eine einzige Anzeige einging, die oftmals von einem Marktteilnehmer eingereicht wurde (vgl. z.B. Rotkreuz-Notrufsystem,

RPW 2013/1 S. 65; Verfügung vom 28. November 2011 in Sachen Nikon, noch nicht publiziert; Gaba, RPW 2010/1, S. 65; SIX, RPW 2011/1, S. 96 ff.). Dies im Gegensatz zum vorliegenden Verfahren, wo 16 Privatpersonen mit Wohnsitz in der Schweiz sich direkt bei der Vorinstanz gemeldet und mitunter umfangreiche Dokumentationen eingereicht haben. Des Weiteren kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn sie mit Verweis auf die Erläuterungen der Vorinstanz zum SVKG vorträgt, Vertikalabreden würden weniger schwer wiegen als andere Abreden. Die Beschwerdeführerin verkennt hier die in den Erläuterungen gemachte Aussage. Auf S. 3 wird nämlich - wie auch von der Beschwerdeführerin zitiert - festgehalten: „eine horizontale Wettbewerbsabrede, welche gleichzeitig die drei wichtigsten Wettbewerbsparameter (Preis, Menge, Gebiet) einschränkt, [ist] in der Regel schwerer zu gewichten als eine reine Gebietsabrede.“ Aus diesem Satz lässt sich nicht ableiten, dass die Vorinstanz Vertikalabreden als geringe Kartellverstösse beurteilt. Im Gegenteil wird hier nur ausgesagt, dass Horizontalabreden, welche die drei wichtigsten Wettbewerbsparameter betreffen, schwerer zu gewichten seien als Horizontalabreden, die einen der wichtigsten Parameter betreffen. Der Satz bezieht sich also nicht auf Vertikalabreden und sagt insbesondere nichts darüber aus, wie eine Vertikalabrede zu werten ist. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin sind Vertikalabreden, welche Gebiete zuweisen oder Preise fixieren, nicht als volkswirtschaftlich unbedenklich anzusehen. Das zeigt bereits die Tatsache, dass bei ihrem Vorliegen die Vermutung greift, wonach sie den wirksamen Wettbewerb beseitigen. Vertikale Gebietsabreden, welche Passivverkäufe unterbinden, gehören zu den schädlichsten Kartellvereinbarungen und sind nicht per se als geringfügige Kartellverstösse zu werten (vgl. auch oben, E. 9.1). Schliesslich kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn sie entgegen der herrschenden Praxis und Lehre behauptet, im Rahmen der Beurteilung der Schwere eines Verstosses sei der Interbrand-Wettbewerb zu prüfen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 „Gaba“ E. 14.4.3; vgl. auch TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, Art. 49a N. 51 ff.; ROTH/BOVET, in: Commentaire Romand, Art. 49a N. 28 ff.; MARTENET/HEINEMANN, a.a.O., S. 189; REINERT, in: Baker-Kommentar, Art.49a N. 41 ff.; BORER, a.a.O., Art. 49a N. 16, von denen keiner sich für die Berücksichtigung des Inter- oder Intra-brand-Wettbewerbs bei der Beurteilung der Schwere eines Wettbewerbsverstosses ausspricht.). Denn zum einen nennt sie weder ökonomische Thesen, welche diese Feststellung untermauern würden, noch die Rechtsprechung, auf welche sie sich bezieht. Auch der als „herrschende Lehre“ zitierte Aufsatz hält lediglich abstrakt fest, dass das Gefährdungspotenzial von harten Horizontalabreden im Vergleich zu harten Vertikalabreden kleiner sein „dürfte“ (vgl. PATRICK L. KRAUSKOPF/DOROTHEA SENN, Die Teilrevision des Kartellrechts - Wettbewerbspolitische Quantensprünge, in: sic! 2003/1, S. 12), und dient somit nicht als Beleg dafür, dass in der Lehre allgemein angenommen wird, harte Vertikalabreden stellten geringfügige Wettbewerbsverstösse dar. Zum anderen ist der Interbrand-Wettbewerb, wie ausgeführt, insbesondere bei der Prüfung der Widerlegung der Vermutung zu untersuchen

(vgl. oben E. 8; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 „Gaba“ E. 14.4.3).

11.2.7 Nach dem bisher Gesagten ist die Sanktionsbemessung der Vorinstanz im vorliegenden Verfahren nicht zu beanstanden. Im Folgenden ist zu untersuchen, ob sie auch unter dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit korrekt erfolgt ist.

iii. Rüge der Unverhältnismässigkeit der Sanktion

11.3

11.3.1 Die Beschwerdeführerin macht in diesem Zusammenhang geltend, der ausgesprochenen Sanktion fehle es an der Erforderlichkeit. Es sei in der Lehre anerkannt, dass eine Sanktion ihre präventive Wirkung bereits erfülle, wenn die erwartete Sanktion höher ausfalle als der Netto-Nutzen aus einem Kartellverstoss. Darüber hinaus bestehe zwischen den verfolgten öffentlichen Interessen und dem Eingriff in die Rechtsstellung der Beschwerdeführerin keine angemessene Zweck-Mittel-Relation. Weil Sanktionen in erster Linie für Wettbewerbsbehinderungen mit grossem wirtschaftlichem Schaden vorgesehen seien, und die Vorinstanz einen solchen nicht dargelegt habe, sei eine Sanktion in casu ausgeschlossen.

11.3.2 Die Vorinstanz führt aus, dass die Rügen der Beschwerdeführerin deckungsgleich seien mit denjenigen im vorinstanzlichen Verfahren. Sie verweist daher auf ihre Erläuterungen in der angefochtenen Verfügung. In Rn. 370 derselben wird festgehalten, die Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes sei ausdrücklich in Art. 2 Abs. 2 SVKG vorgesehen. Daher seien auch die in Art. 49a Abs. 1 Satz 3 und 4 KG sowie in Art. 3 bis 7 SVKG vorgesehenen Bemessungskriterien Ausdruck des Verhältnismässigkeitsprinzips. Das zeige sich durch das Abstellen auf den Umsatz auf den relevanten Märkten und auf die Art und Schwere des Verstosses, durch die Berücksichtigung der Dauer sowie von erschwerenden und mildernden Umständen und die Festlegung der maximalen Sanktion bei der Sanktionsberechnung. Zweck des Kartellrechts sei es nicht, mittels Sanktion ein Unternehmen in den Konkurs zu bringen. Diesbezüglich mache die Beschwerdeführerin jedoch keine Angaben und es würden auch aufgrund der öffentlich zugänglichen Informationen keine Anhaltspunkte bestehen, wonach die Sanktion sie in finanzielle Nöte bringen könnte. Nach der ratio legis sollten die direkten Sanktionen die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern. In casu bestimme sich die Sanktionsberechnung nach den in der Sanktionsverordnung vorgegebenen Leitlinien, trage den Umständen des Einzelfalles Rechnung, nehme gebührend Rücksicht auf das Verhältnismässigkeitsprinzip und stelle insgesamt sicher, dass die Sanktionsbemessung im Einzelfall nachvollziehbar sei. Demnach sei die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sichergestellt und würden Wettbewerbsverstösse präventiv verhindert, womit der Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeitsprüfung im engeren Sinne Genüge getan sei.

11.3.3 Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz ist Verfassungsrecht (Art. 5 Abs. 2 BV; vgl. zur Einschränkung von Grundrechten Art. 36 Abs. 3 BV). Er wird zudem aus-

drücklich in Art. 2 Abs. 2 SVKG statuiert. Darüber hinaus findet sich dieser Gedanke in den weiteren Bestimmungen zur Sanktionsbemessung. Der Gesetzgeber setzt einen klaren Rahmen voraus, innerhalb welchem die Bemessung zu erfolgen hat. Innerhalb dieses Rahmens sind bei der konkreten Berechnung je nach Einzelfall verschiedene Faktoren zu berücksichtigen. Zu beachten sind die Dauer des Wettbewerbsverstosses und allfällige mildernde oder erschwerende Umstände. Diese Vorschriften sind Ausdruck des Verhältnismässigkeitsprinzips. Darüber hinaus hat die Vorinstanz im Rahmen der konkreten Sanktionsbemessung nebst den genannten Faktoren auch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit selbständig zu beachten. Insofern hat sie zu prüfen, ob die auszusprechende Sanktion geeignet ist, um das angestrebte Ziel zu erreichen, ob die Sanktion erforderlich ist (also nicht über das Notwendige hinausgeht), und schliesslich ob sie zumutbar ist, d.h. ob der Zweck und die Wirkung der staatlichen Massnahme in einem angemessenen Verhältnis stehen.

11.3.4 Die Beschwerdeführerin wendet insbesondere ein, es fehle am Merkmal der Erforderlichkeit, weil die Sanktion weit über das hinausgehe, was zur Abschöpfung der Kartellrente notwendig sei. Darüber hinaus sei die Sanktion unangemessen, da hohe Beträge in erster Linie für Wettbewerbsbehinderungen mit grossem wirtschaftlichem Schaden vorgesehen seien, und nicht für Vertikalabreden. Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest, dass die Beschwerdeführerin sich auf die Behauptung beschränkt, die Sanktion falle deutlich höher als die Kartellrente aus, ohne dass sie dazu Zahlen vorbringt. Insbesondere reicht die Beschwerdeführerin keine Angaben ein, wie hoch oder tief ihres Erachtens die Kartellrente ausgefallen ist und warum die vorliegende Sanktion diese angeblich um einiges übersteigt. Dies dürfte, wie in Rn. 368 der angefochtenen Verfügung festgehalten, kaum exakt geschätzt werden können. Ausserdem kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn sie behauptet, eine Kartellsanktion habe unter dem Aspekt der Erforderlichkeit nur die Kartellrente abzuschöpfen. Hält man sich das Ziel der direkten Sanktionen vor Augen, namentlich die Erhöhung der Präventivwirkung des Wettbewerbsrechts, so muss eine Sanktion im konkreten Fall mindestens diese Rente abschöpfen. Zum Argument der fehlenden Angemessenheit der Sanktion ist festzuhalten, dass entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin absolute Gebietsschutzabreden nicht als harmlos einzustufen sind. Im Gegenteil statuiert das Gesetz bei ihrem Vorliegen die Vermutung, dass sie den wirksamen Wettbewerb beseitigen. Insofern kann nicht pauschal gesagt werden, dass diese Art von Abreden grundsätzlich mit einer tiefen Sanktion zu belegen wären. Diese Auslegung würde auch dem Gedanken der Sanktionsbemessung diametral entgegenstehen, würde sie doch keine an den Einzelfall angepasste Festsetzung der Sanktion erlauben. Auch aus dem von der Beschwerdeführerin zitierten Votum von NR Fässler kann nicht abgeleitet werden, dass der Gesetzgeber die Sanktionierung von Gebietsabreden möglichst tief ansetzen wollte. Im Gegenteil spricht NR Fässler im Zusammenhang mit Gebietsaufteilungen von „Fällen, die grosse Schwierigkeiten machen und die man untersuchen muss, weil hier wirklich kartellgesetzwidrige Dinge vorliegen könnten.“ (Votum NR H. Fässler, AB 2002 N

1440). Ausserdem ist das von der Beschwerdeführerin genannte Zitat unvollständig. Liest man die vollständigen Ausführungen, lässt sich daraus kein Wille ableiten, Sanktionen für Gebietsabreden tief zu bemessen. Die Nationalrätin führt nämlich an entsprechender Stelle aus: „Aufgrund unserer Hearings ist es klar, dass Sanktionen drakonisch sein müssen. Sie müssen abschreckend wirken. Es geht hier nicht um die Vernichtung von Unternehmen, die sich nichts zuschulden kommen liessen, sondern es geht um harte Sanktionen von Wettbewerbsbehinderungen mit grossem volkswirtschaftlichen Schaden. Das ist hier klar zu sagen. Diese Sanktionen sollen vor allem präventiv wirken.“ (Votum NR Fässler, AB 2002 N 1452). Dass Gebietsabreden in der Tat als schwerwiegende Kartellabreden einzustufen sind, hat das Bundesverwaltungsgericht bereits verschiedentlich im vorliegenden Urteil festgehalten (vgl. statt vieler E. 9.1). Schliesslich deuten auch die auf der Website der Beschwerdeführerin publizierten Umsatzzahlen nicht darauf hin, dass die Sanktion unverhältnismässig hoch ausgefallen ist (abrufbar unter http://www.bmwgroup.com/bmwgroup_prod/d/0_0_www_bmwgroup_com/investor_relations/finanzberichte/ueberblick.shtml; zuletzt besucht am 19. November 2015).

11.3.5 Angesichts der vorstehenden Ausführungen ist die Sanktionsbemessung auch unter dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit korrekt erfolgt.

iv. Rüge der Missachtung mildernder Umstände

11.4

11.4.1 Zur Sanktionsbemessung macht die Beschwerdeführerin schliesslich geltend, es gehe nicht an, ihre Kooperation im vorinstanzlichen Verfahren zu ignorieren. Insbesondere könne durch das Fehlen einer Selbstanzeige nicht auf mangelhafte Mitarbeit der Beschwerdeführerin geschlossen werden. Das ergebe sich bereits aus dem Grundsatz, wonach sich niemand selbst belasten müsse, vor allem wenn er nichts Unrechtes getan habe. Ferner sei zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin vor Erlass der Verfügung gegenüber den EWR Vertragshändlern eine Klarstellung versandt habe, wonach die Schweiz insbesondere mit Blick auf Ziffer 1.5 ausdrücklich als Teil des EWR zu betrachten sei. Bereits in Sachen „Publigroupe“ habe die Vorinstanz entschieden, dass die Kooperationsbereitschaft eines Unternehmens auch zu berücksichtigen sei, wenn sie kurz vor Abschluss des Verfahrens erfolge. Aufgrund dieser Tatsachen sowie den fortlaufenden Compliance-Bemühungen der Beschwerdeführerin sei der Basisbetrag um 50 % bzw. CHF [...] zu kürzen. Die Gesamtsanktion dürfe demnach den Betrag von CHF [...] nicht übersteigen.

11.4.2 Die Vorinstanz führt aus, die Rügen der Beschwerdeführerin seien deckungsgleich mit denjenigen im vorinstanzlichen Verfahren. Sie verweist daher auf ihre Erläuterungen in der angefochtenen Verfügung. In Rn. 381 derselben wird festgehalten, die Beschwerdeführerin habe weder eine Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG eingereicht noch ihre Verhaltensweise nach Eröffnung der Untersuchung aufgegeben. Die erst kurz vor Verfahrensabschluss erfolgte Mitteilung an die Händler habe die Gebietsabrede nicht zu beenden vermögen. Ferner habe keine über die allgemeine Auskunfts- und

Mitwirkungspflicht nach Art. 40 KG hinausgehende Kooperation der Beschwerdeführerin während des Verfahrens festgestellt werden können. Auch sei keine einvernehmliche Regelung über die Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung für die Zukunft abgeschlossen worden. Die Kooperation der Beschwerdeführerin während des Verfahrens sei insgesamt als neutral zu bezeichnen und habe im Rahmen ihrer gesetzlichen Pflichten gelegen. Zu den behaupteten Compliance-Bemühungen wird in der angefochtenen Verfügung ausgeführt, die Beschwerdeführerin habe trotz Kenntnis der kartellrechtlichen Problematik im Zusammenhang mit Exportverbotsklauseln die Verträge im EWR nicht angepasst. Das zeuge nicht von ausreichenden Bemühungen, sich an das Schweizer Recht zu halten. Ausserdem sei die Überprüfung der EWR Händlerverträge durch die Europäische Kommission im Rahmen einer durch den Europäischen BMW Händlerverband eingeleiteten Untersuchung erfolgt und sei nicht auf Compliance-Bemühungen der Beschwerdeführerin zurückzuführen. Da ansonsten weder mildernde noch erschwerende Umstände vorliegen würden, sei keine weitere Anpassung des Sanktionsbetrags vorzunehmen.

11.4.3 Die Beschwerdeführerin macht in casu zwei mildernde Umstände geltend, die zu berücksichtigen seien: zum einen ihre Kooperationsbereitschaft und zum anderen ihre Compliance-Bemühungen. Die Kooperationsbereitschaft leitet sie insbesondere daraus ab, dass sie (i) vor Erlass der angefochtenen Verfügung eine Klarstellung an die Händler im EWR versandt habe, und (ii) stets auf erstes Verlangen der Vorinstanz an der Untersuchung mitgewirkt habe. Ausserdem hält sie fest, dass aus einer fehlenden Selbstanzeige keine mangelnde Kooperationsbereitschaft ihrerseits abgeleitet werden könne, da keine Pflicht zur Selbstbelastung bestehe. Zu letzterem Argument ist festzuhalten, dass das Prinzip der Selbstanzeige im Kartellgesetz eine Besonderheit darstellt. Diese Bonusmeldung soll den an einem Kartell beteiligten Unternehmen Anreize verschaffen, durch Selbstanzeige und Kooperation das Kartell aufzudecken (BBl 2002 2028). Insofern kann zwar nicht aus dem Fehlen einer Selbstanzeige auf einen schwereren Verstoss geschlossen werden. E contrario ist aber eine solche Anzeige mildernd zu berücksichtigen (vgl. Art. 49a Abs. 2 KG). Liegt demnach keine Selbstanzeige vor, kann die Beschwerdeführerin aus Art. 49a Abs. 2 KG nichts zu ihren Gunsten ableiten. Die Vorinstanz hat demnach in ihrer Sanktionsbemessung das Fehlen einer Anzeige zu Recht weder mildernd noch erschwerend berücksichtigt.

11.4.4 Als nächstes ist das Argument, wonach die Klarstellung der Beschwerdeführerin gegenüber ihren EWR Händlern mildernd zu beachten sei, zu untersuchen. Diese Mitteilung erfolgte am 20. April 2012 an die deutschen BMW und MINI Händler sowie an die Vertriebsstochtergesellschaften in den übrigen EWR Ländern (act. 186) und lautet wie folgt:

„[...]“

Zu dieser Mitteilung ist festzuhalten, dass daraus nicht hervorgeht, ob das Exportverbot aufgehoben wurde. Vielmehr wird darin nur statuiert, [...]. Ob das auch zur Folge hat, dass Händler im EWR in die Schweiz aus-

drücklich verkaufen dürfen, wird nicht klar. Insofern unterscheidet sich diese Mitteilung klar von einer einvernehmlichen Regelung, wie sie in „Publigruppe“ abgeschlossen wurde. Angesichts der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin zum Zeitpunkt des Versands dieses Schreibens bereits wusste, dass die Vorinstanz das Exportverbot als problematisch ansah, hätte sei unmissverständlich ihren Händlern im gesamten EWR mitteilen müssen, dass ein Export von Neufahrzeugen der Marken BMW und MINI aus dem EWR in die Schweiz jederzeit möglich sei und unter keinen Umständen behindert werden dürfe. Von einem Unternehmen wie der Beschwerdeführerin, welche gemäss eigenen Angaben umfangreiche Compliance-Bemühungen angestellt hat, darf der Versand einer so ausdrücklichen Mitteilung erwartet werden. Ferner deutet auch das übrige Verhalten der Beschwerdeführerin nicht auf eine übermässige Kooperationsbereitschaft hin. Zwar trifft es zu, dass sie auf Verlangen der Vorinstanz an der Untersuchung mitgewirkt hat. Allerdings ist dieses Verhalten nicht besonders in der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen. Denn die Beschwerdeführerin trifft nicht nur aufgrund von Art. 13 VwVG eine Mitwirkungspflicht. Auch das Kartellgesetz statuiert in Art. 40, dass Beteiligte an Wettbewerbsabreden alle erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen haben. Wenn die Beschwerdeführerin vorträgt, sie habe auf Verlangen der Vorinstanz jeweils die geforderten Unterlagen eingereicht, macht sie nichts anderes geltend, als dass sie ihrer gesetzlich vorgeschriebenen Kooperationspflicht nachgekommen ist. Ein solches Verhalten ist, wie die Vorinstanz zu Recht ausgeführt hat, nicht mildernd anzuerkennen.

11.4.5 Schliesslich ist auf das Vorbringen der Beschwerdeführerin einzugehen, wonach die Sanktion aufgrund ihrer fortlaufenden Compliance-Bemühungen zu reduzieren sei. Insofern stellt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass die Beschwerdeführerin es unterlassen hat, ihre behaupteten Compliance-Bemühungen zu belegen, sondern sich darauf beschränkt, diese Behauptung aufzustellen. Grundsätzlich werden Argumente, welche sich nur durch Unterlagen der Beschwerdeführerin selbst beweisen lassen und zu deren Nachweis keine Dokumente durch die Beschwerdeführerin eingereicht werden, vom Bundesverwaltungsgericht als unbelegt zurückgewiesen (vgl. hierzu Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-463/2010 vom 19. Dezember 2013 „Gebro“ E. 8.2.4 ff.). Allerdings geht im vorliegenden Fall aus Rn. 381 ff. der angefochtenen Verfügung hervor, dass die Beschwerdeführerin dieses Argument bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorgetragen hat. An dieser Stelle findet sich eine etwas ausführlichere Begründung. So hat die Beschwerdeführerin vorgetragen, ihre umfassenden Compliance Bemühungen zeigten sich aufgrund von zwei Tatsachen: zum einen sei der EWR Händlervertrag von der Europäischen Kommission zwischen 2003 und 2005 eingehend geprüft und hinsichtlich der genannten Ziffer 1.5 nicht beanstandet worden. Zum anderen seien die Schweizer Händlerverträge der Vorinstanz gemeldet und als zulässig qualifiziert worden. Hierzu ist festzuhalten, dass es für das Bundesverwaltungsgericht unerheblich ist, ob die Europäische Kommission die EWR Händlerverträge auf ihre Kompatibilität mit Europäischem Recht überprüft hat. Massgebend ist

für das Gericht, ob die Beschwerdeführerin die Rechtmässigkeit ihrer EWR Händlerverträge hinsichtlich des Schweizer Rechts hat abklären lassen. Das kann nicht daraus abgeleitet werden, dass die Europäische Kommission die Verträge untersucht hat. Sodann hat die Beschwerdeführerin auch der Europäischen Kommission die EWR Händlerverträge nicht aus Compliance-Überlegungen vorgelegt, sondern weil gegen sie eine Anzeige einging und sie im darauffolgenden Verfahren verpflichtet war, diese einzureichen (vgl. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-06-302_de.pdf; zuletzt besucht am 19. November 2015). Schliesslich kann auch in der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin die Schweizer Händlerverträge der Vorinstanz vorgelegt hat, kein Sanktionsmilderungsgrund erblickt werden. Denn zum einen geht es vorliegend um die Frage, ob ihre Compliance-Bemühungen hinsichtlich der Beurteilung des Exportverbotes im EWR Vertrag zu berücksichtigen sind. An dieser Beurteilung ändert es nichts, dass die Beschwerdeführerin andere Verträge, also die Schweizer Händlerverträge, der Vorinstanz eingereicht hat. Zum anderen kann das Einreichen der Schweizer Verträge gestützt auf die Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 sowie Ziff. 18 Abs. 2 der KFZ-Bekanntmachung nicht als fortlaufende Compliance-Bemühungen angesehen werden, welche zu einer Sanktionsminderung führen.

11.4.6 Demnach ist die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen, dass in casu keine mildernden oder erschwerenden Umstände vorliegen. Da die Beschwerdeführerin insgesamt mit ihren Vorbringen zur Sanktionsbemessung nicht durchzudringen vermag, sind ihre diesbezüglichen Rügen zurückzuweisen.

12. Fazit: Abweisung der Beschwerde

12.

Das Bundesverwaltungsgericht gelangt nach dem Gesagten zum Schluss, dass die Vorinstanz der Beschwerdeführerin zu Recht gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG eine Sanktion in Höhe von CHF 156'868'150.- auferlegt hat für eine unzulässige Wettbewerbsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG. Die Beschwerde vom 22. Juni 2012 ist demnach abzuweisen.

13. Kosten und Entschädigung

13.

13.1 Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt in der Entscheidformel die Verfahrenskosten, bestehend aus Spruchgebühr, Schreibgebühren und Barauslagen, in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]; Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden gemäss Art. 63 Abs. 2 VwVG Vorinstanzen auferlegt. Die Verfahrenskosten setzen sich zusammen aus der Gerichtsgebühr (also den Kosten für das Kopieren von Rechtsschriften und dem für Dienstleistungen normalerweise anfallenden Verwaltungsaufwand) und den Auslagen (insbesondere den Kosten für Übersetzungen und für die Beweiserhebung; vgl. Art. 1 VGKE).

13.2 Die Beschwerdeführerin ist mit ihrer Beschwerde vom 22. Juni 2012 unterlegen. Sie hat demnach die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 63 Abs. 5 VwVG sowie Art. 1 Abs. 1 VGKE). Angesichts des ausgewiesenen Vermögensinteresses der vorliegenden Streitigkeit (Sanktionsbetrag von CHF 156'868'150.- sowie vorinstanzliche Verfahrenskosten in Höhe von CHF 205'881.60 zu Lasten der Beschwerdeführerin) sind die Verfahrenskosten streitwertabhängig auf CHF 50'000.- festzusetzen (Art. 2 Abs. 1 VGKE i.V.m. Art. 4 VGKE). Nach Rechtskraft des Urteils ist der geleistete Kostenvorschuss in Höhe von CHF 50'000.- zur Bezahlung der Verfahrenskosten zu verwenden. Unter diesen Umständen wird auf das Zusprechen einer Parteientschädigung verzichtet (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde vom 22. Juni 2012 wird abgewiesen.

2.

Die Kosten des vorliegenden Verfahrens werden auf CHF 50'000.- festgesetzt. Nach Rechtskraft des Urteils wird der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss in Höhe von CHF 50'000.- zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 22-0408; Gerichtsurkunde)

[Rechtsmittelbelehrung]

B 3	2. Arrêt du 17 décembre 2015 Cartels – sanction / articles de sport
-----	----------------------------------------------------------------------------

Arrêt B-5685/2012 du Tribunal administratif fédéral, Cour II, du 17 décembre 2015 en l'affaire Altimum SA, représentée par [...] contre Commission de la concurrence COMCO, à Berne. Objet: Cartels – sanction / articles de sport.

Faits :**A.**

Roger Guenat SA, sise à Palézieux (VD) et administrée par Roger Guenat, est une société importatrice d'articles de sports de montagne destinés à un usage de loisirs. Elle fournit l'ensemble des produits destinés aux activités sportives dites «verticales» (alpinisme, spéléologie, parcs aventure, etc.), à savoir des lampes frontales, harnais, cordes, casques, piolets et crampons, à l'exception des articles textiles. Elle distribue ces produits au travers d'un réseau de 333 revendeurs indépendants dans le domaine «sport» en Suisse. Il s'agit principalement de magasins de sport généraux ou spécialisés dans les sports de montagne. Les principales marques distribuées par Roger Guenat SA sont Petzl (fabricant principal), Beal, Entreprises, Ortovox et Boreal.

Les revendeurs de Roger Guenat SA sont regroupés en trois catégories. La première catégorie comprend les clients clés (Key Accounts), avec lesquels elle réalise un chiffre d'affaires annuel moyen d'environ 60'000 francs. Ceux-ci sont notamment la Fédération des coopératives Migros, Dosenbach-Ochsner AG Schuhe und Sport, Athleticum Sportmarkets AG (ci-après: Athleticum), Bächli Bergsport AG (ci-après: Bächli) et Eiselin Sport AG. La deuxième catégorie regroupe les revendeurs dits «revendeurs 50», avec lesquels Roger Guenat SA totalise plus de 10'000 francs de chiffre d'affaires par année. La troisième catégorie de revendeurs, dits «revendeurs 43», sont ceux avec lesquels l'importatrice réalise moins de 10'000 francs de chiffre d'affaires par année. Roger Guenat SA compte environ 21 clients clés et 80 «revendeurs 50», lesquels représentent ensemble plus de 60 % de son chiffre d'affaires «sport».

A.a Le 18 septembre 2009, C., titulaire de la raison individuelle WAX.CH, a contacté le Secrétariat de la Commission de la concurrence Comco (ci-après: le secrétariat) afin de dénoncer une violation supposée de la loi sur les cartels par l'un de ses fournisseurs, Roger Guenat SA. Il a indiqué que celle-ci lui avait imposé des prix de revente minimaux et avait cessé de le livrer car il ne les respectait pas. Il a également transmis au secrétariat des échanges de courriels qu'il a entretenus avec le grossiste.

A.b Le 12 octobre 2009, le secrétariat a adressé une demande de renseignements à Roger Guenat SA dans le cadre d'une observation de marché. Il a également fait parvenir des questionnaires, les 13 et 23 novembre 2009, à une vingtaine de revendeurs des marques distribuées par Roger Guenat SA. Il a reçu 10 réponses.

B.

B.a Le 19 mai 2010, le secrétariat a, d'entente avec un membre de la présidence de la Comco, ouvert une enquête à l'encontre de Roger Guenat SA. Elle visait à déterminer si celle-ci avait passé avec des revendeurs indépendants un accord illicite, selon lequel les articles de sports de montagne destinés aux clients finaux ne devaient pas être revendus en dessous d'un prix minimum. Le même jour, le siège de la société a été perquisitionné; des documents ont été saisis et des copies de supports électroniques effectuées. Conformément à la pratique des autorités suisses et européennes de la concurrence, l'enquête n'a pas été étendue aux revendeurs de Roger Guenat SA pour le motif que celle-ci a été considérée comme la véritable auteure du comportement en cause.

B.b Roger Guenat a été entendu par le secrétariat en date des 11 juin et 5 octobre 2010.

B.c En janvier 2011, la société Roger Guenat SA a été vendue à Frédéric Salamin, ancien collaborateur de celle-ci, qui en est devenu l'unique propriétaire. A la suite du changement de direction, l'entreprise a pris la raison sociale de Altimum SA (ci-après: la recourante). Le système de distribution des produits de la marque Petzl a également été modifié; Altimum SA est devenue agente pour la marque Petzl, alors que Roger Guenat SA en était jusqu'alors l'importatrice générale.

B.d Après avoir encore procédé à d'autres actes d'enquête, le secrétariat a fait parvenir à la recourante, le 19 mars 2012, sa proposition, sur laquelle la recourante s'est déterminée par courrier du 4 juin 2012. En substance, elle a relevé que le système de distribution mis en place par Roger Guenat SA avec ses revendeurs ne pouvait être qualifié d'accord vertical sur les prix au sens de l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels et que, dans l'hypothèse où une telle qualification serait néanmoins retenue, la présomption de suppression de la concurrence efficace serait renversée sur chacun des marchés visés; la concurrence ne serait notablement affectée, au sens de l'art. 5 al. 1 de la loi, que sur le marché des lampes frontales, compte tenu de la position qu'y occupe Roger Guenat SA. Dite affectation serait toutefois justifiée par les services offerts aux clients par les revendeurs.

B.e Le 2 juillet 2012, la recourante a été entendue par la Comco (ci après: l'autorité inférieure). Elle a rappelé que les prix de revente établis ne revêtaient qu'un caractère indicatif, que les revendeurs n'avaient jamais été menacés de représailles ni sanctionnés par un arrêt des livraisons en cas de non-respect de ceux-là, la situation du revendeur C. constituant un cas unique et isolé.

C.

Le 20 août 2012, l'autorité inférieure a rendu la décision suivante:

- «1. Les accords entre Roger Guenat SA (actuellement Altimum SA) et les revendeurs sur les prix minimaux de revente sont illicites selon l'art. 5 al. 4 LCart en relation avec l'art. 5 al. 1 LCart.

2. Altimum SA est condamnée, sur la base de l'art. 49a al. 1 LCart, au paiement d'un montant de CHF 470'000.- pour le comportement illicite mentionné sous le ch. 1.
3. Il est interdit à Altimum SA, quel que soit son statut, de surveiller ou de mettre en oeuvre un/des accord/s sur des prix de vente minimaux ou fixes.
4. Les frais de procédure s'élevant à CHF 50'000 sont mis à la charge d'Altimum SA.
5. L'inobservation de la présente décision sera punie des sanctions prévues aux art. 50 et 54 LCart.»

En substance, l'autorité inférieure soutient qu'il existait, entre 2006 et 2010, un accord vertical portant sur des prix de revente minimaux entre Roger Guenat SA et chacun de ses revendeurs. A l'appui, elle relève qu'il ressort des documents saisis lors de la perquisition de Roger Guenat SA, que, pour être agréés en tant que tels, les revendeurs potentiels de produits distribués par Roger Guenat SA devaient satisfaire à des «Conditions à la revente», lesquelles comprenaient notamment celle d'une «politique de prix raisonnable et responsable» respectueuse du marché établi. En contrepartie des produits reçus par Roger Guenat SA, le revendeur s'engageait ainsi à respecter la liste de prix officielle établie par elle, sous réserve d'un rabais maximal de 10 %. Cette politique de prix était clairement connue des revendeurs dès lors que Roger Guenat SA la leur communiquait au début de leurs relations commerciales. Partant, le respect des prix de revente minimaux n'était nullement la conséquence de comportements unilatéraux des revendeurs mais était fondé sur une volonté commune de suivre ces prix. En effet, les revendeurs ne pouvaient pas déterminer de manière autonome leur politique de prix en raison du comportement de Roger Guenat SA. S'appuyant sur la situation de quatre revendeurs - à savoir C., Athleticum, G. et un revendeur anonyme -, l'autorité inférieure expose que le non-respect des prix de revente fixés par Roger Guenat SA était assorti de menaces de retard ou de cessation des livraisons. Aussi, il ne s'agissait pas de prix recommandés que Roger Guenat SA invitait à respecter mais de prix à caractère obligatoire. L'importatrice veillait en outre à ce que ces prix soient respectés ; elle surveillait le comportement des revendeurs par des visites de ses représentants. Certains revendeurs ont même aidé Roger Guenat SA à faire respecter cette politique en dénonçant les comportements des concurrents s'en écartant. Aussi, l'autorité inférieure considère que le fait que Roger Guenat SA déterminait les prix à l'intention des revendeurs et s'assurait que ceux-là soient respectés à l'aide de pressions, telles que la suspension, voire la suppression, des livraisons, visait et entraînait une restriction à la concurrence. En définitive, elle a retenu l'existence d'un accord vertical en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 de la loi sur les cartels.

Dès lors que l'accord en cause avait pour objet l'imposition de prix de revente minimaux, l'autorité inférieure a admis qu'il était présumé entraîner la suppression de la concurrence efficace en application de l'art. 5 al. 4 de la loi. Elle a également reconnu que l'accord était respecté par la quasi-totalité des revendeurs en raison de la sanction appliquée en cas de non-respect ; celle-ci était d'au-

tant plus efficace que les revendeurs n'avaient pas de source d'approvisionnement alternative en Suisse et à l'étranger, Roger Guenat SA étant l'importatrice exclusive des produits des marques Petzl, Beal et Entreprises. Roger Guenat SA pouvait en outre contrôler la mise en oeuvre de sa politique de prix par quasiment tous les revendeurs de ceux-ci, en raison d'une part, de la transparence du marché, de leur nombre limité et des visites en magasins et, d'autre part, de la dénonciation entre revendeurs. Aussi, l'autorité inférieure en conclut que les prix de quasiment tous les revendeurs en Suisse de ces produits étaient compris dans une marge de plus ou moins 10 % par rapport aux prix de la liste officielle du fournisseur. La concurrence intramarque sur les prix était ainsi entravée par les prix minimaux édictés par Roger Guenat SA. Quant à la concurrence intermarques, l'autorité inférieure expose que l'examen des parts de marché a montré que le marché des lampes frontales était un marché concentré, détenu, durant la période 2006-2010, en majorité par Roger Guenat SA avec la marque Petzl. Elle considère dès lors que la concurrence intermarques sur ce marché pouvait être qualifiée d'insuffisante, de sorte que l'accord vertical en cause supprimait la concurrence efficace sur le marché des lampes frontales en Suisse. Quant aux autres marchés pertinents, dominés par trois acteurs principaux, dont Roger Guenat SA, l'autorité inférieure indique que l'analyse de la concurrence intermarques a montré que la présomption de suppression de la concurrence efficace pouvait être renversée. S'agissant de l'affectation notable de la concurrence, l'autorité inférieure affirme que, dès lors que l'accord en cause n'a pas seulement privé les revendeurs de fixer librement leurs prix de revente mais a imposé des prix minimaux par un contrôle et une sanction efficaces, celui-là doit être qualifié de notable sur le plan qualitatif. Sur le plan quantitatif, elle relève que, toutes catégories confondues, Roger Guenat SA, Mammüt et Black Diamond sont les entreprises disposant des parts de marché les plus élevées, chacune ayant des parts de marché se montant à 20-30 %. S'agissant des harnais et des casques, Roger Guenat SA est le fournisseur le plus important en Suisse avec des parts de marché respectives de [20-30] % et [40-50] %. Pour le marché des piolets et crampons, l'importatrice est passée de [40-50] % de parts de marché en 2006 à [20-30] % en 2010. Malgré cette perte de parts de marché, elle détient encore près du tiers du marché. Concernant le marché des mousquetons, elle a augmenté légèrement sa part de marché de [20-30] % en 2006 à [20-30] % en 2010 et dispose également de près d'un tiers du marché. Elle en déduit qu'à chaque fois, la concurrence a été affectée de manière notable. Quant au marché des cordes, Roger Guenat SA dispose d'une part de marché ([10 20] % en 2010) bien inférieure au leader Mammüt ([70-80] % en 2010) ; cependant, l'évolution dynamique des parts de marché montre que Roger Guenat SA connaît une progression des ventes sur les années 2006-2010. En outre, compte tenu du fait que le seuil d'affectation quantitative en présence d'une restriction qualitativement grave n'est pas élevé, l'autorité inférieure a retenu que la restriction à la concurrence sur le marché des cordes pouvait également être considérée comme notable. Une affectation notable pourrait être niée si Roger Guenat SA n'était qu'un acteur insignifiant

sur le marché des cordes; ceci n'est clairement pas le cas dès lors que celui-ci est dominé par deux acteurs seulement, dont Roger Guenat SA. Une telle structure de marché favorise le risque de collusion ou de comportements parallèles de hausse de prix. Malgré des pertes de parts de marché sur certaines catégories de produits entre 2006 et 2010, Roger Guenat SA est restée un des principaux grossistes d'articles de sports de montagne en Suisse, occupant la deuxième place après Mammüt. En définitive, l'autorité inférieure considère que la concurrence est, sur le plan quantitatif, affectée par l'accord vertical de manière notable, au sens de l'art. 5 al. 1 de la loi sur les cartels, sur les marchés des harnais, casques, piolets et crampons, mousquetons et cordes. En outre, même si la présomption de suppression de la concurrence efficace devait être renversée sur le marché des lampes frontales, l'autorité inférieure considère que la concurrence serait affectée de manière notable en raison des parts de marché très élevées de Roger Guenat SA sur celui-ci (plus de 60 %). L'autorité inférieure retient pour le reste que ces restrictions notables à la concurrence ne peuvent pas être justifiées par des motifs d'efficacité économique. Enfin, elle admet que, par son comportement, Roger Guenat SA tombe sous le champ d'application de l'art. 49 a al. 1 de la loi sur les cartels pour la période s'étendant de la fin 2006 à mars 2010 et doit de ce fait être sanctionnée d'un montant de 470'000 francs.

D.

Le 15 octobre 2012, la recourante a adressé un sondage par courriel à des revendeurs d'articles de sports de montagne distribués par Roger Guenat SA, dans lequel elle leur demandait si, dans la vente des produits Petzl, ils avaient eu l'obligation de suivre la liste de prix de Roger Guenat SA ou s'ils avaient eu la liberté de fixer le prix final à leurs clients (prix affiché et rabais éventuel). La recourante a reçu 72 réponses.

E.

Par écritures du 31 octobre 2012, la recourante a recouru contre la décision précitée auprès du Tribunal administratif fédéral, en concluant, sous suite de frais et dépens, à ce qui suit :

«Préalablement

1. La lettre recommandée adressée le 10 novembre 2009 à WAX.CH/C. est intégrée au dossier et à l'état de fait de la cause.
2. Les réponses reçues des revendeurs en octobre 2012 et produites sous pièces 4 à 75 sont intégrées dans le dossier et à l'état de fait de la cause.

Principalement

Le recours est admis.

Partant, la décision de la Comco du 20 août 2012 à l'encontre d'Altimum SA est annulée.»

A l'appui de ses conclusions, la recourante invoque, à titre principal, une constatation inexacte et incomplète des faits pertinents. Elle expose que l'autorité inférieure fonde sa décision sur le fait que Roger Guenat SA imposait à ses revendeurs le respect de sa liste de prix.

L'autorité inférieure invoque ainsi la situation de quatre revendeurs et en déduit que l'ensemble des détaillants était contraint de suivre la liste de prix. L'autorité inférieure n'a ainsi pas tenu compte des réponses aux questionnaires remplis par les revendeurs dans le cadre de l'observation de marché, dont sept sur dix indiquaient fixer librement leurs prix de revente. De même, il ressort des réponses quasi unanimes des 72 revendeurs au sondage du 15 octobre 2012 que ceux-ci n'avaient aucune obligation de suivre la liste de prix et fixaient librement les prix finaux à leurs clients ; les revendeurs ne subissaient pas de pressions de la part de Roger Guenat SA quant aux prix de revente. Il ne s'agissait dès lors pas de prix imposés mais de prix recommandés. Les situations des quatre revendeurs sur lesquelles s'appuie l'autorité inférieure ne sont en outre pas des exemples d'imposition des prix de revente. La recourante cite enfin des revendeurs connus de Roger Guenat SA qui pratiquaient des rabais supérieurs à 10 %, à savoir Bächli, G., N. ou encore K. Ceci étant, la recourante soutient que l'autorité inférieure n'a pas apporté la preuve, alors qu'elle en supporte le fardeau, de l'existence d'une pratique concertée constitutive d'un accord en matière de concurrence entre Roger Guenat SA et ses revendeurs au sens de l'art. 4 al. 1 de la loi sur les cartels.

A titre subsidiaire, elle fait valoir que l'autorité inférieure a violé l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels en retenant que la présomption de suppression de la concurrence efficace n'était pas renversée sur le marché des lampes frontales. Elle expose sur ce point que deux nouveaux acteurs sont entrés sur le marché des lampes frontales durant la période considérée et ont acquis ensemble une part de marché de [10 20] % à [20-30] % alors que celle de Roger Guenat SA a diminué [0 10] %, de sorte que le marché, bien que concentré, n'était pas statique. La recourante considère de ce fait que la concurrence intramarque et intermarques existait sur le marché des lampes frontales à un niveau que l'on ne peut qualifier d'insuffisant. Elle invoque ensuite la violation de l'art. 5 al. 1 de la loi sur les cartels, en ce sens que la concurrence n'était pas affectée de manière notable sur le marché pertinent des cordes. Elle relève tout d'abord que Roger Guenat SA ne dominait pas ce marché avec Mammüt; elle était une entreprise concurrente de Mammüt et lui disputait des parts de marché. L'évolution de la part de marché de Roger Guenat SA de [10-20] % à [10-20] % en quatre ans et l'arrivée sur le marché de deux nouveaux concurrents montrent que le marché des cordes était dynamique; il n'y avait ni collusion ni comportement parallèle. En outre, la recourante fait valoir qu'un accord vertical sur les prix n'est pas illicite en soi et qu'il est donc nécessaire d'examiner ses effets sur la concurrence, comme tel est le cas en droit américain, allemand et français, ce que l'autorité inférieure n'a pas fait. En effet, celle-ci s'est contentée de décréter que la part de marché détenue par Roger Guenat SA sur le marché des cordes avait pour effet de l'affecter notablement. Quant à l'éventuelle affectation notable de la concurrence sur le marché des lampes frontales, la recourante fait valoir que celle-là serait justifiée par des motifs d'efficacité économique. Plus subsidiairement, la recourante invoque que la sanction infligée contrevient aux principes de la proportionnalité et de la légalité, dès lors que l'art. 49 a de la loi sur les cartels ne renvoie pas

expressément à l'art. 5 al. 1 de la même loi. La recourante requiert enfin, à titre de moyens de preuve, l'audition des parties et de témoins.

F.

Invitée à se prononcer sur le recours, l'autorité inférieure conclut à son rejet dans ses observations responsives du 25 février 2013. S'agissant tout d'abord des 72 réponses produites par la recourante à la suite de son sondage du 15 octobre 2012 auprès des revendeurs de Roger Guenat SA, l'autorité inférieure indique que celles-ci n'infirmement nullement ses conclusions, lesdits revendeurs ne voulant certainement pas nuire à leur partenaire contractuel. En outre, la question posée portait principalement sur l'imposition, par la contrainte, de la liste de prix (fixes). Or, il est possible qu'une grande partie des revendeurs respectait de leur plein gré la liste de prix, raison pour laquelle ils n'auraient pas ressenti de contrainte. Enfin, le sondage ne se réfère pas expressément à la période sous investigation. Quant à la constatation des faits, l'autorité inférieure rétorque avoir recueilli, durant l'enquête, diverses preuves démontrant l'existence d'un accord vertical portant sur des prix de revente minimaux. Elle indique en effet disposer d'échanges de courriels - concernant en particulier les revendeurs C., G. et Athleticum - prouvant l'imposition de prix de revente minimaux et l'exercice de pressions de la part de Roger Guenat SA pour les faire respecter. L'autorité inférieure précise qu'elle n'a pas à prouver que Roger Guenat SA exerçait une pression sur chaque revendeur pour établir l'existence d'un accord ; aucune pression n'était par ailleurs nécessaire lorsqu'un revendeur respectait spontanément les prix minimaux. Sur la base de ces preuves, claires et manifestes, ainsi que des autres mesures d'enquête entreprises, l'autorité inférieure affirme avoir pu former sa conviction et établir l'existence d'un accord vertical sur les prix de revente minimaux entre Roger Guenat SA et ses revendeurs supprimant la concurrence efficace sur le marché des lampes frontales et affectant celle-ci de manière notable sur les marchés des harnais, casques, piolets et crampons, mousquetons et cordes. Elle ajoute que, même si la présomption de suppression de la concurrence efficace était renversée sur le marché des lampes frontales, celle-ci serait dans tous les cas affectée de manière notable par l'accord, ce qui entraîne également une sanction, dès lors qu'il n'existe en l'espèce aucun motif d'efficacité économique justifiant une entrave à la concurrence. L'autorité inférieure relève encore que, contrairement à ce que prétend la recourante, elle n'applique pas une approche d'illicéité per se d'un accord vertical sur les prix de revente minimaux. Enfin, elle soutient que l'art. 49 a al. 1 de la loi sur les cartels permet de sanctionner les accords illicites qui restreignent notablement la concurrence, sans être justifiés par des motifs d'efficacité économique. L'autorité inférieure renvoie pour le surplus à la motivation de la décision déferée.

G.

Dans sa réplique du 7 mai 2013, la recourante maintient l'ensemble de ses conclusions, y compris ses réquisitions de preuves. S'agissant des réponses au sondage du 15 octobre 2012, elle relève d'une part, qu'elle exerce désormais la fonction d'agente pour la marque Petzl -

vendeur actuel étant le fabricant français Petzl - et, d'autre part, que les revendeurs n'avaient aucune obligation de répondre à cette demande d'information. Aussi, compte tenu de ces réponses, la déduction de l'autorité inférieure, selon laquelle l'accord supposé avec les quelques détaillants précités doit concerner l'ensemble des revendeurs, s'avère infondée. Se référant ensuite aux réponses aux questionnaires établis par l'autorité inférieure dans le cadre de l'observation de marché, la recourante répète que des revendeurs ont affirmé pratiquer des rabais supérieurs à 10 %. L'autorité inférieure n'a pas établi correctement les faits, ce qui l'a conduite à des raisonnements hypothétiques erronés. Elle conteste ainsi avoir instauré un système de prix de revente minimaux; à tout le moins, l'autorité inférieure ne l'a pas prouvé à satisfaction de droit. La recourante maintient pour le surplus les griefs invoqués dans son recours.

H.

Invitée à dupliquer, l'autorité inférieure a répondu le 10 juin 2013. S'agissant des réponses au sondage du 15 octobre 2012, elle relève que, même si la recourante n'agit plus en tant qu'intermédiaire, elle reste néanmoins la seule à pouvoir procéder à la conclusion d'accords entre le fabricant Petzl et les revendeurs et à en contrôler le respect pour le compte de celui-ci. Renvoyant pour l'essentiel à la décision contestée ainsi qu'à sa réponse, l'autorité inférieure affirme avoir établi les faits de manière exacte et complète et avoir démontré, sur la base de preuves solides et convaincantes, l'existence d'un accord illicite entre Roger Guenat SA et ses revendeurs. L'ensemble des arguments avancés par la recourante ne sont pas de nature à remettre en cause le bien-fondé de cette appréciation.

I.

Dans un courrier du 2 mai 2014, la recourante a rappelé au tribunal avoir requis dans son recours l'audition de plusieurs témoins en sus de l'audition des parties et demandé dans quel délai une audience d'instruction pourrait être fixée.

J.

Par décision incidente du 26 mai 2014, le juge instructeur a, par appréciation anticipée des preuves, rejeté les réquisitions de preuves déposées par la recourante dans son mémoire de recours, exposant que son degré de conviction était, pour l'heure, suffisant à la lumière des pièces du dossier.

K.

Par ordonnance du 28 mai 2014, le juge instructeur a invité les parties à se prononcer sur une éventuelle suspension de la procédure jusqu'à droit connu dans les causes Gaba International AG, respectivement Gebro Pharma GmbH, contre Comco (ci-après: Gaba/Gebro) pendantes devant le Tribunal fédéral.

L.

L'autorité inférieure a indiqué, par courrier du 11 juin 2014, que la suspension de la procédure ne se justifiait pas dans la mesure où la notabilité de l'affectation de la concurrence avait été établie tant d'un point de vue qualitatif que quantitatif dans la décision entreprise. Partant,

le sort des procédures Gaba/Gebro devant le Tribunal fédéral n'aurait, selon elle, aucune influence sur la présente procédure de recours.

M.

Par courrier du 26 juin 2014, la recourante a répondu qu'il n'existait pas d'illicéité per se d'un accord sur les prix. En outre, les questions à trancher en l'espèce seraient différentes de celles posées dans les affaires pendantes devant le Tribunal fédéral.

N.

Par ordonnance du 15 juillet 2014, le tribunal a informé les parties qu'il renonçait à suspendre la cause.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela s'avère nécessaire.

Droit :

1.

1.1 Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour statuer sur le présent recours (cf. art. 31 32 et 33 let. f LTAF et 5 al. 1 let. a PA).

1.2 La qualité pour recourir doit être reconnue à la recourante (cf. art. 48 al. 1 PA en relation avec l'art. 37 LTAF). Les dispositions relatives à la représentation, au délai de recours, à la forme et au contenu du mémoire de recours, ainsi qu'à l'avance de frais (cf. art. 11 al. 1, 50 al. 1 52 al. 1 et 63 al. 4 PA) sont en outre respectées.

Le recours est ainsi recevable.

2.

2.1 La loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart, RS 251) - partiellement modifiée en 2004 (cf. RO 2004 1385) - a pour but d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral (art. 1 LCart).

2.2 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). 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 est réputé justifié par des motifs d'efficacité économique 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 (art. 5 al. 2 let. a LCart); et lorsque cet accord ne permettra en aucune façon aux entreprises concernées de supprimer une concurrence efficace

(art. 5 al. 2 let. b LCart). Sont notamment présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace les accords passés entre des entreprises occupant différents échelons du marché, qui imposent un prix de vente minimum ou un prix de vente fixe, ainsi que les contrats de distribution attribuant des territoires, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues (art. 5 al. 4 LCart). L'entreprise qui participe notamment à un accord illicite aux termes de l'art. 5 al. 4 est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices. Le montant est calculé en fonction de la durée et de la gravité des pratiques illicites. Le profit présumé résultant des pratiques illicites de l'entreprise est dûment pris en compte pour le calcul de ce montant (cf. art. 49 a al. 1 LCart).

2.3 Le Conseil fédéral institue la Commission de la concurrence et nomme les membres de la présidence (art. 18 al. 1 LCart). Elle prend toutes les décisions qui ne sont pas expressément réservées à une autre autorité (art. 18 al. 3 1ère phrase LCart). Le secrétariat prépare les affaires de la commission, mène les enquêtes et prend, avec un membre de sa présidence, les décisions de procédure. Il fait des propositions à la commission et exécute ses décisions. Il traite directement avec les intéressés, les tiers et les autorités (art. 23 al. 1 LCart).

S'il existe des indices d'une restriction illicite à la concurrence, le secrétariat ouvre une enquête, d'entente avec un membre de la présidence de la commission (art. 27 al. 1 1ère phrase LCart). Le secrétariat communique l'ouverture d'une enquête par publication officielle (art. 28 al. 1 LCart). Sur proposition du secrétariat, la commission prend sa décision sur les mesures à prendre ou sur l'approbation de l'accord amiable (art. 30 al. 1 LCart). Les participants à l'enquête peuvent communiquer leur avis par écrit sur la proposition du secrétariat. La commission peut procéder à des auditions et charger le secrétariat de prendre des mesures supplémentaires pour les besoins de l'enquête (art. 30 al. 2 LCart). Les autorités en matière de concurrence peuvent entendre des tiers comme témoins et contraindre les parties à l'enquête à faire des dépositions (art. 42 al. 1 1ère phrase LCart); elles peuvent ordonner des perquisitions et saisir des pièces à conviction (art. 42 al. 2 1ère phrase LCart).

2.4 En application de l'art. 6 al. 1 1ère phrase LCart, selon lequel la Comco peut fixer par voie de communication les conditions auxquelles des accords en matière de concurrence sont en règle générale réputés justifiés par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart, celle-ci a, par décision du 18 février 2002, édicté la première Communication concernant l'appréciation des accords verticaux (ci après: aCommVert 2002). Dite communication fixe les critères selon lesquels l'autorité inférieure apprécie la notabilité des accords verticaux à la lumière de l'art. 5 al. 1 LCart. Elle a été abrogée par la communication du même nom, arrêtée le 2 juillet 2007 (ci-après: aCommVert 2007), elle-même abrogée par la Communication concernant l'appréciation des accords verticaux du 28 juin 2010 (ci-après: CommVert), entrée en vigueur le 1^{er} août 2010 et publiée sur le site Internet de la Comco (cf. < <http://www.weko.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=fr>). Dites communications

- lesquelles s'apparentent à des ordonnances administratives qui ne lient pas le Tribunal administratif fédéral - sont prises en considération dans la mesure où elles permettent une interprétation équitable et adaptée au cas particulier des dispositions légales applicables (cf. arrêt du TAF B-506/2010 du 19 décembre 2013 Gaba consid. 11.1.7; JEAN-MARC REYMOND, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e éd. 2013 [CR-Concurrence], art. 6 LCart no 40 ss p. 598 ss, KLAUS NEFF, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010 [BSK-KG], art. 6 no 24 ss p. 458).

3.

A titre liminaire, il convient de déterminer si la LCart est applicable en l'espèce, à savoir si les conditions d'application personnelles, locales et matérielles de la loi sont réunies.

3.1 Selon l'art. 2 al. 1 LCart, 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. Est soumise à la présente loi toute entreprise engagée dans le processus économique qui offre ou acquiert des biens ou des services, indépendamment de son organisation ou de sa forme juridique (art. 2 al. 1 bis LCart). La présente loi est applicable aux états de fait qui déploient leurs effets en Suisse, même s'ils se sont produits à l'étranger (art. 2 al. 2 LCart) (cf. Message du Conseil fédéral du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence [FF 1995 I 472; ci-après: message LCart 1995] ch. 222 p. 534 ss).

Dès lors que Roger Guenat SA distribuait des produits destinés aux activités sportives verticales au travers d'un réseau de 333 revendeurs indépendants en Suisse, il y a lieu d'admettre qu'elle constitue une entreprise au sens de la LCart et que le prétendu accord sur les prix entre celle-ci et ses revendeurs a été conclu et a produit ses effets en Suisse. Les conditions d'application personnelles et locales de dite loi sont ainsi remplies.

3.2 S'agissant des conditions d'application matérielles, il convient tout d'abord de préciser que Roger Guenat SA était située entre les producteurs (fabricants) et les détaillants. La société et ses revendeurs se trouvaient à différents niveaux de la chaîne de distribution. Roger Guenat SA entretenait ainsi une relation commerciale verticale avec ses revendeurs.

Pour le reste, il convient de déterminer s'il existait entre Roger Guenat SA et ses revendeurs un accord en matière de concurrence pour la période - délimitée par l'autorité inférieure - s'étendant de la fin de l'année 2006 à mars 2010. L'examen de cette question a une double pertinence, en ce sens que l'existence d'un accord en matière de concurrence constitue non seulement une condition à l'application de la LCart mais également une prémisses à l'admission, en l'espèce, de l'existence d'une restriction illicite à la concurrence. La question sera examinée ci-après.

Dans le cadre de cet examen, il y a lieu de tenir compte de la CommVert qui s'applique à tous les accords verticaux en matière de concurrence, y compris ceux qui étaient en vigueur avant le 1er août 2010 (cf. ch. 19

CommVert) et ceux qui faisaient déjà l'objet d'une enquête préalable à cette date (cf. Secrétariat Comco, DPC 2011/3, p. 364, Festool, ch. 11 note de bas de page no 2 ; Reymond, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 6 LCart no 130 p. 617).

4.

L'objet principal de la présente procédure de recours consiste à déterminer si c'est à juste titre que l'autorité inférieure a admis que Roger Guenat SA avait, entre la fin de l'année 2006 et mars 2010, passé avec des revendeurs indépendants un accord illicite, au sens des art. 5 al. 4 LCart - en relation avec l'art. 5 al. 1 LCart - et 49a al. 1 LCart, selon lequel les produits distribués par Roger Guenat SA ne devaient pas être revendus aux clients finaux en dessous d'un prix minimum.

L'autorité inférieure a retenu que Roger Guenat SA avait imposé à ses revendeurs des prix de revente minimaux, de manière indirecte, par la fixation d'un rabais maximal de 10 % sur la liste de prix établie par ses soins, et dont le non-respect était sanctionné par une suspension ou un arrêt des livraisons. Ceci étant, elle a admis qu'il existait, durant la période considérée, un accord imposant des prix de revente minimaux au sens de l'art. 5 al. 4 LCart, présumé entraîner la suppression d'une concurrence efficace, entre Roger Guenat SA et ses revendeurs. Selon la recourante, il ne s'agissait pas de prix imposés mais de prix recommandés, si bien qu'il n'y avait pas d'accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart.

La question litigieuse qu'il convient d'examiner préliminairement est dès lors celle de savoir s'il existait, pour la période en cause, un accord vertical en matière de concurrence au sens des art. 4 al. 1 et 5 al. 4 LCart entre Roger Guenat SA et ses revendeurs prévoyant des prix de vente minimaux par le biais de recommandations.

4.1 Selon le ch. 1 CommVert, par accords verticaux en matière de concurrence, il convient d'entendre les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées d'entreprises occupant des échelons du marché différents, dans la mesure où elles visent ou entraînent une restriction à la concurrence (cf. art. 4 al. 1 LCart), et qui concernent les conditions auxquelles les entreprises parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services.

Un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart suppose l'existence d'une action collective, consciente et voulue des entreprises participantes. Il est donc essentiel d'établir une concordance expresse ou tacite des volontés entre les deux parties. Il résulte du concept même d'accord que deux entreprises participantes au moins sont nécessaires pour remplir les exigences de la définition contenue à l'art. 4 al. 1 LCart. La forme juridique retenue par les parties ne joue aucun rôle dans la qualification d'un comportement en tant qu'accord. D'après la lettre de l'art. 4 al. 1 LCart, le concept d'accord en matière de concurrence recouvre trois formes: les conventions avec force obligatoire (dont le non-respect entraîne une sanction juridique), les conventions sans force obligatoire - toutes deux pouvant être conclues de manière expresse ou tacite - et les pratiques concertées. Les pratiques concertées sont une

forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussées jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, adaptent sciemment et volontairement leur comportement à celui des autres, de telle sorte que, même en l'absence d'une convention avec ou sans force obligatoire, la collusion remplace la concurrence. Pour établir l'existence d'une pratique concertée, il est en outre nécessaire de prouver un rapport de causalité entre la pratique concertée et la coordination collective des comportements sur le marché en question. Un comportement semblable peut en tous les cas laisser supposer une pratique concertée (cf. MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON/MANI REINERT, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 1 LCart no 15 et 21 ss p. 224 et 226 ss; THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: BSK-KG, op. cit., art. 4 al. 1 no 78 ss et 100 ss p. 165 et 169 ss; ATF 129 II 18 Sammelrevers consid. 6.3).

Un accord en matière de concurrence doit en outre viser ou entraîner une restriction à la concurrence. On entend par là toute atteinte au libre jeu de l'offre et de la demande. Il faut donc qu'un accord affecte en plus un paramètre de concurrence, à savoir le prix, la quantité, la qualité, le design d'un produit ou d'un service, le service au client, les conditions commerciales appliquées ou encore les canaux d'écoulement ou d'approvisionnement. Un accord a pour objet une restriction à la concurrence lorsqu'il a pour but d'influencer un ou plusieurs paramètres concurrentiels, dont la gestion incombe en principe individuellement aux entreprises sur le marché. Pour établir l'existence d'un accord qui entraîne une restriction à la concurrence, il n'est en revanche pas nécessaire de prouver l'intention subjective des participants ni de se limiter au but objectif de l'accord en question. Il suffit d'établir un effet sur le marché ainsi que le rapport de causalité entre cet effet et la coordination entre participants. Si la restriction à la concurrence est due à des facteurs exogènes, il n'y a pas d'accord en matière de concurrence. Les effets restrictifs de concurrence peuvent être présents, futurs ou passés (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 1 LCart no 72 ss p. 244 ss et réf. cit.; NYDEGGER/NADIG, in: BSK-KG, op. cit., art. 4 al. 1 no 67 ss p. 163 ss; MARIEL HOCH CLASSEN, Vertikale Wettbewerbsabreden im Kartellrecht, 2003, p. 217; arrêt du TAF B-8399/2010 du 23 septembre 2014 Baubeschläge Siegenia consid. 5.3.2.5 ss et réf. cit.).

4.2 On définit les recommandations de prix comme des indications unilatérales sans force contraignante transmises à des entreprises. Dans le cas des recommandations verticales, les auteurs et les destinataires de la recommandation sont situés sur des échelons différents du marché. Les recommandations de prix verticales constituent en principe un comportement unilatéral et non pas un accord en matière de concurrence. Néanmoins, les recommandations de prix peuvent être qualifiées d'accords en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, et ce bien que celles-ci - contrairement à ce qui était encore le cas dans la loi fédérale du 20 décembre 1985 sur les cartels et organisations analogues (aLCart 1985, RO 1986 874) - ne sont plus expressément mentionnées dans la LCart actuelle (cf. ROLAND KÖCHLI/PHILIPPE M. REICH, in: Stämpfli Handkommentar Kartellgesetz, 2007, art. 4 n° 14 p. 40;

cf. aussi message LCart 1995, ch. 224.1 p. 544, où le respect des recommandations pourrait être qualifié de pratique concertée), en particulier, lorsqu'une recommandation de prix dissimule un prix de vente imposé de manière contraignante (cf. WALTER A. STOFFEL, in: SIWR V/2, 2000, p. 64; ANDREA CHRISTINE DOSS, Vertikalabreden und deren direkte Sanktionierung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, thèse Zurich 2009, p. 33 ss no 55; JUHANI KOSTKA, Harte Kartelle, thèse Fribourg 2010, p. 410 ss no 1201 ss; DIMITRI ANTIPAS, Les recommandations de prix en droit suisse et en droit européen de la concurrence, thèse Berne 2014, p. 204). Si elles en présentent les éléments constitutifs, les recommandations de prix peuvent ainsi prendre la forme de conventions (avec ou sans force obligatoire) ou de pratiques concertées. Les recommandations qui sont fondées sur une convention ou sur une pratique concertée sont qualifiées de recommandations de prix plurilatérales, dès lors que leur émission résulte ou repose sur un minimum de concertation (cf. ANTIPAS, op. cit., p. 342). L'ancienne Commission de recours DFE a ainsi confirmé une décision de la Comco retenant l'existence d'une convention sans force obligatoire au sens de l'art. 4 al. 1 LCart entre l'association fribourgeoise des écoles de circulation et ses membres dès lors qu'il a été établi que les tarifs diffusés à tous les membres sous forme de tarifs conseillés devaient être respectés, même en l'absence de sanction formellement prévue en cas de violation de cette obligation, ceux-ci étant fixés par une décision de l'assemblée générale (cf. décision de l'ancienne Commission de recours DFE 00/FB-002 du 12 mars 2001 consid. 2.1).

A teneur du ch. 10 CommVert, consacré aux présomptions, l'art. 5 al. 4 LCart s'applique également aux accords revêtant la forme de recommandations, qui se fondent sur une convention ou sur une pratique concertée, et qui ont notamment pour objet ou pour effet l'établissement de prix de vente minimaux ou fixes (cf. par. 3; Comco, DPC 2009/2, p. 143, Sécateurs et cisailles, ch. 37; Secrétariat Comco, DPC 2011/3, p. 364, Festool, ch. 43; Silvio Venturi/Christoph Vonlanthen, in: Les accords de distribution, 2005, p. 138 no 49).

Contrairement à l'al. 3, l'al. 4 de l'art. 5 LCart ne mentionne pas expressément les accords fixant «indirectement» des prix. Le ch. 10 par. 2 CommVert prévoit toutefois que l'article 5 al. 4 LCart vaut également pour les accords conduisant indirectement à l'imposition de prix de vente minimaux ou fixes. La doctrine majoritaire, tout comme l'autorité inférieure, est d'avis que l'art. 5 al. 4 LCart s'applique aussi à la fixation indirecte des prix (cf. à ce sujet: AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: CR Concurrence, op. cit., art. 5 LCart no 566 ss p. 560 et réf. cit., Patrick L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: BSK-KG, op. cit., art. 5 no 521 p. 433; contra: cf. VENTURI/VONLANTHEN, op. cit., p. 137 no 48).

4.2.1 Selon le ch. 15 CommVert, intitulé «Recommandations de prix», en cas de recommandations de prix des fournisseurs à leurs revendeurs ou à leurs distributeurs, il faut examiner au cas par cas si on est en présence d'un accord illicite en matière de concurrence au sens de l'article 5 al. 4 LCart en relation avec l'alinéa 1 de cet article (par. 1). Les recommandations de prix sont considérées comme qualitativement graves si elles ont le

même effet que des accords imposant des prix fixes ou minimaux, en raison de pressions ou d'incitations de la part d'une entreprise partie à l'accord (par. 2). Les circonstances suivantes peuvent donner lieu à l'examen de recommandations de prix : le fait que les recommandations de prix ne soient pas généralement accessibles, mais émises à la seule attention des revendeurs ou distributeurs (let. a) ; le fait que les recommandations de prix en francs suisses indiquées par les producteurs ou fournisseurs sur les produits, les emballages ou dans les catalogues etc., ne soient pas expressément désignées comme non-contraignantes (let. b) ; le fait que le niveau de prix des produits concernés par les recommandations soit - à prestations comparables - significativement plus élevé que dans les pays voisins (let. c) ; le fait que les recommandations de prix soient effectivement suivies par une part importante des revendeurs ou des distributeurs (let. d) (par. 3).

Le ch. 15 CommVert prévoit ainsi différentes situations à examiner selon l'art. 4 al. 1 en lien avec l'art. 5 al. 4 LCart, notamment si une recommandation de prix est effectivement suivie par une part importante des revendeurs (par. 3 let. d) et si elle produit un effet équivalant à des accords imposant des prix fixes ou minimaux, en raison de pressions ou d'incitations de la part d'une entreprise partie à l'accord (par. 2). Ce dernier critère a été repris de l'art. 4 pt a) du règlement (UE) no 330/2010 de la commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101 paragraphe 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JO L 102/1 du 23 avril 2010 (ci-après : le règlement d'exemption par catégorie) dont la teneur est la suivante: «l'exemption prévue à l'art. 2 ne s'applique pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influencer, ont pour objet: de restreindre la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente, sans préjudice de la possibilité pour le fournisseur d'imposer un prix de vente maximal ou de recommander un prix de vente, à condition que ces derniers n'équivalent pas à un prix de vente fixe ou minimal sous l'effet de pressions exercées ou d'incitations par l'une des parties». Cet alignement sur les règles en vigueur dans l'Union européenne vise à éviter l'isolement du marché suisse et à assurer la sécurité juridique (cf. consid. VII CommVert; cf. également sur la prise en compte du droit européen: arrêt du TAF B-7633/2009 du 14 septembre 2015 Swisscom consid. 167 ss). Il s'ensuit que les contrats de distribution licites au regard du droit européen des cartels doivent également être considérés comme licites en Suisse.

4.2.2 La Commission européenne a édicté des lignes directrices exposant les principes sur lesquels se fonde l'appréciation des accords verticaux au regard de l'art. 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (cf. pt 1 des Lignes directrices de la Commission européenne sur les restrictions verticales, JO C 130/1 du 19 mai 2010 [ci après: les Lignes directrices sur les restrictions verticales]). Celles-ci indiquent que le recours à une mesure d'accompagnement particulière ou la communication par le fournisseur à l'acheteur d'une liste de prix conseillés ne sont pas considérés en soi comme un

prix de vente imposé (cf. pt 48 des Lignes directrices sur les restrictions verticales ; STEFFEN NOLTE, in: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, vol. II, 11e éd. 2010, art. 81 CE no 515 p. 352; du même avis: cf. TOBIAS LETTL, Informationsaustausch über die Preisgestaltung als vertikale Wettbewerbsbeschränkung, WRP 10/2013 p. 1272 ss, spéc. p. 1274 no 20). Une recommandation de prix est exemptée lorsque la part de marché de chacune des parties à l'accord n'excède pas le seuil de 30 % et que dite recommandation n'équivaut pas à un prix de vente minimum ou fixe sous l'effet de pressions exercées par l'une des parties ou de mesures d'incitation prises par elle (cf. art. 3 par. 1 et art. 4 pt a) du règlement d'exemption par catégorie) ; la position de celui dont émane la recommandation de prix sur le marché en cause importe, plus sa position est forte, plus grand est le risque qu'il impose sa conception du prix de vente (cf. pt 226 ss des Lignes directrices sur les restrictions verticales). Il faut noter que le seuil de 30 % est critiqué en doctrine (cf. IVO VAN BAEL/JEAN-FRANÇOIS BELLIS, Competition Law of the European Community, 5e éd. 2010, p. 194 ss). Des mesures telles que des menaces, des intimidations, des avertissements, des sanctions, des retards ou suspensions de livraisons, ou la résiliation du contrat en cas de non-respect d'un niveau de prix peuvent, selon l'évaluation de la Commission européenne, être utilisées pour faire d'un prix maximal ou conseillé l'équivalent d'un prix de vente imposé (cf. ANDREAS RÖHLING, in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, vol. I, 2007, art. 4 GVO no 772/2004 no 27 ss p. 1035 ss; ALEXANDER PETSCH/MARC LAGER, in: Handbuch der EU-Gruppenfreistellungsverordnungen, 2e éd. 2012, p. 199 et 229 no 96 et 197 ss; RICHARD WHISH/DAVID BAILEY, Competition Law, 7e éd. 2012, p. 664; ROMINA POLLEY/STEFFEN RHEIN, Anforderungen an die Vereinbarung bzw. abgestimmtes Verhalten bei vertikaler Preisbindung - Praxis des BKartA und europäische Rechtslage, KSzW 01/2011 p. 15 ss, spéc. p. 20). Le seul suivi d'une recommandation de prix n'est dès lors pas déterminant. Au contraire, un lien de causalité doit exister entre une recommandation de prix et le respect de celle-ci (cf. Bellamy & Child, European Community Law of Competition, 6e éd. 2008, p. 436 ss no 6.051). Nolte conteste expressément qu'une concordance de volontés puisse être fondée sur le seul fait que la recommandation de prix a en partie au moins été couronnée de succès (cf. NOLTE, op. cit., art. 81 CE no 512 p. 351; dans le même sens: cf. THOMAS WECK/PETER CAMESASCA, Willenserklärungen im Kartellrecht, WuW 01/2013 p. 17 ss, spéc. p. 20 ss; Lettl, op. cit., p. 1279 no 61). Il faut bien plus démontrer que les distributeurs ont acquiescé à l'invitation, ou cédé à la pression, pour conclure à l'admission de prix de vente imposés (cf. LETTL, op. cit., p. 1275 ss no 21 ss).

4.2.3 Il existe en outre déjà une pratique des autorités de la concurrence en la matière. Le secrétariat a notamment considéré qu'une pression sur les revendeurs ne pouvait être retenue dans l'affaire Scott Bikes puisque, malgré les recommandations de prix reçues, ceux-ci accordaient certains rabais (cf. Secrétariat Comco, DPC 2008/3, p. 382, Scott Bikes). En revanche, dans l'affaire Hors-Liste Medikamente, la Comco a qualifié d'illicites les recommandations de prix concernant certains médicaments contre le dysfonctionnement érectile

de différentes entreprises pharmaceutiques. Elle a toutefois laissé indécise la question de savoir si et dans quelle mesure la recommandation de prix devait être suivie pour qu'il y ait accord en matière de concurrence puisque les recommandations en cause étaient communiquées également, voire principalement, dans l'intérêt de leurs destinataires, ce qui laissait supposer, selon elle, l'existence d'une pratique concertée (cf. Comco, DPC 2010/4, p. 649, Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra [ci-après: Hors-Liste Medikamente], ch. 109 et 118 ss; cette décision est l'objet d'un recours pendant). Dans l'affaire Festool, le secrétariat a constaté, tout en laissant la qualification de l'accord indécise, que les recommandations de prix ne constituaient pas en soi des pratiques concertées, puisque celles-ci devaient encore être suivies. Aucun pourcentage minimal de suivi n'a cependant été fixé. De même, il a indiqué que celui-ci ne suffisait pas à lui seul, faute de quoi la qualification de pratique concertée reposerait sur le comportement du destinataire de la recommandation sans que l'auteur de celle-ci n'eût aucune influence sur le fait d'être ou non partie à un accord en matière de concurrence (cf. Secrétariat Comco, DPC 2011/3, p. 364, Festool, ch. 28 ss). Le secrétariat a également considéré qu'il y avait des indices en faveur d'une pratique concertée entre des producteurs d'appareils auditifs et des acousticiens, laquelle visait, et avait pour effet, de restreindre la concurrence sur les prix intramarque au niveau du consommateur final. En particulier, le taux de suivi élevé des recommandations de prix, de même que l'absence d'indication selon laquelle celles-ci n'étaient pas contraignantes plaident en faveur d'une pratique concertée (cf. Secrétariat Comco, DPC 2011/2, p. 248, Markt für Hörgeräte). Une enquête n'a toutefois pas été ouverte. La Comco a estimé, dans l'affaire Kosmetikprodukte, que des recommandations de prix édictées de manière unilatérale constituaient en principe un comportement unilatéral et ne pouvaient dès lors être qualifiées d'accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. Cependant, en présence d'un minimum de concordance de volontés entre l'auteur et le destinataire des recommandations de prix, celles-ci peuvent constituer une pratique concertée. Un taux de suivi élevé d'une recommandation de prix verticale laisse supposer l'existence d'une pratique concertée. En raison de l'absence d'effets notables des recommandations de prix sur la concurrence, la question de savoir s'il existait une pratique concertée est toutefois demeurée indécise (cf. Comco, DPC 2014/1, p. 184, Kosmetikprodukte [Dermalogica], ch. 85 et 91 ss).

4.2.4 Selon la doctrine, il faut, pour admettre l'existence d'une pratique concertée, qu'il soit établi que les recommandations de prix communiquées par un fournisseur sont suivies par leurs destinataires, faute de quoi elles ne présentent qu'un caractère unilatéral (cf. BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 und zu den dazugehörigen Verordnungen, 1996 [KG Kommentar 1996], art. 4 LCart no 39 ss p. 17; KÖLCHI/REICH, op. cit., n° 15 ss ad art. 4 LCart ; NYDEGGER/NADIG, in: BSK-KG, op. cit., art. 4 al. 1 n° 126 p. 174 ss ; JÜRIG BORER, Handkommentar Wettbewerbsrecht I, 3e éd. 2011, art. 4 LCart no 11 p. 54; STOFFEL, op. cit., p. 64 ; KOSTKA, op. cit., p. 411 ss no 1203 ss; FRANZ HOFFET, KG-Kommentar 1996, op. cit., art. 5 LCart no 37 p. 27; RO-

GER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2e éd. 2005, p. 180 no 375; DOSS, op. cit., p. 107 no 186; contra: cf. PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 1ère éd. 2002, art. 4 al. 1 LCart n° 28 et 29 p. 155 [cette contribution n'a pas été reprise dans la 2e éd.] et SEBASTIAN FREHNER, Die zivilrechtliche Unzulässigkeit von Wettbewerbsabreden, thèse Fribourg 2007, p. 187 ss, pour qui, dès qu'une restriction à la concurrence est visée, l'examen des effets, y compris celui de la question de savoir si la recommandation est suivie, ne doivent pas avoir lieu à ce stade).

Une partie de la doctrine estime que la preuve du respect effectif des prix recommandés ne doit pas être soumise à des exigences plus élevées que celles prévalant de manière générale en cas de pratique concertée (cf. ROGER ZÄCH/RETO A. HEIZMANN, recht 06/2009 p. 194 ss, spéc. p. 196 ss; concernant les recommandations horizontales: KOSTKA, op. cit., p. 413 ss no 1208 ss). Un faible taux de suivi suffirait (cf. NYDEGGER/NADIG, in: BSK-KG, op. cit., art. 4 al. 1 n° 126 p. 175; il n'est toutefois pas clair si cette affirmation est également applicable aux recommandations verticales). D'autres auteurs sont d'avis qu'un suivi majoritaire ou notable est nécessaire pour admettre une pratique concertée (cf. SCHMIDHAUSER, op. cit., art. 4 LCart no 42 p. 18; concernant les recommandations horizontales: AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 1 LCart no 47 p. 236). WEBER/VOLZ proposent une règle générale pour le praticien, selon laquelle un suivi d'environ trois quarts des destinataires plaide en faveur d'un accord en matière de concurrence (cf. ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2013, p. 83 no 2.124). Pour Antipas, une recommandation largement suivie constitue déjà un accord sur les prix au sens de l'art. 4 al. 1 LCart mais pas encore un prix de vente imposé au sens de l'art. 5 al. 4 LCart (cf. ANTIPAS, op. cit., p. 222 ss).

Certains auteurs estiment en revanche que, dans une relation verticale, il ne suffit pas que des recommandations de prix soient effectivement appliquées. Tout d'abord, le respect de la recommandation par le distributeur peut reposer sur une décision autonome (cf. GION GIGER, Vertikale Abreden - Entwicklungen im schweizerischen und europäischen Kartellrecht, sic! 2010 p. 859 ss, spéc. p. 864). Ensuite, si l'on présume l'existence d'une pratique concertée à partir d'un taux de suivi, il s'ensuit un renversement du fardeau de la preuve, producteurs et distributeurs devant prouver que le comportement de ceux-ci ne repose pas sur une concordance de volontés réciproques, à savoir un fait négatif indéterminé (cf. MARC AMSTUTZ/MANI REINERT, in: Kartellgesetzrevision 2003, 2004, p. 88). Enfin, le taux de suivi des distributeurs (respectivement des destinataires de la recommandation) ne peut à lui seul décider de l'existence de l'accord, faute de quoi le producteur ne serait pas sanctionné en fonction de son propre comportement mais en fonction de celui de ceux-ci (cf. AMSTUTZ/REINERT, op. cit., p. 88 ss; MANI REINERT, in: Die Praxis des Kartellgesetzes im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie, 2011, p. 35). Aussi, conformément au ch. 15 par. 2 CommVert, il est requis, en sus d'un certain suivi, que des pressions soient exercées ou des mesures d'incitation prises afin qu'une recommandation de

prix puisse constituer un accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart (cf. supra consid. 4.2.1; du même avis également: NEFF, in: BSK-KG, op. cit., ch. 11 aCommVert 2007 no 9 p. 538). Il s'ensuit que, selon ces auteurs, des recommandations de prix consistent en principe en des comportements unilatéraux. Tant que les destinataires de la recommandation sont effectivement libres de fixer les paramètres concurrentiels, son auteur ne peut être sûr de la manière dont ceux-là se comporteront, de sorte qu'il n'y a pas d'accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 1 LCart n° 56 p. 239; GIGER, op. cit., p. 864).

4.2.5 En définitive, il y a lieu d'admettre tout d'abord que lorsque le prix recommandé par un producteur est accepté expressément ou tacitement par des distributeurs, il y a convention exprimant la volonté commune et concordante des producteurs et des distributeurs de respecter des prix fixes.

Par ailleurs, il y a pratique concertée si d'une part, l'autonomie du destinataire de la recommandation est restreinte par un producteur qui - de son propre chef ou à la demande d'autres distributeurs - entrave la liberté de décision de ses distributeurs par des pressions ou des incitations à respecter la recommandation et, d'autre part, si les recommandations sont, dans une large mesure, effectivement respectées. En effet, dès lors que les recommandations de prix ne sont, en soi, pas contraires à la LCart et que l'art. 4 de ladite loi se réfère expressément au terme juridique de l'accord, le cumul des deux éléments est nécessaire à la reconnaissance d'une pratique concertée en matière de concurrence.

4.3 En l'espèce, il ressort du dossier qu'il n'y avait pas de contrat écrit entre Roger Guenat SA et ses revendeurs fixant en détail les conditions de distribution. Néanmoins, le grossiste avait établi un document interne, intitulé «Conditions à la revente», contenant les critères auxquels un revendeur devait répondre pour être agréé. Ce document avait la teneur suivante :

- a) Inscription au registre du commerce: la raison sociale doit avoir pour but la revente d'articles correspondant à nos catégories.
- b) Vitrine, surface de vente et/ou organisation de vente: possibilité d'exposer ses produits, avec pignon sur rue, shop online, etc.
- c) Horaires d'ouverture: des horaires affichés clairement, en vue du client
- d) Compétences dans le conseil
- e) Politique de prix raisonnable et responsable : avoir une politique respectueuse du marché établi (attention ne peut pas être clairement cité)
- f) Solvabilité: capacité de payer les factures. 1ère commande toujours avec paiement d'avance. Puis à juger au cas par cas.
- g) D'autres fournisseurs ou une compétence ciblée dans le domaine (Kernkompetenz): pas de mono-marque, mono-produit... le souhait de travailler avec une offre de produits et services adéquats par rapport au client ciblé»

Il appert ainsi de ce document que, pour être autorisés à revendre les produits distribués par Roger Guenat SA, les revendeurs potentiels devaient satisfaire à la condition d'une politique de prix raisonnable et responsable, respectueuse du marché établi. Roger Guenat SA avait à cet égard établi des listes de prix de revente par marque, calculés sur la base des listes de prix qu'elle recevait de ses fournisseurs. Elles étaient communiquées par Roger Guenat SA aux revendeurs une fois par an. Elles étaient en outre disponibles sur son site Internet et accessibles au public.

4.4 Dans la décision querellée, l'autorité inférieure a retenu que les prix mentionnés sur ces listes ne constituaient pas de simples recommandations que Roger Guenat SA invitait ses revendeurs à respecter mais revêtaient un caractère obligatoire, dont le non-respect était sanctionné par une suspension ou un arrêt des livraisons. Elle a en effet exposé qu'en contrepartie des produits reçus par Roger Guenat SA, le revendeur acceptait - de gré ou de force - la condition d'une politique de prix raisonnable et responsable, c'est-à-dire d'appliquer les prix de la liste officielle et les rabais maximaux. L'autorité inférieure a indiqué qu'un tel accord ressortait expressément des documents saisis lors de la perquisition de Roger Guenat SA. Il résultait également de ceux-ci que certains revendeurs avaient aidé Roger Guenat SA à faire respecter cette politique de prix en dénonçant les concurrents qui ne se conformaient pas aux «Conditions à la revente», en particulier aux rabais maximaux. Aussi, l'autorité inférieure a soutenu que le respect des prix recommandés par Roger Guenat SA n'était pas la conséquence de comportements unilatéraux, indépendants du grossiste et du revendeur mais était fondé sur une volonté commune de suivre ces prix, si bien qu'il existait, durant la période visée, une collaboration consciente et voulue sur des prix de revente minimaux. En outre, elle a considéré que le fait que Roger Guenat SA déterminait les prix à l'attention des revendeurs et s'assurait que ceux-là soient respectés à l'aide de pressions, telles que des menaces de suspension, voire de suppression, des livraisons, visait et entraînait une restriction à la concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. Les revendeurs ne pouvaient en effet pas, en raison du comportement du fournisseur, déterminer de manière autonome leur politique de prix. En conséquence, l'autorité inférieure a reconnu qu'il existait un accord vertical portant sur des prix de revente minimaux au sens des art. 4 al. 1 et 5 al. 4 LCart entre Roger Guenat SA et chacun de ses revendeurs, durant la période en cause.

4.5 La recourante conteste l'existence d'un accord au sens des art. 4 al. 1 et 5 al. 4 LCart et invoque une constatation inexacte et incomplète des faits pertinents. Il y a donc lieu d'examiner s'il existait, durant la période sous investigation, une convention entre Roger Guenat SA et ses revendeurs ou, à défaut, une pratique concertée portant sur l'application de prix de revente minimaux.

4.5.1 La procédure administrative fédérale est essentiellement régie par la maxime inquisitoire (ou inquisitoriale), ce qui signifie que l'autorité administrative constate les faits d'office et procède, s'il y a lieu, à l'administration de preuves par les moyens idoines (cf. art. 12 PA, applicable par renvoi de l'art. 39 LCart). La maxime inquisitoire doit cependant être relativisée par son corol-

laire: le devoir de collaborer des parties (cf. art. 13 PA; ATAF 2014/2 consid. 5.5.2.1; arrêt du TAF B 7633/2009 précité *Swisscom* consid. 186 et réf. cit.; CLÉMENTE GRISSEL, *L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative*, thèse Fribourg 2008, p. 49 ss n° 142). Selon l'art. 13 al. 1 PA, les parties sont notamment tenues de collaborer à la constatation des faits dans une procédure où elles prennent des conclusions indépendantes (let. b) ou si une autre loi fédérale leur impose une obligation plus étendue de renseigner ou de révéler (let. c). A cet égard, l'art. 40 LCart fonde une obligation de renseigner étendue des parties et des tiers concernés.

La procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral est également régie par la maxime inquisitoire en vertu du renvoi de l'art. 37 LTAF. Celle-ci est cependant quelque peu tempérée, notamment en raison du fait qu'il ne s'agit dans ce cas pas d'un établissement des faits *ab ovo*. Il convient de tenir compte de l'état de fait déjà établi par l'autorité inférieure. Dans ce sens, le principe inquisitoire est une obligation de vérifier d'office les faits constatés par l'autorité inférieure plus que de les établir (cf. arrêts du TAF A-5584/2008 du 11 juin 2010 consid. 1.2.1 et A-6120/2008 du 18 mai 2010 consid. 1.3.2). La constatation des faits effectuée par l'autorité administrative est inexacte lorsque celle-ci a omis d'administrer la preuve d'un fait pertinent, a apprécié de manière erronée le résultat de l'administration d'un moyen de preuve ou a fondé sa décision sur des faits erronés, en contradiction avec les pièces par exemple. Elle est incomplète lorsque tous les éléments de fait et moyens de preuve déterminants pour la décision n'ont pas été pris en compte par l'autorité (cf. arrêt du TAF B-5196/2011 du 14 juin 2012 consid. 8.1; BENOÎT BOVAY, *Procédure administrative*, 2000, p. 395 ss).

En procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral, des faits nouveaux, de nouveaux moyens de preuve ainsi qu'une nouvelle argumentation peuvent être présentés pour autant qu'ils n'excèdent pas l'objet du litige (cf. ATAF 2009/64 consid. 7.3, 2009/9 consid. 3.3.1 et réf. cit.). Il découle en effet de la maxime inquisitoire et de sa libre cognition en matière de constatation des faits que le Tribunal administratif fédéral statue sur la base du dossier tel qu'il se présente au moment de l'arrêt sur recours (cf. ATAF 2009/64 consid. 7.3, 2009/9 consid. 3.3.1, 2012/21 consid. 5.1 et réf. cit.).

4.5.2 La procédure administrative fédérale est en outre régie par le principe de la libre appréciation des preuves (cf. art. 40 PCF, applicable par analogie par renvoi de l'art. 19 PA). L'appréciation des preuves est libre, en ce sens qu'elle n'obéit pas à des règles de preuve légales, prescrivant à quelles conditions le juge devrait admettre que la preuve a abouti et quelle valeur probante il devrait reconnaître aux différents moyens de preuve les uns par rapport aux autres (cf. arrêt du TF 5A.12/2006 du 23 août 2006 consid. 2.3). Dès lors, le juge doit examiner de manière objective tous les moyens de preuve, quelle qu'en soit la provenance, évaluer la crédibilité des pièces produites pour déterminer si elles emportent sa conviction, puis décider si les documents à disposition permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux (cf. arrêt du TF 4A_253/2007 du 13 novembre 2007 consid. 4.2; arrêt du TAF B 8399/2010 précité

Baubeschläge Siegenia consid. 4.2.2). Est déterminante, la force de conviction attachée à chaque moyen de preuve, et non le genre de preuve administrée, sur la base d'une évaluation globale de l'ensemble des preuves rassemblées au dossier (cf. arrêt du TF 6B_380/2008 du 4 août 2008 consid. 5.3). Le principe de la libre appréciation des preuves interdit de dénier a priori toute force probante à un moyen de preuve (cf. ATF 133 I 33 consid. 2.1).

Lorsque, comme en l'espèce, la procédure administrative porte sur des sanctions à caractère pénal, le principe de la présomption d'innocence, garanti par les art. 32 al. 1 Cst. et 6 par. 2 CEDH notamment, préside à l'administration des preuves (cf. REGINA KIENER/BERNHARD RÜTSCHÉ/MATHIAS KUHN, *Öffentliches Verfahrensrecht*, 2012, p. 169 no 712; arrêt du TF 2C_721/2012 du 27 mai 2013 consid. 5.2.1). Ainsi, si un doute raisonnable sur la «culpabilité» subsiste lors de l'appréciation des preuves, l'autorité doit renoncer à infliger une sanction. En effet, le principe *in dubio pro reo* interdit au juge de se déclarer convaincu d'un état de fait défavorable à l'accusé, lorsqu'une appréciation objective des éléments de preuve recueillis laisse subsister un doute sérieux et insurmontable quant à l'existence de celui-là (cf. arrêt du TAF B 8399/2010 précité *Baubeschläge Siegenia* consid. 4.4.28 et 6.4.4; cf. également arrêt de la CJUE T-550/08 du 12 décembre 2014 consid. 89; cf. concernant la présomption d'innocence en droit des cartels: GERALD BREI, *Kartellrechtsverfahren nach PubliGroupe - offene Fragen und praktische Probleme*, RSJ 110/2014 p. 177 ss, spéc. p. 183). Ceci étant, le juge du fond ne peut retenir un fait défavorable à l'accusé que s'il est convaincu de la matérialité de ce fait, de sorte que le doute profite à l'accusé (cf. ATF 127 I 38 consid. 2a; arrêt du TF 6B_784/2011 du 12 mars 2012 consid. 1.1.1; arrêt du TAF B-8399/2010 précité *Baubeschläge Siegenia* consid. 6.4.5). Une certitude absolue n'est pas nécessaire; la conviction subjective du juge suffit, si elle est raisonnablement justifiée. N'importe quel indice peut, suivant les circonstances, emporter la conviction du juge. Le juge décide ainsi selon son intime conviction si un fait est établi ou non, avec la force probante qu'il croit pouvoir reconnaître à chaque preuve administrée, voire à un indice, pour autant qu'ils ressortent du dossier (cf. ATF 133 I 33 consid. 2.1).

4.5.3

4.5.3.1 En procédure administrative, un fait est en principe tenu pour établi lorsque le juge a pu se convaincre de la véracité d'une allégation (certitude; volle Überzeugung, certezza). Toutefois, il suffit parfois, selon la loi ou la jurisprudence, que le fait en question soit rendu vraisemblable, le degré de la preuve exigé étant celui de la vraisemblance prépondérante (*überwiegende Wahrscheinlichkeit*, *verosimiglianza preponderante*). Le juge retiendra alors, parmi plusieurs présentations des faits, celle qui lui apparaît comme la plus vraisemblable. Cet allègement du degré de la preuve est justifié par la difficulté d'accéder aux moyens de preuve, de sorte que l'on se trouve à cet égard pour ainsi dire en état de nécessité (*Beweisnotstand*; cf. PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: *Praxiskommentar VwVG*, 2009, art. 12 no 216 p. 292, MICHAEL TSCHUDIN, *Glauben, Wissen, Zweifel - über das Beweismass im Kartellrecht*,

PJA 2014 p. 1333 ss, spéc. p. 1345; arrêts du TAF B-8399/2010 précité Baubeschläge Siegenia consid. 4.3.4 et réf. cit. et B-7633/2009 précité Swisscom consid. 156 ss et réf. cit.). Le Tribunal fédéral a ainsi admis que, pour établir l'existence d'un lien de causalité (naturelle, adéquate ou naturelle hypothétique), le juge était en droit de forger sa conviction sur la vraisemblance prépondérante du processus causal (voire sur la simple vraisemblance s'agissant de la causalité adéquate), dès lors que, par la nature des choses, une preuve directe ne pouvait être apportée (cf. ATF 133 III 153 consid. 3.3, 133 III 81 consid. 4.2.2 et réf. cit.; arrêt du TF 5P.166/2002 du 27 mai 2002 consid. 2 et réf. cit.; arrêt du TAF B-7633/2009 précité Swisscom consid. 159 et réf. cit.; FABIENNE HOHL, Procédure civile, tome I, 2001, p. 203 ss no 1070 ss). La Haute Cour a également admis une preuve facilitée lorsque les conditions de la règle légale constituent des faits négatifs (déterminés ou indéterminés) (cf. ATF 139 II 451 consid. 2.4; arrêt du TF 2C_511/2013 du 27 août 2013 consid. 2.4; HOHL, op. cit., p. 206 ss no 1082 ss).

Si une autorité retient que la vraisemblance prépondérante est déterminante alors qu'elle eût dû être convaincue de manière certaine, il y a violation des règles sur les preuves (cf. art. 8 CC applicable en qualité de principe général du droit [cf. arrêt du TAF B-1292/2006 du 26 novembre 2007 consid. 4.3.1]). Relève en revanche de l'appréciation des preuves (cf. consid. 4.5.2), le point de savoir si, sur la base des preuves administrées, le degré de preuve requis est atteint dans un cas concret (cf. arrêts du TF 4A_60/2011 du 2 mai 2011 consid. 5.2 et 5C.167/2003 du 23 septembre 2004 consid. 7.2).

4.5.3.2 En l'occurrence, à l'instar de la procédure administrative ordinaire, la certitude est en principe également requise en droit des cartels suisse (cf. arrêt du TAF B-8399/2010 précité Baubeschläge Siegenia consid. 4.3.2). Les autorités de la concurrence doivent ainsi être convaincues de l'existence des éléments constitutifs de la définition de l'accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart.

Il en va de même s'agissant de la preuve de l'illicéité de l'accord (art. 5 LCart). Cependant, selon la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral, en présence d'un état de fait économique complexe, l'exigence de la certitude doit être atténuée. La complexité des questions économiques ressortissant au droit de la concurrence doit en effet être prise en compte de manière appropriée, si bien que l'on ne saurait poser des exigences excessives quant au degré de preuve requis (cf. arrêts du TAF B-8399/2010 précité Baubeschläge Siegenia consid. 4.3.7 et réf. cit. et B-7633/2009 précité Swisscom consid. 160 et réf. cit.; cf. également TSCHUDIN, op. cit., p. 1336). Le Tribunal fédéral a également constaté dans son arrêt Publigroupe, en lien avec l'appréciation des circonstances du marché, qu'il s'agissait d'une analyse complexe qui reposait nécessairement sur des données économiques. Aussi, il a admis qu'au regard du but de la loi sur les cartels, à savoir empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence et promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral (cf. art. 96 Cst. et 1 LCart), les exigences liées à la preuve ne pou-

vaient être exagérées. Une stricte administration des preuves n'apparaissait dans ce contexte guère possible. En revanche, l'exactitude de l'analyse économique doit paraître vraisemblable et sa logique doit être intelligible et convaincante (cf. ATF 139 I 72 Publigroupe consid. 8.3.2; arrêts du TAF B-8399/2010 précité Baubeschläge Siegenia consid. 4.3.8 et B-7633/2009 précité Swisscom consid. 161; STEPHAN BREITENMOSER, Beweis- und verfahrensrechtliche Fragen in Kartellrechtsfällen, Jusletter du 20 avril 2015 no 6 ss; cf. également à ce sujet: MARINO BALDI/FELIX SCHRANER, Die Kartellrechtlichen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Fall «Baubeschläge» - revisionistisch oder nur beiläufig falsch? [ci-après: Die Kartellrechtlichen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Fall «Baubeschläge»], PJA 2/2015 p. 269 ss, spéc. p. 275; CARL BAUDENBACHER, Kartellrecht : Mit wie vielen Zungen spricht das Bundesverwaltungsgericht?, Jusletter du 2 février 2015 no 9).

Par conséquent, compte tenu de l'analyse économique qu'implique l'appréciation des effets de l'accord sur la concurrence, il y a lieu d'admettre que la preuve est apportée si les autorités de la concurrence, respectivement le tribunal, parviennent à la conclusion que l'accord en cause a très vraisemblablement produit des effets ; le degré de preuve requis étant alors celui de la vraisemblance prépondérante (cf. arrêt du TAF B-7633/2009 précité Swisscom consid. 162 ss.). Cette atténuation s'apparente à celle déjà opérée par le Tribunal fédéral dans d'autres domaines du droit (cf. consid. 4.5.3.1).

4.5.4 Enfin, il convient de rappeler que la maxime inquisitoire n'a aucune influence sur la répartition du fardeau de la preuve. Ainsi, si la conviction du tribunal n'est pas acquise sur la base des preuves à disposition, la partie à qui incombe le fardeau de la preuve supporte les conséquences d'un échec de la preuve (cf. arrêts du TAF A-1604/2006 du 4 mars 2010 consid. 3.5, A-1557/2006 du 3 décembre 2009 consid. 1.6 et A-680/2007 du 8 juin 2009 consid. 5). Dans le cas d'espèce, la charge et le fardeau de la preuve de l'existence d'une convention ou d'une pratique concertée incombent aux autorités de la concurrence (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 4 al. 1 LCart no 36 p. 232).

4.5.5 Dans le but de corroborer les allégués contenus dans ses écritures, la recourante a requis du juge instructeur qu'il procède à son interrogatoire ainsi qu'à l'audition de plusieurs témoins, dont Roger Guenat. Cette requête a été rejetée par décision incidente du 26 mai 2014.

Le droit d'être entendu, garanti par les art. 29 al. 2 Cst. et 29 PA, comprend notamment le droit pour le justiciable d'offrir des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il y soit donné suite et de participer à l'administration des preuves essentielles ou, à tout le moins, de s'exprimer sur son résultat lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (cf. ATF 133 I 270 consid. 3.1). Cependant, comme il appartient à l'autorité d'établir d'office les faits pertinents (cf. consid. 4.5.1), celle-ci n'est pas liée par les offres de preuves des parties mais peut se limiter à ce qui lui paraît pertinent ; en particulier, le droit d'être entendu n'empêche pas l'autorité de mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de forger sa conviction et que, procédant

d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que celles-ci ne pourraient l'amener à modifier son opinion (cf. art. 12 PA ; ATF 136 I 229 consid. 5.3 et réf. cit.). Partant, il n'est procédé à l'audition de parties ou de témoins que si de telles mesures d'instruction paraissent indispensables à l'établissement des faits de la cause (cf. arrêt du TF 1C_323/2011 du 12 octobre 2011 consid. 2.2 et réf. cit.). En particulier, l'audition de témoins apparaît comme un moyen de preuve subsidiaire qui n'est utilisé qu'à titre exceptionnel lorsque les faits ne peuvent pas être suffisamment élucidés d'une autre manière (cf. art. 14 al. 1 let. c PA; arrêt du TF 5A.15/2006 du 15 juin 2006 consid. 2.1 et réf. cit.).

En l'espèce, il convient de relever que Roger Guenat et Frédéric Salamin ont largement pu s'exprimer par écrit au cours de la présente procédure. Ils ont de même été entendus oralement par l'autorité inférieure en date des 11 juin 2010, 5 octobre 2010 et 2 juillet 2012, les procès-verbaux d'audition figurant au dossier de la cause. La recourante n'explique ainsi pas ce que des commentaires oraux supplémentaires apporteraient dans la présente affaire. Pour le reste, les pièces figurant au dossier sont suffisantes pour établir les faits pertinents de la cause, de sorte que l'audition des témoins proposés par la recourante ne s'avère pas nécessaire.

Aussi, le tribunal, procédant par appréciation anticipée des preuves, renonce à l'interrogatoire de la recourante ainsi qu'à l'audition des témoins proposés.

Partant, il y a lieu de confirmer le rejet des réquisitions de preuves déposées par la recourante.

4.6 Pour démontrer l'existence d'un accord en matière de concurrence au sens des art. 4 al. 1 et 5 al. 4 LCart entre Roger Guenat SA et ses revendeurs durant la période en cause, l'autorité inférieure se réfère à quatre revendeurs pour lesquels il existerait des preuves claires de pressions exercées dans le but de faire respecter les prix de revente minimaux. Il s'agit des revendeurs C., G., Athleticum et d'un détaillant ayant souhaité conserver l'anonymat. Selon la recourante, ces situations concernent des réalités très différentes ; elles ne sont pas des exemples d'imposition du respect de la liste de prix. En outre, la preuve que l'ensemble des détaillants était contraint de suivre la liste officielle n'aurait pas été apportée.

4.6.1 L'autorité inférieure a tout d'abord retenu, concernant le revendeur C., qu'il s'agissait d'un exemple concret de retard ou d'arrêt des livraisons en 2009 et 2010 pour non-respect des prix minimaux de la liste officielle.

4.6.1.1 Dans son courrier électronique du 18 septembre 2009, C. a informé le secrétariat que l'un de ses fournisseurs, Roger Guenat SA, lui imposait des prix de revente minimaux et avait cessé de le livrer car il ne les respectait pas ; il a transmis des courriers électroniques attestant ses dires. Dès le début de leur relation contractuelle en juin 2009, Roger Guenat SA l'aurait menacé de ne plus le livrer s'il fixait des prix inférieurs de 10 % aux prix figurant sur la liste officielle. Le grossiste lui aurait également indiqué le nom d'un autre revendeur, Bächli, en tant que référence de prix minimaux à appliquer. Il ressort des échanges de courriels qu'en juin 2009, C. a pris contact avec Roger Guenat SA afin d'obtenir les

«Conditions à la revente». Celle-ci les lui a remises en précisant ce qui suit: «Wie besprochen erwarten wir im Falle einer Zusammenarbeit, dass die empfohlenen Preise für euch verbindlich sind. Preise wie ihr einige Artikel von Mammut anbietet, werden wir nicht akzeptieren». De même, le 16 septembre 2009, C. a adressé le courriel suivant à Roger Guenat SA: «Ich bin sehr überrascht, dass ihr ohne Voranmeldung die Lieferungen an mich suspendiert habt. Gemäss Abmachung die wir mündlich miteinander in Hedingen getroffen haben darf ich meinen Kunden 10 % anbieten oder der Preis eines Konkurrenten falls dieser günstiger ist. Ich halte mich strikt an unsere Abmachung. Vor 2 Monaten wurde ich von einem guten Kunden auf die Preise bei [Z] hingewiesen, welche generell 12.5 % unter den empfohlenen Preisen liegen. Um den Kunden zu behalten musste ich meine Preise anpassen. Was aber immer noch mit unserer Abmachung übereinstimmt, da sie nicht unter den Preisen von [Z] liegen». C. a reçu, le 17 septembre 2009, la réponse suivante à son courriel: «Bei unserer mündlichen Abmachung habe ich dir ganz klar gesagt, dass die Lieferungen sofort gestoppt werden, sobald du Preise unter 10 % des von uns empfohlenen Verkaufspreises angibst. Ich habe Dir den von Bächli (namentlich) angebotenen Preis als unterste Limite angegeben. Das war die Abmachung die es einzuhalten gilt. Zudem erwarten wir Anpassungen in deinem Geschäftslokal, es braucht ein Schaufenster, eine gewisse Mindestmenge der von dir angebotenen Ware aus unserem Sortiment, die in deinem Geschäft ausgestellt sind und gängige Öffnungszeiten. Wenn diese Faktoren nicht vorhanden sind, betrachten wir dich als reinen Internethändler und als solcher wirst du von uns auch nicht beliefert. Diese Faktoren habe ich dir bei meinem Besuch ganz genau erklärt. Ich stehe gerne wieder zu Verfügung wenn diese Anpassungen vorgenommen sind, wir diese bei einem Besuch in deinem Geschäft überprüfen können». A réception de ce courrier, C. a informé Roger Guenat SA de ce qui suit:

«Angehängt findest Du die [Z] Preisliste welche einer meiner wichtigsten Kunden erhalten hat. Die Preise sind generell 12.5 % unter dem von euch empfohlenen VK. Dies ist ein direkter Konkurrent und ich verstehe nicht[!] weshalb ich mit einem Lieferstopp belegt wurde. In unserer mündlichen Abmachung war klar von Bächli Sport die Rede, es wurde aber auch gesagt, dass wenn ein anderer Anbieter unter die Preise von Bächli geht, dass ich dann auch auf dieses Preisniveau gehen kann.

Die von dir verlangten Anpassungen an: Öffnungszeiten, Schaufenster und Mindestmenge des Sortiments höre ich heute zum ersten Mal und ich brauche mindestens 2 Wochen Zeit um dies umzusetzen.

[...] In diesem Sinn möchte ich einen Vorschlag machen:

Sofortige Anhebung der Preise um 2.5 % auf 10 % unter dem empfohlenen VK

Sofortige Wiederaufnahme der Lieferungen

Erstellung eines Schaufensters bis Ende September

Öffnungszeiten ab 1. Okt. Mo: 09:00 bis 11:30 Di: 09:00 bis 11:30 Mi: 09:00 bis 11:30 Do: 17:30 bis 20:00 Fr: 17:30 bis 20:00 Sa: 09:00 bis 13:00

Ab 1. Okt. Petzl / Ortovox Material im Wert von mindestens Fr. 1500 im VK permanent ausgestellt im Shop

Ab 1. Okt. Anpassung der Preise auf Niveau [Z]»

En réponse, l'importatrice a adressé, le même jour, le courriel suivant à C.: «Die Abmachung war ganz klar der Preis von Bächli und bei nicht einhalten Lieferstopp. Es scheint mir auch, das[s] du bei den anderen Lieferbedingungen beim überhören der Details etwas grosszügig warst. Ab dem 26.09. bin ich für 2 Wochen abwesend, da kannst du deine Anpassungen vornehmen; sobald du bereit bist, kannst du mich [...] anrufen. Nach meinem Besuch werden wir den Fall von Dir nochmals überprüfen, bis zu diesem Entscheid gilt der Lieferstopp.»

En date du 24 septembre 2009, Roger Guenat SA a fait savoir au revendeur que les articles qu'il avait commandés lui seraient livrés ce jour, en précisant: «Wie bereits erwähnt, fordern wir, dass Sie unsere Produkte mit maximal 10% Rabatt auf dem Listenpreis anbieten».

Par courrier électronique du 21 octobre 2009, Bächli a écrit à Roger Guenat SA pour lui faire savoir que C. vendait ses produits à des prix nettement inférieurs aux siens, que ce n'était pas admissible, qu'il informerait les autres détaillants de cette situation et qu'il priait Roger Guenat SA d'intervenir auprès de ce revendeur. Il ressort des échanges ultérieurs de courriels que l'instruction a été donnée de ne pas livrer C., sous prétexte d'une rupture de stock.

4.6.1.2 La recourante indique que Roger Guenat SA a livré C. pour la première fois en septembre 2009. Cette première livraison a été effectuée alors que C. n'avait pas encore fait l'objet d'une visite préalable par Roger Guenat SA - comme il est d'usage, afin de vérifier que le revendeur potentiel remplit les conditions requises -, ceci en raison du peu de personnel au service du fournisseur et du faible montant de la commande. La recourante souligne qu'au cours de la visite qui a eu lieu ultérieurement, Roger Guenat SA s'est rendue compte que C. ne disposait pas d'un magasin, qu'il entreposait ses produits dans une grange, qu'il n'avait pas de vitrine, que les heures d'ouverture étaient limitées à 12 heures par semaine et qu'il pratiquait des rabais de 20 %. Il ne répondait de ce fait pas aux exigences contenues dans le document «Conditions à la revente». Roger Guenat SA a dès lors exigé de C. qu'il se conforme à ces critères s'il souhaitait continuer à être livré. Lorsqu'il s'est avéré que C. ne satisfaisait toujours pas auxdites conditions, Roger Guenat SA a informé celui-ci qu'elle ne pouvait plus l'approvisionner. La recourante relève à cet égard qu'il est normal que Roger Guenat SA ait fait «objection» à ce nouveau détaillant qui pratiquait des rabais élevés alors qu'il ne remplissait pas (ou pas encore) les conditions requises pour devenir un revendeur reconnu par elle. La recourante indique en effet qu'un fournisseur ne peut pas exiger de ses revendeurs des efforts dans la présentation des produits et le conseil à la vente si, dans le même temps, il approvisionne un détaillant qui pratique d'importants rabais précisément parce qu'il n'a pas investi dans l'aménagement d'un local de vente et le conseil à la clientèle; c'est d'ailleurs pour cette raison que le concurrent Bächli est intervenu auprès de Roger Guenat SA.

La recourante produit encore, en annexe à son recours, une lettre recommandée, datée du 10 novembre 2009, adressée à C., qui n'a pas été mentionnée par l'autorité inférieure. Dans ce courrier, Roger Guenat SA rappelle à celui-ci les conditions à satisfaire pour être admis en qualité de revendeur:

«Ihre Verkaufsstelle entspricht keinem dieser oben erwähnten Kriterien eines Wiederkäufers :

- Lokal in einem Holzschopf

- Kein Schaufenster

- Verkürzte Öffnungszeiten (nur 12 Std. pro Woche gegenüber den 46 Std./Woche eines Sportgeschäftes)

- Kein Lager

- Verkauf von Ortovox Produkten via Ihrer Website ohne unser Einverständnis»

La recourante en déduit que Roger Guenat SA n'a non pas cessé de livrer C. mais a purement et simplement refusé de l'accepter en tant que revendeur. S'il est vrai que quelques livraisons ont été effectuées à C., celui-ci n'a cependant jamais été agréé comme revendeur. Partant, la recourante relève que c'est à tort que l'autorité inférieure a considéré que c'était uniquement en raison de la politique de rabais pratiquée par C. que Roger Guenat SA avait cessé de l'approvisionner. La recourante reproche ainsi à l'autorité inférieure de ne pas avoir tenu compte des autres preuves concernant le local, les heures d'ouverture, l'absence de personnel spécialisé, alors que c'est l'ensemble de ces éléments de fait qui permet de qualifier juridiquement le refus de livrer. Selon la recourante, ce cas de figure, très particulier, ne serait dès lors pas une illustration d'une imposition de prix de revente mais un refus légitime d'entrer en relation commerciale avec un revendeur qui ne remplit pas les conditions posées par le distributeur quant à l'organisation de la vente.

4.6.1.3 L'autorité inférieure fait valoir dans sa réplique que les courriels échangés depuis juin 2009 portent sur l'importance du respect des prix et les conséquences de leur non-application, alors que le problème du local de vente n'a été, selon le dossier, évoqué que plus tard, à savoir la première fois dans le courriel du 17 septembre 2009, et ceci seulement après avoir rappelé la règle relative aux prix de vente. Dans sa réponse à ce courrier électronique, C. mentionne que c'est même la première fois qu'il entend parler des critères relatifs au local de vente. Il semble en revanche être informé du critère lié aux rabais maximaux. Même après la visite du magasin de C. et le constat que celui-là ne correspondait pas aux exigences concernant le local de vente, Roger Guenat SA n'a pas exclu de continuer à fournir C. à condition que celui-ci respecte les consignes de prix. Le problème premier de la relation contractuelle était bien le non-respect des prix. Quant au refus légitime de livrer C. soulevé par la recourante, l'autorité inférieure rétorque que Roger Guenat SA ne distribuait pas les produits Petzl en Suisse par le biais d'un système de distribution sélective. Elle relève à cet égard que le document «Conditions à la revente» est un document interne qui pose des conditions très générales. Il ne comprend pas d'interdiction de revendre à des distributeurs non agréés.

Des obligations ou critères plus spécifiques concernant la distribution des produits ne sont pas non plus précisés. Le terme de «distributeur agréé» ou une dénomination équivalente n'apparaît d'ailleurs dans aucun document.

4.6.1.4 Sur le vu de ce qui précède, le tribunal retient que C. ne respectait pas les prix de revente minimaux fixés par Roger Guenat SA ni ne considérait devoir le faire. Aussi, il y a lieu d'admettre qu'aucune convention portant sur les prix n'a été passée entre le grossiste et ce revendeur, celui-ci l'ayant refusée.

Cela étant, si C. ne remplissait pas les exigences contenues dans le document «Conditions à la revente» comme cela ressort du courriel précité du 17 septembre 2009 et de la lettre recommandée du 10 novembre 2009, il appert sans équivoque des courriels saisis lors de la perquisition que Roger Guenat SA a imposé à C. des prix de revente minimaux, en le menaçant d'interrompre ses livraisons en cas de non-respect de ceux-ci. Le fait que les livraisons auraient également cessé pour le motif que C. ne satisfaisait pas aux «Conditions à la revente» n'y change rien. Peu importe à cet égard qu'il s'agissait ou non d'un système de distribution sélective. Le cas C. atteste la manière de procéder de Roger Guenat SA pour imposer des prix de revente minimaux à ses revendeurs.

De même, il ressort des faits ayant conduit à la non-livraison de C. que Bächli, de son côté, considère devoir respecter ces prix et attend de même de tous les revendeurs ; ces éléments seront examinés plus loin.

4.6.2 L'autorité inférieure se réfère également à la situation d'un autre revendeur de Roger Guenat SA, G.

4.6.2.1 Il ressort du dossier que ce magasin a, dès son ouverture en octobre 2006, pratiqué une politique de prix agressive en comparaison avec ses deux concurrents locaux, J. et H. AG. J. s'en est d'ailleurs plainte auprès de Roger Guenat SA. Deux courriels internes concernant ce magasin ont été saisis lors de la perquisition de Roger Guenat SA. Le premier, envoyé le matin du 28 novembre 2006, a la teneur suivante :

«Ne pas livrer un M. G., nouveau magasin de sport (à côté de J.) il fait du rabais 20 % à tous ses clients, J. est fâché !!! ce qui est normal ! Donc: NE PAS LIVRER, s'il vient demander: informer O. de suite ! [...]»

Le second courriel, envoyé le même jour en fin d'après-midi, indique ce qui suit:

«Pour info, je suis passée voir le magasin ce matin après ma visite chez J. C'est un magasin Intersport, beaucoup de vêtements modernes et du Mammut (vêtements et technique) et Black-D (technique). J. a annulé ses commandes BD et Mammut déjà pour cet hiver et pour l'été prochain. Il ne prend plus ces marques. A plus, on en reparlera, pour l'instant j'ai été en espionne dans ce magasin (je me suis pas annoncée). Ils ne nous ont pas contactés et j'ai informé le bureau.»

4.6.2.2 Dans la décision contestée, l'autorité inférieure relève qu'il appert du courriel du 28 novembre 2006 que Roger Guenat SA ne livrait pas G.; soit qu'elle avait cessé de le livrer, soit qu'elle n'avait pas commencé. Quoi

qu'il en soit, dans les deux hypothèses, G. ne recevait pas les produits de Roger Guenat SA en raison de sa politique de prix agressive, laquelle ne correspondait pas aux directives du grossiste. Or, G. fait, depuis 2007, partie des revendeurs agréés de Roger Guenat SA, si bien que l'autorité inférieure en a déduit que ce magasin avait «forcément» dû accepter de suivre la politique de prix de Roger Guenat SA pour être livré.

4.6.2.3 Dans ses écritures, la recourante indique que G. ne revendait pas les produits distribués par Roger Guenat SA à l'époque où les courriels ont été envoyés et n'avait même pas encore passé de commande à Roger Guenat SA. Celle-ci n'a donc pas cessé ses livraisons à la suite de l'octroi de rabais de 20 % puisque les livraisons n'avaient pas encore commencé en novembre 2006. Une première - petite - commande a été passée par G. en automne 2007, puis une seconde, cette fois-ci conséquente, est intervenue en mars 2008. Une visite officielle du magasin a alors eu lieu, des informations ont été échangées et, en raison du potentiel de ce point de vente et dès lors qu'il remplissait les «Conditions à la revente», il a été décidé d'établir une relation commerciale avec ce revendeur. Roger Guenat SA a donc accepté de livrer ce magasin malgré les rabais de 20 % pratiqués. Il n'y a eu aucune intervention auprès de G. ni refus de livraison ni aucune sanction pour non-respect d'un prix minimum ; ce magasin a continué de pratiquer des rabais de 20 %. La recourante relève que l'autorité inférieure, qui supporte la charge et le fardeau de la preuve, n'a démontré ni que G. aurait modifié sa pratique de rabais ni que Roger Guenat SA lui aurait imposé sa liste de prix.

4.6.2.4 Contrairement à l'avis de l'autorité inférieure, on ne saurait déduire du fait que G. ait été livré par Roger Guenat SA que ce magasin a cessé de pratiquer des rabais de 20 %; il s'agit là d'une simple supposition. L'existence d'une convention sur les prix entre Roger Guenat SA et G. n'a dès lors pas été prouvée. En revanche, le fait que le concurrent J. se soit plaint auprès de Roger Guenat SA de ce que G. pratiquait une politique de prix agressive plaide en faveur d'une convention avec le revendeur J.

Par ailleurs, le courriel interne, interdisant de livrer G. en raison des rabais octroyés, atteste la politique de prix menée par Roger Guenat SA auprès de ses revendeurs. Le fait que l'importatrice ait cessé, ou refusé, de livrer un certain temps G. en raison des réductions pratiquées constitue dans les deux cas un moyen de pression pour faire respecter les prix.

4.6.3 L'autorité inférieure mentionne ensuite la situation du revendeur Athleticum.

4.6.3.1 Selon les informations détenues par Roger Guenat SA, Athleticum avait, dans tous les cas depuis 2008, la possibilité de se fournir à l'étranger pour les produits des marques Petzl et Beal. Aussi, par crainte que ce magasin propose ces produits à des prix inférieurs à ceux pratiqués par les revendeurs de Roger Guenat SA et afin de pouvoir contrôler la politique de prix de ce détaillant, l'importatrice a accédé à la demande d'Athleticum et a livré ses succursales de Bussigny et de Colombey en produits techniques Petzl et Beal, en leur imposant des conditions strictes, notamment relatives

aux prix appliqués ainsi qu'aux rabais octroyés aux clients finaux. Avant 2008, Roger Guenat SA livrait Athleticum uniquement en lampes frontales.

Lors de la perquisition de Roger Guenat SA, le secrétariat a saisi un certain nombre de documents concernant Athleticum, à savoir des courriers envoyés par le fournisseur aux revendeurs établis dans les régions de Bussigny et de Collombey ainsi qu'un procès-verbal et des courriels internes à la société distributrice. Dites pièces ont la teneur suivante :

«[...] L., l'acheteur Hardware d'Athleticum m'a [...] fai[t] la proposition suivante: Livraison par R.G SA du matériel technique des 2 marques uniquement Bussigny et Collombey. Si ok de notre part, toutes les succursales Athl[e]ticum de Suisse vendron[t] en exclusivité les cor-delettes BEAL. Tous les prix seraient tenus et affichés selon notre L.P. Un vendeur spécialisé sera présent en permanence dans les 2 succursales mentionnées [...]» (courriel interne du grossiste du 20 septembre 2007)

«Je pense que si nous ne livrons pas, ils [Athleticum] vont certainement ralentir l'achat de nos frontales...déjà la tendance 2005-2006 = moins 50 % et nos produits seront de toute façon mis en vente et peut-être à des prix cassés.» (courriel interne du grossiste du 21 septembre 2007)

Dans une lettre du 14 janvier 2008 à un revendeur sis à D. (NE), M. Roger Guenat écrivait ce qui suit : «[...] Décision a été prise de fournir ce client [Athleticum] avec un temps d'essai pour un an. En effet, pour éviter qu'ils cassent les prix comme je vous l'ai expliqué, c'est la seule façon de les contrôler puisqu'ils ont la possibilité de s'approvisionner ailleurs [...]. Il est évident que nous serons très à cheval sur les conditions suivantes :

- 1) Les prix affichés devront correspondre à notre liste de prix actuelle.
- 2) Les vendeurs devront être capables de renseigner correctement les clients.
- 3) La vente de nos produits actuels sera prohibée dans les Outlets.
- 4) Pas de rabais de caisse plus élevés que les détaillants de la région.

Ces conditions ont été acceptées par leur direction, si elles ne sont pas tenues, les livraisons seront stoppées et le matériel sera repris par nos soins. Je suis persuadé que cette situation ne perturbera pas vos ventes».

Il ressort en outre du procès-verbal de la société distributrice, daté du 28 avril 2008, que:

«[...] Athleticum: Les prix des lampes ne sont pas au prix de vente conseillé. Roger va écrire une lettre [...]»

4.6.3.2 Se fondant sur ce qui précède, l'autorité inférieure soutient que Roger Guenat SA exigeait d'Athleticum que ses prix correspondent à la liste de prix, sous la menace de suspension des livraisons. De plus, elle déduit du fait qu'un client aussi important qu'Athleticum, qui vendait déjà un volume important de lampes frontales, accepte de suivre la liste de prix officielle de l'importatrice - alors qu'il est un supermarché du sport pratiquant une politique de prix bas - que les autres revendeurs se

sont eux aussi engagés envers Roger Guenat SA à respecter les prix minimaux. Elle fait en outre valoir qu'il n'est pas vraisemblable que d'autres rabais maximaux plus importants que ceux documentés concernant C. aient été convenus ou tolérés avec d'autres revendeurs, étant donné la haute transparence sur les prix du marché. En effet, si l'importatrice générale avait toléré que certains revendeurs accordent des rabais plus hauts que ceux prévalant pour Bächli, les autres revendeurs, et en particulier les clients importants (Key Accounts), auraient probablement eux aussi refusé de suivre les prix minimaux. En d'autres termes, l'autorité inférieure considère que l'accord sur les prix de revente minimaux ne peut se limiter à Athleticum, Bächli et C. mais doit concerner l'ensemble des revendeurs.

4.6.3.3 La recourante considère que le raisonnement ayant conduit l'autorité inférieure à admettre l'existence d'un accord sur les prix entre Roger Guenat SA et Athleticum est purement hypothétique. L'autorité inférieure n'a pas prouvé qu'Athleticum s'était engagée à suivre la liste de prix. Cet accord n'est rapporté que par M. Guenat. Elle relève par ailleurs qu'un tel engagement n'était pas nécessaire. L'élément important dans le cas d'Athleticum est le recrutement de personnel spécialisé pour la vente et le conseil au client. En effet, lorsqu'un revendeur engage un tel personnel, cela engendre des coûts supplémentaires attendu que celui-ci coûte plus cher. Le revendeur qui débourse des salaires plus élevés ne va pas encore, en plus, diminuer ses revenus en accordant des rabais importants. Autrement dit, en obtenant qu'Athleticum engage ce personnel spécialisé et pratique uniquement des rabais de caisse, Roger Guenat SA n'avait pas besoin d'un engagement sur une liste de prix ni sur l'ampleur du rabais de caisse. En n'affichant pas le pourcentage des rabais, ce n'est qu'au moment de payer que le client sait qu'il y a un rabais ; ceci permet d'éviter le phénomène du «passager clandestin». En effet, si les rabais sont affichés sur les articles et qu'il n'y a pas dans le magasin un conseiller pour la vente, il y a un risque que le client se rende dans le petit magasin spécialisé pour obtenir toutes les informations et les conseils utiles sur le produit, puis retourne dans le magasin Athleticum pour acheter le produit en profitant du rabais affiché. Or, le fait de pratiquer des rabais sans les afficher sur les articles ne constitue pas un accord qui affecte la concurrence. Pour le surplus, elle conteste que les autres revendeurs se soient engagés à suivre la liste de prix ou les prix minimaux, comme cela ressort des réponses au sondage du 15 octobre 2012. Enfin, la recourante relève que le marché n'est pas totalement transparent, dès lors que, dans le cas d'un rabais de caisse, le montant du rabais n'est connu que du vendeur et du client final. La pratique suivie par Athleticum en matière de rabais n'est de ce fait pas connue. En outre, le prix d'achat du revendeur détermine sa capacité à accorder un rabais et ces prix d'acquisition sont variables.

4.6.3.4 Le fait que Roger Guenat SA ait exigé d'Athleticum qu'il ne pratique que des rabais de caisse constitue un indice que l'importatrice avait effectivement passé une convention avec ses revendeurs. Ces indices, datant des années 2007 et 2008, ne se rapportent toutefois qu'aux revendeurs actifs dans les régions de Bussigny et de Collombey, puisque ce sont uniquement les deux

succursales d'Athleticum sises dans dites régions qui étaient livrées par Roger Guenat SA à cette époque et qui ont donc suscité des réactions de la part des revendeurs des environs. En effet, si Athleticum avait affiché les mêmes rabais que ses concurrents locaux de moins grande importance, les consommateurs auraient pu davantage s'approvisionner dans ce magasin, de grande taille et connu. Dans ce cas, il y avait un risque que les revendeurs locaux «cassent» leurs prix pour être concurrentiels. En agissant ainsi, Roger Guenat SA souhaitait donc éviter une concurrence entre les détaillants de la région. En outre, le fait d'écrire à l'un d'eux en lui expliquant avoir accepté de livrer Athleticum car c'était le seul moyen de contrôler qu'il ne «casse» pas les prix et avoir obtenu de ce magasin qu'il affiche la liste de prix et ne pratique pas de rabais plus élevés que ceux octroyés par les autres revendeurs de la région, constitue un autre indice de l'existence d'une convention entre Roger Guenat SA et les détaillants situés dans les régions de Bussigny et de Collombey. Sur la base de la liste des revendeurs de Roger Guenat SA contenue au dossier, le tribunal retient que, peuvent être considérés comme concurrents du magasin Athleticum de Bussigny, les revendeurs situés dans le Nord vaudois - où l'on en dénombre 7 - et sur le Littoral neuchâtelois - où l'on compte un seul revendeur. Les détaillants situés dans la région de Collombey sont au nombre de 27, en tenant compte de la Riviera et du Chablais vaudois ainsi que des districts valaisans de Monthey, St-Maurice, Martigny et Entremont.

Il s'ensuit qu'il y a lieu de reconnaître l'existence d'une convention liant Roger Guenat SA et les 35 détaillants susmentionnés tendant au respect strict des listes de prix.

Il n'y a en revanche aucun élément factuel dans le dossier permettant d'établir qu'Athleticum s'était engagée auprès de Roger Guenat SA à appliquer les prix de revente minimaux de la liste officielle. Un tel engagement est uniquement rapporté par M. Guenat pour rassurer ses autres détaillants. Le seul fait qu'Athleticum ait été livré n'est pas suffisant. Par ailleurs, il ressort de la réponse de ce revendeur au questionnaire établi par l'autorité inférieure (cf. Infra consid. 4.6.4) qu'il ne considérait pas les recommandations de prix comme étant contraignantes. Par conséquent, on ne saurait reconnaître l'existence d'une convention au sens de l'art. 4 al. 1 LCart entre Athleticum et Roger Guenat SA.

4.6.4 Dans le cadre de l'observation de marché, l'autorité inférieure a envoyé un questionnaire à vingt revendeurs de Roger Guenat SA. Seuls dix d'entre eux ont retourné lesdits questionnaires.

4.6.4.1 Un revendeur ayant souhaité garder l'anonymat a déclaré dans sa réponse audit questionnaire :

«Lorsque nous avons repris [Z], M. Roger Guenat nous a clairement dit que si nous ne respectons pas scrupuleusement les prix recommandés, comme par hasard [...] lorsque nous commanderons du matériel, celui-ci ne sera jamais disponible...A nous de jouer le jeu !!! [...]». Un collaborateur de Roger Guenat SA nous a contactés pour nous faire savoir qu'il avait appris «que nous avions fait des rabais à des clients et que cela n'était pas admissible». Ce revendeur indique pratiquer des rabais de

l'ordre de 12,5 %, sans les afficher. Aussi, dès lors qu'il ne respectait pas les prix de revente minimaux fixés par Roger Guenat SA, aucune convention au sens de l'art. 4 al. 1 LCart ne peut être retenue entre ce revendeur et l'importatrice.

4.6.4.2 En revanche, il ressort de la réponse envoyée par le revendeur M. AG que celui-ci s'en tenait strictement aux recommandations de prix, qu'il considérait comme contraignantes. Il n'a toutefois pas répondu à la question de savoir si le respect de celles-ci s'accompagnait de pressions ou d'incitations. Dite déclaration laisse ainsi penser que M. AG s'était engagée auprès de Roger Guenat SA à appliquer les prix minimaux, si bien qu'il y a lieu d'admettre l'existence d'une convention sur les prix de revente minimaux entre Roger Guenat SA et M. AG.

4.6.5 L'autorité inférieure se réfère encore au revendeur A. AG. Il ressort d'un courriel adressé le 5 février 2010 par ce détaillant à Roger Guenat SA ce qui suit :

«Guten Tag Wie wir vernommen haben, verkauft der Sportoutlet in Affoltern am Albis die Petzl Zipka Stirnlampe mit 4 LED für Fr. 43.00, wir halten uns an Ihren VP von Fr. 68.00?»

Confrontée à ce courriel, la recourante a expliqué au cours de son audition que cette grande différence de prix était due au fait qu'il s'agissait d'un modèle ancien. Or, comme le relève l'autorité inférieure, ceci ne change rien au fait que le revendeur, qui a signalé la différence de prix, estime devoir suivre la recommandation de prix de Roger Guenat SA et s'attend à ce que tous les revendeurs s'y tiennent. Ce courriel plaide de ce fait également en faveur d'une convention sur les prix de revente minimaux entre Roger Guenat SA et A. AG.

4.6.6 Enfin, l'autorité inférieure a présenté, dans la décision attaquée, un tableau comparant les prix de la liste officielle avec ceux pratiqués par Bächli en 2010 et dès 2011, date du passage de la recourante au statut d'agente.

Il en ressort qu'en 2010, Bächli appliquait des prix oscillant en moyenne entre -6 % et 4 % par rapport à ceux de la liste officielle. Les prix étaient au maximum 8 % moins chers que les prix conseillés par Roger Guenat SA. Pour l'année 2012 en revanche, la comparaison des prix montre que ce revendeur s'écarte systématiquement et davantage des prix fixés par Roger Guenat SA, en ce sens qu'il existe en moyenne une différence de prix de 9 %, toujours à la baisse. L'autorité inférieure ajoute à cet égard, dans sa réponse, que l'argument de la recourante selon lequel Bächli pratiquait des rabais supérieurs à 10 % n'est pas pertinent dès lors que celle-ci ne se réfère pas aux prix pratiqués durant la période sous investigation. La recourante relève pour sa part que le fait que Bächli publiait sa propre liste de prix pour les produits qu'il achetait à Roger Guenat SA montre qu'il était indépendant. Elle ajoute que la fluctuation du cours franc suisse/euro, et non son passage au statut d'agente, permet d'expliquer pourquoi les écarts ont augmenté en 2011.

La comparaison des prix effectuée par l'autorité inférieure ci-dessus, durant et après la période litigieuse, de même que le fait que Bächli ait dénoncé C. auprès de

Roger Guenat SA car il ne respectait pas la liste de prix recommandés (cf. consid. 4.6.1.1) plaident clairement en faveur d'une convention entre Bächli et le grossiste. Une telle dénonciation montre en effet que le détaillant tenait la liste de prix pour obligatoire et s'attendait à ce que les autres revendeurs des marques distribuées par Roger Guenat SA la respectent également.

4.7 Sur le vu de ce qui précède, le tribunal retient que l'autorité inférieure a apporté la preuve qu'il existait, durant la période sous investigation, une convention sur les prix de revente minimaux entre Roger Guenat SA et J., A. AG, M. AG, Bächli et 35 revendeurs établis dans les régions de Bussigny et de Collombey.

4.8 S'agissant des autres revendeurs de Roger Guenat SA, pour lesquels les éléments du dossier ne permettent pas de déduire, eu égard au principe de présomption d'innocence, qu'ils se sont engagés, expressément ou tacitement, à respecter les prix de revente minimaux, il convient d'examiner s'il existait néanmoins une pratique concertée tendant à l'application de ceux-ci.

4.8.1 Il ressort d'un courriel interne à la société Roger Guenat SA, daté du 10 décembre 2009, que:

«Information importante. Commission de la concurrence. Au cas où quelqu'un vous téléphone pour demander des renseignements, ATTENTION de ne JAMAIS dire que nous cessons de livrer un magasin PARCE qu'il ne tient pas les prix.»

De même, selon les réponses des revendeurs au questionnaire précité envoyé par l'autorité inférieure, ceux-ci - à savoir les dix ayant répondu - ont tous reçu des recommandations de prix du grossiste. Six de ces dix revendeurs ont déclaré s'en tenir exactement à la liste de prix recommandés ou accorder des rabais jusqu'à 10 %. Il s'agit des magasins R. AG, S. AG, T. AG, U., V. et M. AG, pour lequel un accord a été admis (cf. consid. 4.6.4.2). Pour trois revendeurs, les prix établis par Roger Guenat SA étaient contraignants, dont deux ont relevé que ceux-ci s'accompagnaient de pressions, à savoir de menaces de retard ou d'arrêt des livraisons. Ces deux détaillants sont C. (cf. consid. 4.6.1) et le «revendeur anonyme» (cf. consid. 4.6.4.1). Pour quatre revendeurs, il ne s'agissait que de prix recommandés. Trois détaillants n'ont pas renseigné l'autorité inférieure sur ce point.

En outre, le 15 octobre 2012, soit après le prononcé de la décision attaquée, la recourante a envoyé un sondage par courriel à des revendeurs d'articles de sports de montagne distribués par Roger Guenat SA, dont la teneur était la suivante:

«En vue de la préparation de notre recours, pourriez-vous jusqu'au 20 octobre répondre à la question suivante: Dans la vente des produits Petzl aviez-vous l'obligation de suivre la liste de prix de Roger Guenat SA ou aviez-vous la liberté de fixer le prix final à votre client (prix affiché et rabais éventuel) ? Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question par des chiffres. Le but de cette question n'est en effet pas d'obtenir des informations sur votre politique de rabais mais uniquement de démontrer si vous étiez contraints d'appliquer ou non la liste de prix.»

La recourante a reçu 72 réponses, qu'elle a produites à l'appui de son recours. Il en ressort en substance que les revendeurs interrogés n'avaient aucune obligation de suivre la liste de prix et fixaient librement le prix final à leurs clients, sans pression, et accordaient des rabais. Il n'est toutefois pas possible, sur la base de ces réponses, de déterminer si les prix minimaux recommandés étaient (de gré) suivis et si les rabais accordés étaient supérieurs à 10 % par rapport aux prix recommandés. Seuls onze détaillants indiquent expressément qu'ils s'en tenaient à la liste de prix recommandés, à savoir : (...).

4.8.2 Dans la décision attaquée, l'autorité inférieure indique que Roger Guenat SA était, durant la période considérée, l'importatrice exclusive en Suisse des produits des marques Petzl, Beal et Entre-prises. Les revendeurs qui n'étaient pas livrés par Roger Guenat SA n'avaient en principe pas non plus la possibilité de se fournir chez un importateur ou un agent national de la marque dans les pays limitrophes. Une pratique était en effet établie entre les importateurs généraux, à savoir Roger Guenat SA et ses homologues à l'étranger, selon laquelle chacun était responsable pour son pays. Les revendeurs en Suisse des produits desdites marques étaient dès lors dépendants des livraisons de Roger Guenat SA, si bien qu'une menace de suppression des livraisons était grave. Roger Guenat SA disposait ainsi d'un moyen de pression efficace pour faire respecter la politique de prix : ne pas admettre comme revendeurs ceux qui représentaient un danger pour celle-ci et, pour ceux déjà admis à la revente, suspendre ou cesser les livraisons. La politique de prix était appliquée auprès de tous les revendeurs, quelle que soit leur taille. Ces moyens de pression n'en restaient pas au stade de simples menaces mais étaient effectivement mis en oeuvre. Aussi, en raison de la sanction appliquée en cas de non-observation de la liste de prix officielle - laquelle était efficace, dès lors que les revendeurs n'avaient pas de source d'approvisionnement alternative en Suisse et à l'étranger - et par la possibilité dont disposait Roger Guenat SA de contrôler le respect des prix de presque tous les revendeurs, l'autorité inférieure considère que les prix minimaux étaient suivis par la quasi-totalité des détaillants. En effet, l'autorité inférieure relève, s'agissant des clients clés et des «revendeurs 50», qu'il existait un niveau élevé de transparence sur les prix pratiqués aux consommateurs par ces revendeurs. Certains de ceux-ci publiaient des catalogues dans lesquels figuraient les prix. En outre, les articles distribués pouvaient également être achetés en ligne chez les revendeurs les plus importants de cette catégorie, à l'instar de Bächli, Athleticum, Manor, Transat et Eiselin. Etant donné le nombre limité de revendeurs importants (une vingtaine de clients clés et environ 80 «revendeurs 50»), ce contrôle était facile à mettre en oeuvre. Une surveillance du respect des prix de la liste officielle était donc aisée. Dans ce type de magasins, les rabais négociés à la caisse sont rares, voire impossibles. De plus, les fluctuations de volume découlant de prix éventuellement plus bas chez les clients clés étaient facilement détectables par Roger Guenat SA puisqu'elle était la seule source d'approvisionnement de ceux-ci. Cette «surveillance» à distance pouvait être complétée par des visites en magasin ou par des renseignements fournis par des concurrents. Le

contrôle de ces revendeurs, qui représentaient environ 60 % du chiffre d'affaires de Roger Guenat SA, était dès lors sans faille. S'agissant des revendeurs de plus petite taille («revendeurs 43»), en nombre plus élevé (plus de 200 revendeurs), l'autorité inférieure expose qu'ils ne disposaient pas tous d'un catalogue ou d'une liste de prix accessible publiquement ou encore d'un site de vente en ligne. De plus, les rabais à la caisse ne pouvaient être exclus dans ce type de magasins. Les visites spontanées sur place et surtout les dénonciations par des concurrents locaux rendaient cependant la surveillance et la détection possibles. Dès lors que le nombre de revendeurs actifs localement était restreint et que les produits étaient les mêmes, tant les concurrents proches que les consommateurs pouvaient facilement surveiller, respectivement comparer, les prix des différents revendeurs au niveau local. Comme les règles du jeu étaient claires pour tous les revendeurs (les prix ne devaient pas être inférieurs de 10 % par rapport au prix listés) et qu'une différence de prix avait une conséquence directe pour le revendeur (perte de clients), un concurrent était fortement incité à dénoncer à Roger Guenat SA celui qui ne respectait pas l'accord.

Quant aux pièces nouvelles produites par la recourante en annexe à son recours, l'autorité inférieure a relevé dans sa réponse que celles-ci ne modifiaient nullement ses conclusions. Elle a notamment indiqué que les revendeurs ayant répondu audit sondage ne voulaient certainement pas nuire à leur partenaire contractuel et que la question posée ne se référait pas explicitement à la période sous investigation, le système de prix de vente minimaux n'étant plus appliqué depuis 2011, date du passage de Roger Guenat SA au statut d'agente.

4.8.3 La recourante conteste que la liste de prix établie par ses soins était contraignante et qu'elle était suivie. En particulier, s'agissant de la déclaration du «revendeur anonyme», elle relève que celle-ci n'est pas crédible puisqu'il n'est nullement contesté que des rabais pouvaient être effectués par rapport à la liste de prix. De même, elle rétorque que les revendeurs ayant répondu au sondage précité n'étaient plus ses acheteurs dès lors qu'elle n'exerçait justement plus que la fonction d'agente; en outre, ceux-ci n'avaient aucune obligation de répondre à sa demande d'information.

4.8.4 Les réponses aux questionnaires ne sont examinées que dans la mesure où elles contiennent des indications concrètes sur le comportement déterminé et revêtent une valeur probante (cf. arrêt du TAF B-8399/2010 précité Baubeschläge Siegenia consid. 6.3.19). Eu égard à sa liberté en matière d'appréciation des preuves (cf. consid. 4.5.2), le tribunal retient que les déclarations des revendeurs expressément recueillies aux fins de la procédure par le secrétariat et la recourante possèdent une valeur probante moins forte que les pièces, contemporaines, saisies lors de la perquisition de la société distributrice. En effet, dès lors que les revendeurs connaissaient les raisons pour lesquelles ils étaient invités à fournir des renseignements, il ne peut être exclu que leurs réponses aient été orientées, soit par la crainte d'être eux-mêmes inquiétés, dans la mesure où ils auraient suivi les recommandations de prix, soit par la peur de tensions dans leurs relations commerciales, attendu qu'ils revendent les produits de la

marque Petzl pour laquelle la recourante est désormais agente. En outre, il y a lieu de préciser qu'aucune contrainte n'était ressentie par les revendeurs qui, de leur plein gré, suivaient la liste de prix officielle.

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il appert que, durant la période sous investigation, Roger Guenat SA a tenté d'imposer à ses revendeurs des prix de revente minimaux - en ce sens que ceux-là ne devaient pas fixer de prix inférieurs de 10 % à ceux de la liste de prix recommandés - et s'est assuré que ceux-ci soient effectivement appliqués, à l'aide de pressions, soit en les menaçant de retard, voire de suspension, des livraisons en cas de non-respect. Le fait que deux détaillants se soient plaints auprès du grossiste de ce que des concurrents s'écartaient de la liste de prix, qu'ils aient déclaré qu'ils en informeraient les autres revendeurs et qu'ils aient requis des explications ou une intervention de la part de l'importatrice en vue de faire respecter la liste, constitue un indice, selon lequel il était, en principe, attendu des revendeurs qu'ils se conforment aux listes de prix. L'ensemble des courriels contenus dans le dossier constituent en particulier des indices qui, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, plaident plutôt en faveur d'une généralisation de la politique de prix menée par Roger Guenat SA à l'ensemble de ses revendeurs, en ce sens que le fournisseur a très vraisemblablement exigé de ses détaillants le respect de sa liste de prix de revente minimaux. Il faut toutefois relever que, parmi les dix détaillants pour lesquels l'autorité inférieure a reçu une réponse aux questionnaires envoyés, seuls trois ont clairement indiqué avoir subi des pressions de la part de Roger Guenat SA en vue d'un respect strict des prix minimaux.

Quant à savoir si la liste de prix minimaux a effectivement été respectée, de gré ou de force, par la plupart, ou du moins par une part importante, des revendeurs de Roger Guenat SA, force est d'admettre que l'autorité inférieure, qui en supporte la charge et le fardeau, n'en a pas apporté la preuve. La déduction, selon laquelle les recommandations de prix minimaux étaient suivies par la quasi-totalité des revendeurs en raison de la sanction appliquée en cas de non-respect et par la possibilité dont disposait Roger Guenat SA de contrôler l'application des prix de presque tous les revendeurs, relève de la pure conjecture; elle ne repose sur aucun fondement factuel. Les éléments contenus dans le dossier ne suffisent pas à admettre que les menaces de retard ou de suppression des livraisons étaient effectivement exécutées en cas de non-observation des prix recommandés. Seul le cas du revendeur C. a été rapporté par l'autorité inférieure. En outre, un contrôle de tous les revendeurs, en particulier des «revendeurs 43» - lesquels sont plus de 200 -, est quasi impossible. Les dénonciations par des concurrents locaux ne sont par ailleurs envisageables que pour autant que ceux-ci respectent eux-mêmes lesdits prix. La prétendue transparence du marché ne permet pas davantage de déduire que les clients clés et les «revendeurs 50» suivaient effectivement les prix. Sans un contrôle efficace de près de l'ensemble des revendeurs, les menaces émises par Roger Guenat SA ne pouvaient produire de réels effets contraignants. A cet égard, il convient de relever qu'il ressort des cour-

riels précités contenus dans le dossier que des revendeurs s'écartaient effectivement des prix minimaux.

De plus, le respect par les revendeurs de Roger Guenat SA de la liste de prix recommandés est une question empirique qui nécessite des données matérielles. Or, aucunes données portant sur l'évolution des prix pratiqués par les revendeurs de Roger Guenat SA durant et après la période concernée sur les différents marchés n'ont en l'espèce été fournies par l'autorité inférieure, exception faite de celles relatives au revendeur Bächli. De même, dans le cadre de l'observation de marché, l'autorité inférieure n'a envoyé que vingt questionnaires sur les 333 revendeurs que compte Roger Guenat SA et s'est contentée des dix réponses reçues, lesquelles ne sont de plus nullement unanimes sur ce point puisque quatre des détaillants ayant répondu ont déclaré ne pas respecter les prix recommandés. Or, on aurait pu attendre de l'autorité inférieure que, par exemple, elle procède à un examen des prix pratiqués par les revendeurs clés de Roger Guenat SA, ou à tout le moins par la plupart d'entre eux, ainsi que d'une part non négligeable des revendeurs des deux autres catégories pour déterminer si les prix minimaux étaient effectivement suivis et, le cas échéant, qu'elle établisse quelle part du chiffre d'affaires de l'importatrice représentent les revendeurs respectant les recommandations. Il s'ensuit que les investigations menées par l'autorité inférieure pour établir le suivi des prix minimaux sur les marchés pertinents durant la période considérée sont insuffisantes. Il n'est dès lors pas possible, sur la base des éléments rapportés par l'autorité inférieure, d'admettre que tous les revendeurs de Roger Guenat SA, ou du moins une part importante de ceux-ci, s'en tenaient exactement à la liste de prix recommandés.

Ainsi, seules les déclarations précitées, recueillies aux fins de la procédure, contiennent des éléments parlant en faveur d'un suivi effectif des recommandations de prix minimaux. Dans le cadre de l'observation de marché, six détaillants ont ainsi indiqué s'en tenir à la liste officielle, de même que onze des revendeurs interrogés par la recourante (cf. consid. 4.8.1). Dès lors que l'aveu d'un suivi ne sert ni les intérêts des revendeurs ni ceux de la recourante, il y a lieu de reconnaître, sur ce point, une certaine force probante à ces déclarations. En outre, il doit être tenu compte des revendeurs liés par convention avec la recourante dès lors qu'ils ont volontairement respecté les recommandations. Pour le reste, compte tenu des maigres éléments de fait réunis par l'autorité inférieure, on ne saurait admettre un plus large suivi des prix par les revendeurs de Roger Guenat SA.

En conséquence, le tribunal retient, en application du principe de la libre appréciation des preuves, que la preuve du suivi des recommandations de prix n'a été apportée que pour 17 - dont aucun client clé - en sus des 39 liés par convention, à savoir un total de 56, parmi les 333 détaillants de Roger Guenat SA, ce qui représente un sixième. On ne saurait ainsi admettre que lesdites recommandations ont été suivies dans une large mesure. Partant, il y a lieu de reconnaître que l'existence d'une pratique concertée entre les revendeurs et Roger Guenat SA tendant à l'application des prix minimaux recommandés durant la période considérée n'a pas été prouvée (cf. consid. 4.5.3.2).

4.9 En définitive, il convient de reconnaître, pour la période considérée, l'existence d'un accord vertical revêtant la forme de recommandations de prix minimaux, visant une restriction à la concurrence au sens des art. 4 al. 1 et 5 al. 4 LCart, entre Roger Guenat SA et J., A. AG, M. AG, Bächli et 35 revendeurs situés dans les régions de Bussigny et de Collombey. Il est à cet égard précisé que seul Bächli figurait parmi les clients clés de Roger Guenat SA. Pour les autres revendeurs, aucun accord au sens de la LCart ne peut être reconnu.

5.

L'art. 5 al. 4 LCart, entré en vigueur le 1^{er} avril 2004 (cf. RO 2004 1385, p. 1386), crée une présomption d'illicéité pour les accords passés entre des entreprises occupant différents échelons du marché qui imposent un prix de vente minimum ou un prix de vente fixe, ainsi que pour les contrats de distribution attribuant des territoires, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues. De tels accords, qualifiés de «durs», sont de l'avis du législateur parmi les plus dommageables pour la concurrence, de sorte qu'ils sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: CR Concurrence, op. cit., art. 4 al. 1 LCart no 110 p. 254 ss; arrêt du TAF B-420/2008 du 1^{er} juin 2010 Strassenbeläge Tessin consid. 8 en relation avec l'art. 5 al. 3 LCart).

La détermination des prix de vente par le distributeur et l'imposition de ces prix aux revendeurs ont pour effet d'éliminer la concurrence par les prix entre ceux-ci. L'imposition de prix de vente empêche ainsi les revendeurs de baisser leurs prix pour la marque concernée. En d'autres termes, l'effet direct des prix de vente imposés est une hausse de prix. Aussi, les prix de vente imposés peuvent empêcher des revendeurs plus efficaces d'entrer sur le marché ou de parvenir à une taille critique grâce à des prix inférieurs. Un distributeur disposant d'un pouvoir de marché peut également recourir aux prix de vente imposés pour évincer du marché des concurrents plus petits. Les prix de vente imposés ont également pour effet d'atténuer la pression sur la marge bénéficiaire du fournisseur. Les marges des revendeurs étant ainsi préservées, ils ne sont pas incités à négocier de meilleures conditions avec leur fournisseur. De même, la marge supérieure que les prix de vente imposés sont susceptibles de garantir aux revendeurs peut inciter ceux-ci à recommander aux clients la marque concernée plutôt que d'autres marques concurrentes, même si ce conseil n'est pas dans l'intérêt de ces clients ou à ne pas vendre du tout les marques concurrentes (cf. pt 224 des Lignes directrices sur les restrictions verticales).

En l'espèce, il y a lieu d'admettre que les accords verticaux revêtant la forme de recommandations, fondés sur des conventions passées entre Roger Guenat SA et J., A. AG, M. AG, Bächli et 35 revendeurs établis dans les régions de Bussigny et de Collombey, imposant auxdits revendeurs des prix de vente minimaux, de manière indirecte, par la fixation d'un rabais maximal de 10 % par rapport à la liste de prix officielle, sont présumés entraîner la suppression de la concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 4 LCart (cf. consid. 4.2).

5.1 La présomption d'illicéité contenue à l'art. 5 al. 4 LCart est réfragable. La LCart ne précise cependant pas

à quelles conditions celle-ci peut être renversée. Selon la jurisprudence, le renversement exige la preuve qu'une concurrence efficace suffisante subsiste sur le marché de référence nonobstant l'accord en matière de concurrence (cf. ATF 129 II 18 Sammelrevers consid. 8.3.2; arrêt du TAF B-420/2008 précité Strassenbeläge Tessin consid. 7 et 9; Comco, DPC 2009/2, p. 143, Sécateurs et cisailles, ch. 39; message LCart 1995 ch. 231.4 p. 561; BORER, op. cit., art. 5 LCart no 31 p. 80; KRAUSKOPF/SCHALLER, in: BSK KG, op. cit., art. 5 no 574 p. 439). L'art. 5 al. 4 LCart règle ainsi le fardeau de la preuve, c'est-à-dire les conséquences d'une absence de preuves: s'il ne peut être prouvé qu'une concurrence efficace suffisante subsiste malgré la restriction, la présomption l'emporte; la suppression de la concurrence efficace est admise sans autre démonstration (cf. ATF 129 II 18 Sammelrevers consid. 7.1 et réf. cit.). En procédure administrative, le recours à la présomption ne signifie toutefois pas que la charge de la preuve appartient aux seules parties à l'accord incriminé. Celles-ci ont certes le plus grand intérêt à ce que la présomption soit renversée; cependant, pour être convaincante, la démonstration doit parfois s'appuyer sur des données, qui leur échappent, relatives aux conditions objectives du marché. Le cas échéant, les autorités de la concurrence devront, en application de la maxime inquisitoire et en collaboration avec les entreprises concernées (cf. consid. 4.5.1), examiner si, malgré l'accord, une concurrence efficace suffisante subsiste. Ainsi, les autorités de la concurrence ne doivent pas confirmer la présomption ancrée à l'art. 5 al. 4 (al. 3) LCart; elles peuvent toutefois la renverser (cf. message LCart 1995 ch. 231.4 p. 560 ss; arrêt du TAF B-420/2008 précité Strassenbeläge Tessin consid. 7 et 9 et réf. cit.; DOSS, op. cit., p. 46 no 75).

Ceci étant, il convient d'examiner si la présomption légale de suppression de la concurrence efficace, à laquelle sont soumis les accords litigieux, peut en l'espèce être renversée.

5.2 Selon le ch. 11 CommVert, le renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace nécessite un examen du marché dans son ensemble, à la lumière de la concurrence intramarque et intermarques. Est décisive, la présence d'une concurrence intramarque ou intermarques suffisante sur le marché pertinent ou celle d'une combinaison des deux conduisant à une concurrence efficace suffisante.

5.3 En l'occurrence, l'autorité inférieure a admis que la présomption d'illicéité était renversée sur tous les marchés pertinents, à l'exception de celui des lampes frontales. La recourante rétorque - dans l'hypothèse d'un accord en matière de concurrence - que la présomption est également renversée sur le marché des lampes frontales. Ce seul point est dès lors litigieux.

Le message du Conseil fédéral précise ce qu'il convient d'entendre par concurrence efficace: «la concurrence doit inciter, voire forcer, les entreprises à optimiser l'utilisation des ressources, à adapter produits et production aux conditions externes et à innover au niveau des produits et des procédés de production. Il y a donc concurrence efficace lorsque, sur un marché donné, ces fonc-

tions fondamentales de la concurrence ne sont pas faussées» (cf. message LCart 1995, ch. 143.3 p. 515).

Afin de déterminer l'intensité de la concurrence, il est avant tout nécessaire de délimiter le marché de référence du point de vue matériel et géographique. La délimitation du marché pertinent - laquelle relève de l'appréciation des faits - permet de constater si, et dans quelle mesure, la concurrence efficace est effectivement supprimée par un accord en matière de concurrence (cf. arrêt du TAF B-8399/2010 précité Baubeschlüge Siegenia consid. 6.1.2). La notion de marché de référence n'est pas définie dans la loi. L'art. 11 al. 3 let. a et b de l'ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE, RS 251.4) peut toutefois, dans le cadre de l'appréciation des accords en matière de concurrence, être appliqué par analogie à la délimitation matérielle et géographique du marché de référence (cf. arrêt du TAF B 420/2008 précité Strassenbeläge Tessin consid. 9.1 et réf. cit.; Secrétariat Comco, DPC 2011/2, p. 248, Markt für Hörgeräte, ch. 142 et 148). Ainsi, outre le marché de produits, qui 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 (art. 11 al. 3 let. a OCCE), il convient également de circonscrire le marché géographique. Celui-ci 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 (art. 11 al. 3 let. b OCCE).

5.3.1 A l'instar de l'autorité inférieure, il y a lieu d'admettre que les partenaires potentiels de l'échange de Roger Guenat SA sur le marché des produits sont les revendeurs d'articles de sports de montagne. Les produits destinés aux activités verticales représentent une gamme relativement large qu'il est possible de classer dans les catégories suivantes: harnais, casques, cordes, mousquetons, piolets, crampons et lampes frontales. Chaque catégorie de produits constitue un marché séparé.

5.3.2 Quant au marché géographique, l'autorité inférieure indique que les producteurs des produits en question, à savoir notamment Mammut, Black Diamond et Petzl, opèrent en principe dans chaque pays d'Europe avec un partenaire national de distribution lequel bénéficie d'une expérience et des connaissances du pays. Ceux-ci disposent ainsi en Suisse d'une filiale, d'une organisation nationale ou encore d'un partenaire national de distribution. Un comparatif, effectué par l'autorité inférieure, entre les prix pratiqués en Suisse et ceux en vigueur dans trois pays voisins (Allemagne, Autriche, France) pour les catégories de produits analysées montre que les prix en Suisse diffèrent sensiblement - à la hausse - de ceux appliqués dans les pays limitrophes. Enfin, selon des données, établies par l'Office Fédéral de la Statistique (OFS), relatives aux achats en articles de sport des consommateurs en Suisse, les ménages privés en Suisse effectuent plus de 90 % de leurs achats d'articles de sport en Suisse.

Partant, eu égard aux éléments recueillis et analysés de manière convaincante par l'autorité inférieure, la délimitation nationale - choisie par l'autorité inférieure - du

marché géographique, du point de vue du consommateur final, apparaît fondée, ce que la recourante ne conteste par ailleurs pas.

5.4 Ceci étant, il convient d'examiner si, nonobstant l'accord en cause, il subsistait, durant la période considérée, une concurrence intramarque et/ou intermarques suffisante sur le marché des lampes frontales en Suisse.

5.4.1 La loi ne définit pas la concurrence intramarque ; elle ne fournit pas non plus d'indication permettant de déterminer dans quel cas elle est ou non suffisante. Selon la doctrine, une concurrence intramarque - à savoir une concurrence entre revendeurs de produits de la même marque - peut subsister de manière suffisante malgré l'existence d'un accord sur les prix si les entreprises parties audit accord continuent à se concurrencer. Tel est le cas si elles ne respectent pas ou pas suffisamment l'accord ou si elles se concurrencent sur d'autres paramètres que le prix, tels le conseil ou le service (concurrence intramarque interne) (cf. KRAUSKOPF/SCHALLER, in: BSK-KG, op. cit., art. 5 no 596 ss p. 442). A cet égard, l'autorité inférieure a considéré, dans l'affaire Hors-Liste Medikamente, qu'un suivi d'environ 63% était trop élevé pour admettre l'existence d'une concurrence intramarque suffisante (cf. Comco, DPC 2010/4, p. 649, Hors-Liste Medikamente, ch. 202 ss). Dans l'affaire Festool, le secrétariat a admis que la concurrence intramarque était suffisante dès lors que 26 % des revendeurs étaient d'avis que la recommandation de prix était obligatoire et la suivaient (cf. Secrétariat Comco, DPC 2011/3, p. 364, Festool, ch. 59). Une concurrence intramarque suffisante peut aussi résulter du fait que les revendeurs participant à l'accord sont peu nombreux ou ne disposent que d'une part de marché limitée; ceux-ci se trouvent alors en concurrence avec les entreprises non parties à l'accord pour le produit en question (concurrence intramarque externe) (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart no 661 p. 582). C'est à l'aune des parts de marché des concurrents liés et non liés par l'accord que l'on peut estimer l'intensité de la concurrence intramarque. S'agissant du taux déterminant pour admettre ou réfuter la présence d'une concurrence intramarque suffisante, il doit nécessairement être évalué au cas par cas. La pratique de l'autorité inférieure ne donne pas de lignes directrices claires: dans l'affaire Markt für Hörgeräte, une concurrence intramarque suffisante a été admise alors que des revendeurs, représentant 35 % de parts de marché, ne respectaient pas la recommandation (cf. Secrétariat Comco, DPC 2011/2, p. 248, Markt für Hörgeräte, ch. 154), tandis que, dans le cas Hors-Liste Medikamente, les mêmes parts de marché ont été considérées comme insuffisantes (cf. Comco, DPC 2010/4, p. 649, Hors-Liste Medikamente, ch. 202 ss). Si cette pratique est source d'insécurité, elle signifie toutefois qu'à partir de parts de marché de 35 %, la concurrence intramarque peut être suffisante. Elle signifie également que l'on ne peut donner d'estimation générale sur l'ampleur des parts de marché déterminantes; il y a lieu de considérer les circonstances de chaque cas, compte tenu également d'une approche globale, prenant en considération la concurrence intermarques (cf. ANTIPAS, op. cit., p. 352 ss).

5.4.2 Si la concurrence intramarque est faible ou inexistante, il convient d'analyser la concurrence intermarques actuelle, c'est-à-dire s'il existe une concurrence avec des substituts provenant d'autres producteurs (cf. ch. 11 CommVert; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart no 203 p. 483). Il s'agit à cet égard de déterminer d'une part, les parts de marché détenues par les concurrents d'autres marques et, d'autre part, si celles-ci sont suffisantes - le cas échéant, en combinaison avec la concurrence intramarque résiduelle - à renverser la présomption. A défaut, on examinera également la concurrence intermarques potentielle (cf. Antipas, op. cit., p. 356).

5.5 Partant, il s'agit tout d'abord d'examiner si, nonobstant l'existence d'une convention sur les prix de revente minimaux entre Roger Guenat SA et J., A. AG, M. AG, Bächli et 35 revendeurs situés dans les régions de Bussigny et de Collombey, il subsistait, entre 2006 et 2010, une concurrence efficace suffisante entre les revendeurs de lampes frontales Petzl en Suisse - concurrence intramarque.

5.5.1 Comme exposé ci-dessus (cf. consid. 4.8.2), l'autorité inférieure considère qu'il y avait un accord en matière de concurrence sur les prix de revente minimaux entre Roger Guenat SA et chacun de ses revendeurs. Elle estime en effet que la liste de prix minimaux était suivie par la quasi-totalité des détaillants en raison de la menace de sanction appliquée en cas de non-respect, ainsi que par la possibilité dont disposait Roger Guenat SA de contrôler le respect des prix de presque tous les revendeurs. Ceci étant, elle a retenu une absence de concurrence intramarque sur les prix sur tous les marchés pertinents durant la période considérée.

En conséquence, l'autorité inférieure a examiné s'il subsistait sur les marchés de référence une concurrence intermarques suffisante. S'agissant du marché des lampes frontales en particulier, elle a indiqué que, parmi toutes les catégories de produits distribués par Roger Guenat SA, celui-ci constituait le marché principal de l'importatrice du point de vue du chiffre d'affaires. En substance, elle a relevé que le marché des lampes frontales était un marché concentré, dominé par trois acteurs principaux, et que Roger Guenat SA, avec la marque Petzl, y occupait, durant les années 2006-2010, de loin le premier rang avec une part de marché qui est passée, au cours de cette période, de [70-80] % à [60-70] %, à la suite de l'entrée sur le marché de deux nouveaux concurrents. L'examen des parts de marché a ainsi montré que le grossiste détenait la majorité du marché des lampes frontales et, selon les années, même plus du double de la somme des parts de marché des autres acteurs. L'autorité inférieure a ainsi conclu que, durant la période visée, la concurrence intermarques sur le marché des lampes frontales pouvait être qualifiée d'insuffisante. En conséquence, elle a admis que la présomption de suppression de la concurrence efficace n'était pas renversée sur le marché des lampes frontales.

5.5.2 Comme démontré plus haut (cf. consid. 4.9), un accord vertical en matière de concurrence sur les prix de revente minimaux n'a été établi qu'en ce qui concerne J., A. AG, M. AG, Bächli et 35 revendeurs situés dans les

régions de Bussigny et de Collombey. Il ressort du dossier que Bächli et A. AG étaient actifs sur le marché des lampes frontales Petzl durant la période considérée. Les pièces versées au dossier ne permettent en revanche pas de déterminer si les autres détaillants liés par la convention étaient également actifs sur ce marché. Le dossier ne permet pas non plus de définir le nombre total de revendeurs de Roger Guenat SA actifs sur le marché des lampes frontales, pas plus que la position occupée par Bächli et A. AG sur ce marché durant la période considérée. Il ressort uniquement du dossier qu'à l'époque, Bächli était le revendeur le plus important de Roger Guenat SA et que, durant les années 2006-2010, celle-ci a réalisé plus de 80% de son chiffre d'affaires dans le domaine «sport» avec des produits de la marque Petzl, étant précisé que cette marque ne concerne pas uniquement les lampes frontales. En outre, selon un document interne de Roger Guenat SA daté de 2008, 10 % de ses clients représentaient environ 80 % de son chiffre d'affaires; de plus, le domaine «sport» constituait durant les années 2006-2010 plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total.

Ainsi, il est établi que deux détaillants - dont un des clients clés - étaient très vraisemblablement liés, durant la période visée, par un accord sur les prix. Dans ces circonstances, on ne saurait considérer que l'accord en cause a supprimé la concurrence intramarque sur le marché des lampes frontales en Suisse entre 2006 et 2010. Il n'en va pas différemment même à supposer que tous les revendeurs liés par la convention étaient actifs sur le marché des lampes frontales. En effet, les détaillants participant à l'accord sont dans tous les cas trop peu nombreux - par rapport à l'ensemble de ceux travaillant avec Roger Guenat SA - pour que celui-ci supprime la concurrence intramarque sur les prix sur le marché des lampes frontales.

Sur le vu de ce qui précède, le tribunal retient que l'accord vertical en cause n'a pas supprimé la concurrence intramarque sur les prix sur le marché pertinent des lampes frontales en Suisse entre 2006 et 2010. Point n'est dès lors besoin d'examiner la concurrence intermarques résiduelle sur ce marché (cf. consid. 5.4.2).

En conséquence, il sied de reconnaître que c'est à tort que l'autorité inférieure a considéré que la présomption légale de suppression de la concurrence efficace n'était pas renversée sur le marché des lampes frontales durant la période sous investigation.

6.

Dès lors qu'il a été établi que l'accord vertical sur les prix de revente minimaux entre Roger Guenat SA et les revendeurs liés ne supprimait la concurrence efficace sur aucun des marchés pertinents, il convient, à ce stade, d'examiner si celui-ci n'affecte néanmoins pas la concurrence de manière notable au sens de l'art. 5 al. 1 LCart (cf. Secrétariat Comco, DPC 2012/2, p. 171, FTTH Freiburg, ch. 303).

6.1 Si la LCart ne s'applique pas aux atteintes légères à la concurrence -celles-ci étant autorisées sans autre examen matériel -, elle ne définit pas pour autant ce qu'il convient d'entendre par «notable». Le message du Conseil fédéral renvoie à la pratique développée sous l'em-

pire de la aLCart 1985, laquelle contenait déjà le critère de la notabilité comme condition préalable à l'application des dispositions matérielles sur les cartels (cf. message LCart 1995, ch. 231.1 p. 551 ss). Cependant, comme le relève à juste titre Hoch Classen, le renvoi à la pratique développée sous la aLCart 1985 est inapproprié. Contrairement à la LCart, celle-ci différenciait en effet, d'un point de vue du droit matériel, entre l'illicéité selon le droit privé et selon le droit administratif. Aussi, la notion de notabilité ne peut plus être comprise selon l'ancien droit (cf. HOCH CLASSEN, op. cit., p. 267; arrêt du TAF B-506/2010 précité Gaba consid. 11.1.4). La plupart des lois cartellaires étrangères connaissent par ailleurs également des critères permettant d'établir si une restriction engendre des effets notables (erheblich) ou sensibles (spürbar) (cf. message LCart 1995, ch. 231.1 p. 552; MARINO BALDI, Für eine «informierte» Wettbewerbspolitik, PJA 2012 p. 1183 ss, spéc. p. 1186).

Selon la jurisprudence, une affectation de la concurrence existe si la liberté d'action des concurrents est restreinte par un accord portant sur un ou plusieurs paramètres concurrentiels. Dès lors que la LCart veut protéger, à côté de la concurrence individuelle, également la concurrence en tant que telle (concurrence institutionnelle), la notabilité ne doit plus être appréciée à la légère du seul point de vue de l'entrepreneur mais en lien avec le fonctionnement de la concurrence efficace (cf. ATF 129 II 18 Sammelrevers consid. 5.1 et 5.2.1; BORER, op. cit., art. 5 LCart no 19 p. 72 ss).

6.2

6.2.1 Sont considérés comme qualitativement graves, les accords ayant notamment pour objet (ch. 12 par. 2 CommVert): de restreindre la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente, sans préjudice de la possibilité pour le fournisseur d'imposer un prix de vente maximal ou de recommander un prix de vente, à condition que ces derniers n'équivassent pas à un prix de vente fixe ou minimal sous l'effet de pressions exercées ou d'incitations par l'une des parties (let. a). Le ch. 12 par. 2 let. a CommVert est à cet égard identique à la restriction, contenue à l'art. 4 pt a) du règlement d'exemption par catégorie, retirant le bénéfice de l'exemption par catégorie et qualifiée de restriction caractérisée (cf. consid. 4.2.1). En particulier, le ch. 15 par. 2 CommVert précise que les recommandations de prix sont considérées comme qualitativement graves si elles ont le même effet que des accords imposant des prix fixes ou minimaux, en raison de pressions ou d'incitations de la part d'une entreprise partie à l'accord. Aussi, selon l'autorité inférieure, les accords imposant un prix de revente minimal ou fixe pour lesquels la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart a pu être renversée, entraînent une restriction qualitativement notable à la concurrence. L'autorité inférieure a admis, dans de récentes décisions, que les restrictions visées à l'art. 5 al. 4 LCart - en l'espèce un accord sur les prix de revente - avaient «té considérées par le législateur comme particulièrement nuisibles pour une concurrence efficace [et] rempliss[ai]ent l'élément qualitatif de notabilité de par leur nature déjà» (cf. Comco, DPC 2009/2, p. 143, Sécateurs et cisailles, ch. 75; Comco, DPC 2010/4, p. 649, Hors-Liste Medikamente, ch. 150 et 229 ss; Comco, DPC 2010/1, p. 65, Gaba, ch. 305; cf. pour une critique : AMS-

TUTZ/CARRON/REINERT, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart no 190 p. 480 et renvois; cf. également arrêts du TAF B 506/2010 précité Gaba consid. 11.1.8 et B-3332/2012 du 13 novembre 2015 BMW consid. 9.1.4; HANSUELI RAGGENBASS, BO 2002 N 1436). L'analyse qualitative a ainsi traité l'importance du paramètre concurrentiel touché par l'accord (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, op. cit., art. 5 LCart no 176 p. 475, VENTURI/VONLANTHEN, op. cit., p. 144 no 62, KRAUSKOPF/SCHALLER, in: BSK-KG, op. cit., art. 5 no 186 p. 388).

6.2.2 Dans la décision déferée, l'autorité inférieure indique que l'accord vertical en cause est particulièrement grave du point de vue qualitatif. Comme déjà exposé ci-dessus (cf. consid. 4.8.2), elle relève que Roger Guenat SA a non seulement imposé des prix de revente minimaux mais a également mis en place un système de contrôles et de sanctions afin de veiller au respect de ceux-ci par tous les revendeurs, assurant ainsi une application particulièrement effective de sa politique de prix. Elle ajoute en outre que les preuves dont elle dispose démontrent clairement que Roger Guenat SA a cherché à maintenir les prix des produits vendus en Suisse à un niveau élevé; elle a en effet mis tout en oeuvre pour éviter une pression sur les prix, comme le montre à titre d'exemple le cas du revendeur Athleticum (cf. consid. 4.6.3).

6.2.3 En l'espèce, les recommandations de prix verticales émises par Roger Guenat SA sont constitutives d'un accord sur les prix de revente minimaux au sens des art. 4 al. 1 et 5 al. 4 LCart (cf. consid. 5). Ainsi, il y a lieu d'admettre que l'accord en cause satisfait à la condition de la notabilité qualitative, ce qui n'est au demeurant pas contesté par la recourante.

6.3 Il convient ensuite de déterminer si, pour conclure à une affectation notable de la concurrence, des critères quantitatifs doivent également entrer en ligne de compte.

6.3.1 La pratique de l'autorité inférieure quant à la notabilité a également connu des développements divers (pour un aperçu: cf. HOCH CLASSEN, op. cit., p. 271 ss; KRAUSKOPF/SCHALLER, in: BSK-KG, op. cit., art. 5 no 167 ss p. 385 ss). La aCommVert 2007 - à l'instar de la aCommVert 2002 - retenait une notabilité per se de certains accords verticaux, en particulier ceux pour lesquels la présomption de suppression de la concurrence efficace avait été renversée (cf. ch. 10 par. 3 aCommVert 2007) et ceux décrits par le ch. 12 aCommVert 2007: «Notabilité en raison de l'objet de l'accord» (cf. REYMOND, in: CR Concurrence, op. cit., art. 6 LCart no 154 p. 622 et réf. cit.). Néanmoins, depuis la décision de principe Sécateurs et cisailles (cf. Comco, DPC 2009/2, p. 143, Sécateurs et cisailles), l'autorité inférieure semble en principe considérer qu'une analyse combinée des paramètres qualitatif et quantitatif est nécessaire pour déterminer si la concurrence est notablement affectée, indépendamment du paramètre concurrentiel touché par l'accord (cf. Secrétariat Comco, DPC 2011/3, p. 364, Festool, ch. 61 ss et 65; Comco, DPC 2011/3, p. 372, Behinderung des Online-Handels, ch. 81 ss et 113 ss). Cette pratique a notamment trouvé concrétisation dans l'actuelle CommVert, dont le ch. 12, intitulé «Restrictions notables de la concurrence», prévoit au par. 1 que l'exis-

tence d'une affectation notable s'examine au regard de critères tant qualitatifs que quantitatifs. Elle ne prévoit en particulier plus de notabilité per se des prix de revente imposés (cf. à ce sujet: ANDREA GRABER, Die neue Vertikalbekanntmachung 2010 der WEKO, Jusletter du 23 août 2010 no 13). Ainsi, une approche plus économique est adoptée (more economic approach), tenant compte des effets observés de l'accord et des caractéristiques du marché concerné dans le cas particulier (cf. REYMOND, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 6 LCart no 154 p. 622).

L'autorité inférieure semble cependant vouloir assouplir cette condition de la double notabilité. Dans des décisions récentes, elle a en effet affirmé qu'en présence d'une restriction qualitative importante, il ne faudrait pas formuler d'exigences trop élevées en ce qui concerne l'élément quantitatif et qu'il suffirait de constater que l'accord en question produit des effets sur le marché pertinent (cf. Comco, DPC 2010/4, p. 717, Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren, ch. 319; Secrétariat Comco, DPC 2012/2, p. 171, FTTH Freiburg, ch. 303 note de bas de page no 121). Cette pratique a été critiquée en doctrine; elle serait erronée d'un point de vue économique et ne correspondrait pas à la volonté du législateur et à la jurisprudence du Tribunal fédéral. Selon la doctrine, les accords verticaux ne peuvent entraîner des effets indésirables que si les entreprises participantes détiennent un pouvoir de marché ou s'il n'y a pas de concurrence intermarques efficace. Aussi, il serait faux d'imposer des exigences quantitatives plus sévères pour certains accords verticaux que pour d'autres. Dans tous les cas, l'existence de simples effets de l'accord sur le marché pertinent ne peut autoriser les autorités de la concurrence à admettre automatiquement une affectation notable de la concurrence. En effet, un accord portant sur un paramètre concurrentiel produit par définition des effets sur le marché pertinent, sans pour autant entraîner nécessairement une affectation notable: une concurrence efficace peut tout à fait subsister malgré l'accord (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart no 139 et 175 p. 465 et 474; AMSTUTZ/REINERT, op. cit., p. 106 ss; GRABER, op. cit., ch. 13).

6.3.2 Le Tribunal fédéral s'est par le passé fondé sur des critères quantitatifs et qualitatifs pour juger de la notabilité d'un accord en matière de concurrence. Il a ainsi retenu qu'il y avait affectation notable de la concurrence si l'accord portait sur un paramètre concurrentiel sur le marché de référence correspondant et si les entreprises participantes disposaient d'une part de marché importante. Il a en effet admis que, dès lors que la loi part du principe qu'un accord sur les prix est présumé supprimer la concurrence efficace, une suppression de la concurrence sur les prix constitue au moins une affectation notable de la concurrence dans la mesure où elle concerne des biens avec une part de marché importante. En l'espèce, la part de marché s'élevait à environ 90%; le Tribunal fédéral a reconnu une affectation notable de la concurrence (cf. ATF 129 II 18 Sammelrevers consid. 5.2.1, 5.2.2 et réf. cit.).

6.3.3 Dans ses arrêts concernant les affaires Gaba/Gebro, le Tribunal administratif fédéral a examiné si un contrat de licence stipulant une interdiction des

ventes passives affectait notablement la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart. Il a à cet égard confirmé que l'examen de la notabilité d'un accord en matière de concurrence devait en principe être effectué dans le cadre d'une appréciation d'ensemble des critères qualitatifs et quantitatifs. Cependant, il a, en l'espèce, retenu qu'un accord par lequel Gebro s'interdisait envers Gaba d'exporter ses produits en dehors du territoire autrichien constituait en principe une restriction notable à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart. En effet, il a affirmé que les restrictions dures à la concurrence constituaient en soi d'un point de vue qualitatif une restriction notable à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, sans que l'aspect quantitatif ne doive nécessairement être examiné en l'espèce. Il a ainsi admis que, dès lors que l'art. 5 al. 4 LCart établit la présomption qu'une exclusion des ventes passives est suppressive de concurrence, une telle exclusion présente en principe, a maiore ad minus, une notabilité au sens de l'art. 5 al. 1 LCart en cas de renversement de la présomption (cf. arrêts du TAF B-506/2010 précité Gaba consid. 11.1.8, 11.3.4 et réf. cit. et B-463/2010 du 19 décembre 2013 Gebro consid. 11.1.4, 11.3.4 et réf. cit.; cf. également, dans le même sens: MARINO BALDI, Kartellgesetzrevision: Vom Widersinn der Teilkartellverbote, PJA 2014 p. 960 ss, spéc. p. 962; MARINO BALDI/FELIX SCHRANER, Gaba-Urteil des Bundesverwaltungs-gerichts als wettbewerbsspolitischer Markstein, RSJ 110/2014 p. 501 ss, spéc. p. 509 ; Baudenbacher, op. cit., no 2). Ces considérations se référant à des accords verticaux opérant des répartitions géographiques sont désormais confirmées par l'arrêt BMW (cf. arrêt du TAF B-3332/2012 précité BMW consid. 9.1). Elles pourront être examinées par le Tribunal fédéral dans le cadre du recours pendant contre l'arrêt Gaba.

Dans ses arrêts Baubeschläge Siegenia et Baubeschläge Koch, portant sur un accord horizontal sur les prix au sens de l'art. 5 al. 3 let. a LCart, le Tribunal administratif fédéral a retenu que de lege lata l'autorité inférieure devait déterminer si la concurrence était affectée notablement par l'accord en question et, partant, examiner les effets de l'accord sur le marché (cf. arrêts du TAF B-8399/2010 précité Baubeschläge Siegenia consid. 6.1.3 et B-8430/2010 du 23 septembre 2014 Baubeschläge Koch consid. 7.1.3; cf. également BREITENMOSER, op. cit., p. 3 no 2; dans le même sens : cf. RETO JACOBS, Entwicklungen im Kartellrecht, RSJ 111/2015 p. 229 ss, spéc. p. 232; DANIEL ZIMMERLI, Urteile des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen «Fensterbeschläge», dRSK publié le 10 avril 2015 no 18; contra: cf. BALDI/SCHRANER, Die Kartellrechtlichen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Fall «Baubeschläge», op. cit., p. 273; cf. également sur cette question: ANDREAS HEINEMANN, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, Jusletter du 29 juin 2015 no 20 ss).

6.3.4 En cas d'accord vertical imposant un prix de vente minimum, le Tribunal administratif fédéral n'entend pas s'écarter de la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui s'est jusqu'ici fondée sur des critères quantitatifs et qualitatifs pour juger de la notabilité d'un tel accord (cf. ATF 129 II 18 Sammelrevers consid. 5.2.1, 5.2.2 et réf. cit.; cf. également arrêt du TF 2A.430/2006 du 6 février 2007

consid. 3.3 et 4), et de la Commvert, qui prescrit de tenir compte de ces deux critères (cf. également arrêt du Tribunal de commerce du canton de Zurich du 17 décembre 2014 consid. 7.3.4, in: ZR 114/2015 p. 86). Toutefois, la pesée de ces deux critères s'effectue au cas par cas et dans le cadre d'une appréciation d'ensemble. Ainsi, une atteinte qualitativement grave peut être notable malgré ses effets limités sur le plan quantitatif. Inversement, une atteinte ayant des effets importants d'un point de vue quantitatif peut affecter la concurrence de manière notable, même si elle n'est pas grave d'un point de vue qualitatif (ch. 12 par. 1 CommVert). En effet, d'un point de vue quantitatif, des exigences moins strictes suffisent pour qualifier de restrictions notables à la concurrence des accords qui, en raison de leur objet, sont considérés comme qualitativement graves (consid. IX CommVert).

Les accords mentionnés aux al. 3 et 4 de l'art. 5 LCart sont présumés supprimer toute concurrence; ils affectent en conséquence notablement la concurrence du point de vue qualitatif. De même, dès lors qu'on présume qu'un accord opérant des répartitions géographiques ou fixant les prix des marchés supprime la concurrence, on peut a maiore ad minus présumer qu'il affecte quantitativement notablement la concurrence. Toutefois, comme la présomption de suppression de la concurrence, prévue expressément par la loi, est réfragable, celle que l'on déduit, par interprétation légale, pour la notabilité au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, des al. 3 et 4 de l'art. 5 LCart, doit nécessairement l'être également. Il s'ensuit qu'il doit être possible non seulement de démontrer que la concurrence n'a pas été supprimée mais encore qu'elle n'a pas été affectée de manière notable. Par conséquent, il convient d'examiner, en particulier à l'aune des griefs soulevés par la recourante, si l'accord litigieux est notable également du point de vue quantitatif.

6.4

6.4.1 S'agissant des éléments quantitatifs, se fondant sur le ch. 12 par. 1 CommVert précité (cf. consid. 6.3.1), l'autorité inférieure indique dans la décision attaquée que, pour déterminer si l'accord affecte la concurrence de manière notable sur le plan quantitatif, il y a lieu d'examiner la concurrence actuelle exercée par d'éventuels outsiders à l'accord, ce qui revient à examiner dans le cas présent la concurrence intermarques. Elle précise qu'une concurrence intermarques suffisante limite l'incitation du fabricant et des revendeurs à demander des prix trop élevés aux acheteurs qui risquent de substituer aux produits soumis aux prix minimaux des produits d'autres marques concurrentes moins chers. Dès lors qu'elle a considéré qu'il y avait un accord en matière de concurrence sur les prix de revente minimaux entre Roger Guenat SA et chacun de ses revendeurs, l'autorité inférieure a retenu une absence de concurrence intramarque sur les prix (cf. consid. 5.5.1).

Ainsi, elle expose que, sur les différents marchés, on retrouve en principe toujours les trois mêmes grands acteurs - Mammüt, Roger Guenat SA et Black Diamond - lesquels disposent, toutes catégories confondues, des parts de marché les plus élevées, à savoir 20-30 % chacun. Malgré des pertes de parts de marché sur certaines catégories de produits entre 2006 et 2010, Roger Gue-

nat SA est restée, selon l'autorité inférieure, un des principaux grossistes d'articles de sports de montagne en Suisse, durant la période considérée, occupant la deuxième place après Mammüt. En outre, l'autorité inférieure relève qu'un accord sur un marché présentant une telle structure peut favoriser un accord horizontal sur les prix entre les différents producteurs d'articles de sports de montagne. De même, le marché étant également concentré du côté des revendeurs – 10 % des clients de Roger Guenat SA représentent environ 80 % de son chiffre d'affaires - c'est en principe dans une telle constellation, indique l'autorité inférieure, où tant le producteur que les revendeurs disposent d'une puissance de marché, que l'on peut s'attendre à trouver des restrictions verticales efficaces. Ainsi, la position des partenaires à l'échange de Roger Guenat SA peut être considérée de manière globale comme insuffisamment forte pour limiter l'effet de l'accord entre Roger Guenat SA et ceux-ci. Dès lors, compte tenu de la part de marché de l'importatrice sur tous les marchés ainsi que de la structure de marché, l'accord doit être considéré comme affectant notablement la concurrence. L'autorité inférieure retient ainsi que tant de manière globale, qu'au niveau de chaque catégorie de produits, l'accord vertical en cause a affecté de manière notable la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart sur les marchés des harnais, casques, piolets et crampons, mousquetons et cordes. Elle a ajouté qu'à supposer que la présomption de suppression de la concurrence efficace soit renversée sur le marché pertinent des lampes frontales, celle-ci serait dans tous les cas affectée de manière notable compte tenu de la position dominante occupée par Roger Guenat SA sur ce marché.

S'agissant en particulier du marché des cordes, l'autorité inférieure relève que ce marché était en 2010 dominé par Mammüt, lequel disposait d'une part de marché de [70-80] %, et par Roger Guenat SA qui détenait une part de marché de [10-20] %. Elle relève que l'évolution dynamique des parts de marché montre que Roger Guenat SA a connu une progression des ventes sur les années 2006-2010. En outre, dès lors que le seuil d'affectation quantitative en présence d'une restriction qualitativement grave n'est pas élevé, une affectation notable ne pourrait être niée que si Roger Guenat SA n'était qu'un acteur insignifiant sur le marché des cordes, ce qui n'est pas le cas attendu que ce marché était dominé par deux acteurs seulement, dont Roger Guenat SA. Une telle structure de marché favorise le risque de collusion ou de comportements parallèles de hausse des prix.

6.4.2 La recourante conteste que les prix minimaux recommandés étaient suivis par les revendeurs, si bien que, dans l'hypothèse d'un accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, celui-ci n'affecterait pas notablement la concurrence sur le plan quantitatif. Aussi, elle reproche à l'autorité inférieure - laquelle a pourtant indiqué dans sa réponse que la question du respect de l'accord relevait de l'examen de l'illicéité du comportement dans le cadre de l'art. 5 LCart - de ne pas avoir procédé à un tel examen au stade de l'analyse de la notabilité, se contentant d'apprécier le pouvoir de marché de Roger Guenat SA. En outre, s'agissant du marché pertinent des cordes, la recourante ajoute que, contrairement à ce qu'affirme l'autorité inférieure, Roger Guenat SA ne dominait pas le

marché avec Mammüt; elle était un concurrent de Mammüt et lui disputait des parts de marché. Elle indique que l'évolution de la part de marché de Roger Guenat SA de [10-20] % à [10-20] % en quatre ans et l'arrivée sur ce marché de deux nouveaux concurrents démontrent que le marché était dynamique.

6.4.3 Le ch. 13 par. 1 CommVert prévoit que les accords verticaux en matière de concurrence non visés au ch. 12 par. 2 let. a-e CommVert n'entraînent en règle générale pas d'affectation notable de la concurrence lorsqu'aucune des entreprises parties à l'accord ne détient une part de marché supérieure à 15 % sur un marché pertinent concerné par l'accord (par. 1). L'autorité inférieure a ainsi fixé des safe harbours, à savoir des seuils de parts de marché en dessous desquels les accords n'affectent quantitativement pas notablement la concurrence. Ces seuils ne s'appliquent toutefois pas aux restrictions qualitativement graves, telles qu'elles sont énumérées au ch. 12 par. 2 let. a-e CommVert (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart no 194 et 196 p. 481 ss, KRAUSKOPF/SCHALLER, in: BSK-KG, op. cit, art. 5 no 255 ss p. 395 ss). Ainsi, les recommandations de prix, constitutives d'un accord en matière de concurrence, qui revêtent une composante plurilatérale notamment - comme tel est le cas en l'espèce (cf. ch. 12 par. 2 let. a CommVert ; consid. 6.2.1) - ne peuvent être mises au bénéfice des seuils de sécurité; celles-ci sont soumises à un examen individuel de leur notabilité quantitative (cf. ANTIPAS, op. cit., p. 363 ss). En d'autres termes, doivent faire l'objet d'un tel examen, les recommandations de prix qui sont soumises à la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart mais pour lesquelles celle-ci a pu être renversée et qui, par conséquent, entraînent une restriction qualitativement notable à la concurrence (cf. consid. 6.2.3). Selon la pratique de l'autorité inférieure, les critères quantitatifs applicables audit examen individuel sont les mêmes que ceux utilisés pour le renversement de la présomption (cf. Comco, DPC 2010/4, p. 649, Hors-Liste Medikamente, ch. 233). Le constat que la présomption de suppression de la concurrence efficace doit être renversée n'implique toutefois pas une absence d'affectation notable au plan quantitatif, le seuil d'entreprises ne respectant pas l'accord étant différent dans le cadre de la notabilité (cf. ANTIPAS, op. cit., p. 364).

Ceci étant, la détention d'un fort pouvoir de marché par l'émetteur de la recommandation est certes nécessaire mais pas suffisante pour établir une notabilité quantitative (contra: cf. ADRIEN ALBERINI, Droit des accords verticaux: De l'enfance à l'adolescence, SJ 2010 II p. 123 ss, spéc. p. 133). Un accord vertical mis en oeuvre par une entreprise possédant un pouvoir de marché important n'entraîne en effet pas nécessairement des effets anticoncurrentiels correspondants. Il faut que l'accord en cause ait - ou soit sur le point d'avoir - effectivement un impact négatif considérable sur la concurrence efficace au point de l'affecter notablement (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: CR Concurrence, op. cit., art. 5 LCart no 207 p. 485). Ainsi, dans l'appréciation quantitative de la notabilité, il convient de prendre également en considération le taux de suivi de l'accord - faute de quoi l'accord n'affecte pas notablement la concurrence - (cf. Comco, DPC 2010/4, p. 649, Hors-Liste Medikamente, ch. 233;

Secrétariat Comco, DPC 2011/2, p. 248, Markt für Hörgeräte, ch. 164; Secrétariat Comco, DPC 2011/3, p. 364, Festool, ch. 67; ANTIPAS, op. cit., p. 366), ainsi que les parts de marché des revendeurs respectant celui-ci. En effet, plus que le nombre d'entreprises respectant l'accord, ce sont leurs parts de marché qui sont pertinentes (cf. ANTIPAS, op. cit., p. 322). A cet égard, l'analyse économique enseigne qu'une affectation notable de la concurrence est impossible si les entreprises participantes détiennent de faibles parts de marché (p. ex. 30 %) (cf. AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: CR-Concurrence, op. cit., art. 5 LCart no 207 p. 485).

Ainsi, dans l'affaire Hors-Liste Medikamente, l'autorité inférieure a estimé qu'un suivi des recommandations de prix d'environ 63 % était trop élevé pour admettre l'existence d'une concurrence intramarque efficace et que la concurrence intermarques, qui s'ajoutait à la faible concurrence intramarque, n'était pas suffisante pour admettre l'existence d'une concurrence efficace, de sorte qu'il en résultait une affectation quantitativement notable de la concurrence (cf. Comco, DPC 2010/4, p. 649, Hors-Liste Medikamente, ch. 233). Dans l'affaire Markt für Hörgeräte, une affectation notable de la concurrence dans son ensemble a été admise alors que les recommandations de prix étaient suivies dans plus de 65% des cas et qu'elles n'étaient pas qualitativement notables (cf. Secrétariat Comco, DPC 2011/2, p. 248, Markt für Hörgeräte, ch. 164 et 165). Dans l'affaire Festool, le secrétariat a nié l'existence d'une affectation quantitativement notable de la concurrence, dès lors que seuls 26 % des détaillants suivaient les recommandations de prix et que ceux-ci n'occupaient que 6 % du marché pertinent. Dès lors que la concurrence ne se trouvait pas non plus affectée qualitativement par les recommandations de prix, l'absence de notabilité de l'accord a été reconnue (cf. Secrétariat Comco, DPC 2011/3, p. 364, Festool, ch. 67).

6.4.4 Sur le vu de ce qui précède, il convient d'examiner, en application du principe inquisitoire, le respect de l'accord en matière de concurrence, de même que les parts de marché détenues par les entreprises participantes sur tous les marchés pertinents, pour ensuite déterminer si celui-ci a affecté de manière quantitativement notable la concurrence efficace entre 2006 et 2010.

Comme déjà exposé ci-dessus, il a été établi que Roger Guenat SA a passé une convention sur les prix de vente minimaux avec J., A. AG, M. AG, Bächli et 35 revendeurs situés dans les alentours de Bussigny et de Collombey, où se trouvent les deux succursales d'Athleticum livrées en produits Petzl et Beal (cf. consid. 4.9).

Dès lors qu'ils se sont engagés à respecter les prix de la liste officielle, il y a lieu d'admettre, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, que l'ensemble des revendeurs susmentionnés appliquait exactement les prix minimaux prescrits, ce qui représentait 39 détaillants sur un total de 333, soit un taux de suivi de l'ordre de 12 % pour les marques exclusivement distribuées par Roger Guenat SA. Il n'est cependant pas possible, sur la base des pièces versées au dossier, de déterminer, à l'exception du revendeur Bächli, les marchés de référence sur lesquels ces détaillants étaient actifs. De même, le dossier ne contient aucun élément

permettant de déterminer les parts de marché détenues par les revendeurs liés par la convention sur lesdits marchés durant la période sous investigation. Sur ce point, on peut toutefois relever que seul un client clé, parmi 21, était lié à l'accord. Aussi, la prise en compte des parts de marché des détaillants parties à l'accord ne conduirait très vraisemblablement pas à un pourcentage très différent.

En conséquence, même si on ignore la position occupée par les revendeurs liés sur les marchés pertinents durant la période en cause, il sied de reconnaître qu'un suivi par 39 revendeurs sur un total de 333, à savoir 12 % - considérant que l'ensemble des revendeurs liés était actif sur tous les marchés de référence - n'est pas suffisant pour affecter notablement la concurrence intramarque externe sur les prix du point de vue quantitatif sur les marchés de référence et ce, bien que Bächli représentait, comme déjà dit, le client le plus important de Roger Guenat SA à l'époque (cf. consid. 6.4.3).

6.4.5 Au demeurant, avec un taux de suivi des prix minimaux de l'ordre de 12 %, l'accord en matière de concurrence en cause n'était pas non plus susceptible d'affecter notablement la concurrence intermarques et ceci, même si Roger Guenat SA disposait, durant la période considérée, de parts de marché significatives sur la plupart des marchés pertinents, comme sur celui des lampes frontales où l'importatrice occupait le premier rang avec une part de marché passant de [70-80] % à [60-70] % entre 2006 et 2010, contre une part de marché variant entre [10-20] % et [20-30] % suivant les années pour son concurrent le plus proche, Black Diamond. En effet, dès lors qu'il n'a pas été établi que les prix de la liste officielle étaient respectés par l'ensemble des revendeurs de Roger Guenat SA, seules les parts de marché détenues par celle-ci se référant aux revendeurs liés par l'accord sur les différents marchés entrent en ligne de compte pour apprécier l'impact de l'accord sur les prix sur la concurrence intermarques, à savoir 12 %. Aussi, avec de telles parts de marché - considérées en lien avec celles des concurrents du fournisseur - il y a lieu de retenir qu'une concurrence intermarques efficace subsistait entre 2006 et 2010 sur l'ensemble des marchés pertinents.

En définitive, dès lors que la concurrence sur les prix intramarque et intermarques n'était pas inefficace sur les marchés pertinents durant la période considérée, il y a lieu d'admettre que l'accord sur les prix litigieux n'a pas notablement affecté la concurrence sur le plan quantitatif sur les marchés - matériels et géographique - délimités par l'autorité inférieure, entre 2006 et 2010.

6.5 Partant, le tribunal retient que, nonobstant une notabilité qualitative, l'accord en cause n'a pas affecté notablement la concurrence sur les marchés pertinents au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, faute de restriction notable sur le plan quantitatif.

7.

En définitive, il y a lieu d'admettre que, dès lors qu'elle a reconnu qu'il existait, entre 2006 et 2010, un accord sur les prix entre Roger Guenat SA et ses revendeurs entraînant la suppression de la concurrence efficace sur le marché des lampes frontales et l'affectant de manière

notable sur les autres marchés de référence, la décision attaquée viole les art. 5 al. 4 et 5 al. 1 LCart. Bien fondé, le recours doit donc être admis.

Vu l'issue du litige, la question de savoir si la recourante peut se voir imputer le comportement de Roger Guenat SA peut demeurer indéterminée. Il en va de même des autres griefs soulevés par la recourante.

Comme l'autorité inférieure décide de l'opportunité de l'ouverture d'une enquête concernant des restrictions à la concurrence (cf. ATF 135 II 60 consid. 3.1.2) et, donc, le cas échéant, également de la reprise de celle-ci, il est expédient en l'espèce de purement et simplement annuler la décision du 20 août 2012.

8.

Les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (art. 2 al. 1 et 4 FITAF). Aucun frais de procédure n'est mis à la charge des autorités inférieures déboutées (cf. art. 63 al. 2 PA).

En l'espèce, il n'y a pas lieu de percevoir de frais de procédure de l'autorité inférieure qui succombe à l'issue du présent arrêt. Pour le reste, les frais de procédure, relatifs à la décision incidente du 26 mai 2014 rejetant les réquisitions de preuves de la recourante, doivent être fixés à 500 francs et mis à la charge de celle-ci. Ils sont imputés sur l'avance de frais de 12'000 francs versée par la recourante le 27 novembre 2012. Le solde de 11'500 francs lui sera restitué dès l'entrée en force du présent arrêt.

9.

L'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (art. 64 al. 1 PA en relation avec l'art. 7 al. 1 FITAF). Les dépens comprennent notamment les frais de représentation (cf. art. 8 al. 1 FITAF), lesquels englobent en particulier les honoraires d'avocat (cf. art. 9 al. 1 let. a FITAF). Ils sont calculés en fonction du temps nécessaire à la défense de la partie représentée (art. 10 al. 1 FITAF); le tarif horaire des avocats est de 200 francs au moins et de 400 francs au plus (art. 10 al. 2 FITAF). Les parties qui ont droit aux dépens doivent faire parvenir au tribunal, avant le prononcé de la décision, un décompte de leurs prestations;

à défaut, le tribunal fixe l'indemnité sur la base du dossier (art. 14 FITAF).

En l'occurrence, la recourante, qui obtient gain de cause à l'issue du présent arrêt et qui est représentée par un avocat, dûment légitimé par procuration, a droit à des dépens. L'intervention de celui-ci - qui n'a produit aucune note de frais et honoraires - a impliqué le dépôt d'un recours de 43 pages et d'une réplique de 14 pages. Compte tenu de l'ampleur et de la complexité du dossier à examiner, il se justifie, au regard du barème précité, d'allouer à la recourante une indemnité équitable de dépens de 25'000 francs (TVA comprise), à la charge de l'autorité inférieure (cf. art. 64 al. 2 PA).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce:

1.

Le recours est admis.

2.

La décision du 20 août 2012 de la Commission de la concurrence est annulée.

3.

Il n'est pas perçu de frais de procédure pour l'arrêt au fond.

4.

Les frais de procédure relatifs à la décision incidente du 26 mai 2014, d'un montant de 500 francs, sont mis à la charge de la recourante. Ils sont imputés sur l'avance de frais de 12'000 francs déjà versée. Le solde de 11'500 francs sera restitué à la recourante dès l'entrée en force du présent arrêt.

5.

Une indemnité de 25'000 francs (TVA comprise) est allouée à la recourante à titre de dépens et mise à la charge de l'autorité inférieure.

Le présent arrêt est adressé:

- à la recourante (acte judiciaire; annexe: formulaire «adresse de paiement»)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. 20-0399; acte judiciaire)
- au Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche DEFR (acte judiciaire)

[Voies de droit]

B 7 Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali

B 7 1. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Thurgau vom 9. Oktober 2015 betreffend Vergabe Auftrag neue Gemeindesoftware inkl. Datenmigration und Einführung im freihändigen Verfahren

Publikation eines kantonalen Urteils, das auf Beschwerde der WEKO hin in Anwendung des Binnenmarktgesetzes ergangen ist (Art. 10a Abs. 2 BGBM)

VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS THURGAU

VG.2015.118/E

Das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau

hat am 9. Oktober 2015

in Sachen

Wettbewerbskommission WEKO, Beschwerdeführerin

gegen

Politische Gemeinde Z., Beschwerdegegnerin

Betreffend: **Vergabe Auftrag neue Gemeindesoftware inkl. Datenmigration** und Einführung im freihändigen Verfahren

entschieden:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und es wird festgestellt, dass die Vergabe des Auftrags für die Einführung einer neuen Gemeindesoftware im freihändigen Verfahren gemäss Beschluss der Gemeinde Z. vom 21. Oktober 2014 und der Zuschlagsverfügung vom 12. November 2014 (nicht publiziert) den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt.
2. Die Beschwerdegegnerin bezahlt eine (reduzierte) Verfahrensgebühr von Fr. 400.-.
3. [Mitteilung]

Rechtsmittel

[Rechtsmittelbelehrung]

Sachverhalt

In seiner Sitzung vom 21. Oktober 2014 beschloss der Gemeinderat der Politischen Gemeinde Z. bei der Gemeindesoftware auf das Betriebssystem X umzusteigen und erteilte der X. AG am 12. November 2014 den entsprechenden Auftrag. In der Folge wandte sich ein Marktteilnehmer an die WEKO und beanstandete, dass offenbar kein Vergabeverfahren durchgeführt worden

sei. Dazu nahm die Gemeinde Z. am 29. Mai 2015 Stellung und führte unter anderem aus, dass der Vertrag mit der X. AG am 27. November 2014 unterzeichnet worden sei.

Am 11. Juni 2015 erhob die WEKO Beschwerde gemäss Art. 9 Abs. 2bis des Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM, SR 943.02) beim Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau und stellte folgendes Rechtsbegehren:

„Es sei festzustellen, dass die Vergabe des Auftrags für die Einführung einer neuen Gemeindesoftware im freihändigen Verfahren gemäss Beschluss der Gemeinde Z. vom 21. Oktober 2014 und der Zuschlagsverfügung vom 12. November 2014 (nicht publiziert) den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt“.

In ihrer Vernehmlassung vom 7. September 2015 anerkennt die Politische Gemeinde Z. als Vergabestelle, dass die Vergabe für die Einführung einer neuen Gemeindesoftware im freihändigen Verfahren gemäss Beschluss der Gemeinde Z. vom 21. Oktober 2014 und der Zuschlagsverfügung vom 12. November 2014 (nicht publiziert) nicht in Übereinstimmung mit den gesetzlichen Vorschriften des BGBM erfolgt sei und dadurch der Zugang zum Markt in nicht zulässiger Weise beschränkt worden sei. Dies bedauere die Gemeinde.

In ihrer Replik vom 21. September 2015 und Duplik vom 28. September 2015 hielten die Parteien vollumfänglich an ihren Anträgen fest, wobei die WEKO insbesondere noch die Rechtzeitigkeit ihrer Beschwerde thematisierte.

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien wird, soweit erforderlich, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen näher eingegangen.

Erwägungen

1.
 - 1.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde ergibt sich aus Art. 15 Abs. 1 der interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB, RB 720.1) i.V. mit § 3 des Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (GöB, RB 720.2). Die rechtzeitig eingereichte Beschwerde enthält Antrag sowie Begründung und entspricht somit § 57 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRG, RB 170.1). Die Beschwerdeführerin ist zur Rechtsmittelerhebung legitimiert, um feststellen zu lassen, ob ein Entscheid den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt (Art. 9 Abs. 2^{bis} BGBM). Das

- Gericht entscheidet in Dreierbesetzung (§ 33 Abs. 2 VRG).
- 1.2 Die Beschwerdegegnerin stellt die Rechtzeitigkeit der Beschwerdeerhebung in Frage, ohne diesem Umstand jedoch wesentliche Bedeutung zuzuerkennen. Die Beschwerdeführerin führt in ihrer Replik vom 21. September 2015 aus, dass sie sich an die in den jeweiligen Rechtsordnungen bzw. Rechtsgebieten geltenden Fristen halte, wodurch die Beschwerdefrist im Bereich der öffentlichen Beschaffung zehn Tage betragen würde (Art. 15. Abs. 2 IVöB). Als fristauslösend gelte die Eröffnung der Zuschlagsverfügung durch amtliche Publikation oder durch die pflichtgemässe Zustellung an sie. Beides sei im folgenden Fall unterlassen worden. Deshalb beginne die Frist in dem Zeitpunkt zu laufen, in welchem die Beschwerdeführerin über sämtliche notwendigen Angaben und Unterlagen verfügt habe. Diese Voraussetzung sei am 1. Juni 2015 erfüllt gewesen, wo sie das Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 29. Mai 2015 erhalten habe. Diese Ausführungen erscheinen als nachvollziehbar, weshalb die Beschwerde als rechtzeitig eingereicht entgegenzunehmen ist.
- 2.
- 2.1 Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt, insbesondere im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens, sind in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen (Art. 9 Abs. 1 BGBM). Die Beschwerdegegnerin ist eine Gemeinde, und bei der Einführung einer neuen Software handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im beschaffungsrechtlichen Sinn. Die Vergabe des Auftrages hätte sich folglich nach den staatsvertraglichen Verpflichtungen gemäss dem Abkommen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (GPA, SR 0.172.052.68), den bundesrechtlichen Bestimmungen des BGBM sowie den interkantonalen Bestimmungen gemäss IVöB und dem kantonalen Submissionsrecht (GöB und Verordnung des Regierungsrates zum Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, RB 720.21]) richten müssen.
- 2.2 Die Beschwerdegegnerin anerkennt explizit, dass sie die entsprechenden Bestimmungen nicht eingehalten hat. Zudem erklärte sie sich bereit, ein Vergabeverfahren durchzuführen, sobald dies tunlich ist. Jedoch ist der Vertrag mit der X. AG bereits abgeschlossen und zwischenzeitlich auch die Umsetzung. Insofern kann diese Disposition nicht rückgängig gemacht werden.
- 2.3 Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass die Beschwerdegegnerin richtigerweise anerkennt, dass das Vergabeverfahren nicht korrekt durchgeführt wurde. Dies ist gerichtlich festzuhalten und die Beschwerde ist entsprechend gutzuheissen. Jedoch ist die Vergabe an die X. AG nicht nachträglich aufzuheben, was die Beschwerdeführerin auch nicht verlangt.
3. Ausgangsgemäss hat die Beschwerdegegnerin in Anwendung von § 77 VRG die Verfahrenskosten zu tragen. Diese werden reduziert auf Fr. 400.-- festgelegt, nachdem die Beschwerdegegnerin die Unrechtmässigkeit ihres Handelns und den Beschwerdeantrag ausdrücklich anerkannt hat. Eine Parteientschädigung wird von der Beschwerdeführerin nicht beantragt und es ist somit darüber auch nicht zu befinden.

C Zivilrechtliche Praxis Pratique des tribunaux civils Prassi dei tribunali civili

C 1 Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali

C 1	1. Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern vom 27. August 2014 in Sachen A. und B. gegen Emmentaler Switzerland betreffend Forderung
-----	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern vom 27. August 2014 in Sachen A. und B. gegen Emmentaler Switzerland betreffend Forderung

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

1. Die Käsehandelsfirma A. (nachfolgend: Berufungsklägerin 1) und die Käserei B. (nachfolgend: Berufungsklägerin 2) sind Mitglieder des Vereins „Emmentaler Switzerland“ (nachfolgend: Berufungsbeklagter). Am 16. Juni 2011 beschloss der Vorstand des Berufungsbeklagten, der Berufungsklägerin 1 eine Konventionalstrafe von CHF 100'000.00 wegen jahrelanger bewusster Falschmeldungen (von Einkaufsdaten) aufzuerlegen. Gleichtags verpflichtete der Vorstand die Berufungsklägerin 2 wegen Überproduktion zu einer Konventionalstrafe von CHF 30'000.00 und zur Abgabe von CHF 330'988.00 (CHF 2.00 pro kg illegal produzierter Menge; Klageantwortbeilage [KAB] 30, Ziff. 4).

2. Zusammen mit einem weiteren betroffenen Vereinsmitglied (dessen Ansprüche mittlerweile vergleichsweise erledigt wurden) fochten die Berufungsklägerinnen diese Vorstandsentscheide fristgerecht beim Regionalgericht Bern-Mittelland an. Sie forderten die Feststellung der Nichtigkeit der Beschlüsse, eventuell ihre Aufhebung sowie subeventuell die Herabsetzung der Konventionalstrafen und der Abgabe auf je CHF 0.00. Die Klage datiert vom 13. Oktober 2011.

3. Mit Entscheid vom 3. September 2013 erkannte Gerichtspräsident Gerber (nachfolgend: Vorinstanz) Folgendes (pag. 477):

- „1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten, bestimmt auf CHF 20'700.00, werden den Klägerinnen unter solidarischer Haftbarkeit zur Bezahlung auferlegt und mit dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Die Kosten des Schlichtungsverfahrens von CHF 1'000.00 wurden von den Klägerinnen bezahlt. Sie haben diese endgültig zu tragen.
4. Die Klägerinnen haben dem Beklagten unter solidarischer Mithaftung eine Parteientschädigung von CHF 47'802.00 zu entrichten.
5. [Eröffnungsformel]“

4. Die Berufungsklägerinnen gelangten mit Eingabe vom 4. Oktober 2013 (Postaufgabe am selben Tag) an das Obergericht des Kantons Bern und stellten folgende Rechtsbegehren:

„Rechtsbegehren der Klägerin 1:

Der Entscheid des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 3. September 2013 sei aufzuheben, und es sei der vom Vorstand des Beklagten am 16. Juni 2011 gefällte, mit Brief vom 7. Juli 2011 mitgeteilte Beschluss, welcher der Klägerin 1 eine Konventionalstrafe von CHF 100'000.00 auferlegt, nichtig zu erklären, eventuell sei er aufzuheben, subeventuell sei die Konventionalstrafe auf CHF 0.00 herabzusetzen.

– unter Kosten- und Entschädigungsfolge –

Rechtsbegehren der Klägerin 2:

Der Entscheid des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 3. September 2013 sei aufzuheben, und es seien die vom Vorstand des Beklagten am 16. Juni 2011 gefällten, mit Brief vom 7. Juli 2011 mitgeteilten Beschlüsse, welcher der Klägerin 2 eine Konventionalstrafe von CHF 30'000.00 und eine Abgabe von Total CHF 330'988.00 auferlegen, nichtig zu erklären, eventuell seien sie aufzuheben, subeventuell seien die Konventionalstrafe sowie die Abgabe auf je CHF 0.00 herabzusetzen.

– unter Kosten- und Entschädigungsfolge –“

Die Berufungsklägerinnen stellten in oberer Instanz keine Beweisanträge.

5. Der Berufungsbeklagte schloss am 21. November 2013 auf kostenfällige Abweisung der Berufung, soweit darauf eingetreten werde (pag. 583). Mit seiner Rechtschrift reichte der Berufungsbeklagte drei neue Urkunden zu den Akten. Weitere Beweisergänzungen verlangte er nicht.

II. Formelles

1. Anfechtungsgegenstand bilden die Vereinsbeschlüsse des Vorstandes des Berufungsbeklagten vom 16. Juni 2011. Die Berufungsklägerinnen bilden eine einfache Streitgenossenschaft im Sinne von Art. 71 ZPO.

2. Die Berufung ist in vermögensrechtlichen Angelegenheiten nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.00 beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Dieses Streitwerterfordernis ist vorliegend ohne Weiteres erfüllt, wes-

halb sich die Berufung als zulässiges Rechtsmittel erweist.

3. Betreffend die örtliche Zuständigkeit und das Feststellungsinteresse auf Nichtigerklärung der Vorstandsbeschlüsse kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (vgl. E. 8 und 12 des angefochtenen Entscheids, pag. 437).

4. Die Zivilkammern des Obergerichts sind zur Beurteilung der vorliegenden Berufung in jeder Hinsicht zuständig (Art. 6 Abs. 1 EG ZSJ).

5. Die Berufungsklägerinnen leisteten den einverlangten Kostenvorschuss von CHF 23'000.00 fristgerecht (Art. 59 Abs. 2 lit. f i.V.m. Art. 98 ZPO).

6. Auf die form- und fristgerechte Berufung kann somit eingetreten werden.

7. Mit Berufung kann sowohl eine unrichtige Rechtsanwendung als auch eine unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Hinsichtlich des rechtserheblichen Sachverhaltes ist darauf hinzuweisen, dass im Berufungsverfahren Noven grundsätzlich unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig sind. Bei den Berufungsantwortbeilagen [BAB] 1–3 handelt es sich um echte Noven, weshalb sie mit Verfügung vom 7. Januar 2014 (pag. 649 ff.) zu den Akten erkannt worden sind.

III. Sachverhalt, Erwägungen der Vorinstanz und oberinstanzliche Parteivorbringen

1. Sachverhalt

1.1 Der nachfolgend dargestellte rechtserhebliche Sachverhalt ist unbestritten und ergibt sich aus den eingereichten Rechtsschriften und Unterlagen sowie den vor der Vorinstanz durchgeführten Parteibefragungen. Soweit die Berufungsklägerinnen geltend machen, dass die Vorinstanz den Sachverhalt unrichtig und unvollständig wiedergegeben habe, ist im Rahmen der rechtlichen Würdigung auf die einzelnen Rügen einzugehen.

1.2 Der Berufungsbeklagte ist eine Branchenorganisation im Sinne von Art. 8 des Bundesgesetzes über die Landwirtschaft (Landwirtschaftsgesetz, LwG; SR 910.1). Er „bezweckt, den Emmentaler AOC als traditionelle Schweizer Käsespezialität zu erhalten und fördert die wirtschaftliche und qualitativ hochstehende Herstellung und Reifung sowie den Verkauf“ (Art. 2 Abs. 1 der Statuten in der Fassung vom 18. April 2008, Klagebeilage [KB] 4). Der Berufungsbeklagte koordiniert zu diesem Zweck die Produktions- und Verkaufsmengen sowie die Verkaufs- und Preispolitik bis und mit Reifung (Art. 2 Abs. 3 der Statuten). Als Mitglieder in diesem Verein zusammengeschlossen sind Milchproduzenten, Käsehersteller sowie Reifungs- und Handelsunternehmen (Art. 3 der Statuten). Oberstes Organ des Berufungsbeklagten bildet die Mitgliederversammlung (Art. 8 der Statuten). Daneben verfügt der Berufungsbeklagte über die Delegiertenversammlung, den Vorstand, die Geschäftsstelle und die Revisionsstelle als Organe (Art. 7 der Statuten).

1.3 In den ersten Jahren nach der Gründung des Berufungsbeklagten im Jahr 1997 kontrollierte dieser die Produktionsmenge an Emmentaler Käse. Im Frühjahr

2001 wurde die Mengensteuerung aufgehoben. Damals brach der Preis für Emmentaler Käse im Ausland ein und viele Emmentaler Käsereien schlossen ihren Betrieb (vgl. KAB 5). Im Jahr 2006 wurde die Mengensteuerung wieder eingeführt (KAB 6). Dieses Instrument blieb allerdings innerhalb des Vereins immer kontrovers, insbesondere weil die Händler ihren Umsatz gern erhöht hätten. Im Jahr 2011 wurde die Mengenbindung (nach einer Anzeige an die Wettbewerbskommission [abgekürzt: WEKO], KAB 36) wieder abgeschafft (KB 12), jedoch im Jahr 2012 erneut eingeführt. Auf Gesuch hin erklärte der Bundesrat im Jahr 2013 die Mengensteuerung auch für Nichtmitglieder als verbindlich (vgl. BAB 3).

1.4 Um die Vereinszwecke zu erreichen, erlässt der Vorstand Reglemente, insbesondere zur Mengensteuerung, Qualität, zu den Zahlungs- und Lieferbedingungen sowie zur Finanzierung (Art. 16 lit. d der Statuten in der Fassung vom 18. April 2008, KB 4). Das Reglement Emmentaler Switzerland (nachfolgend: Reglement) regelt denn auch die Mengensteuerung. Durch jährlichen Beschluss der Delegiertenversammlung werden im Anhang 1 jeweils Einzelheiten zur Mengensteuerung festgehalten. Am 20. April 2007 beschloss die Delegiertenversammlung eine verbindliche Mengenregelung für die Produktion ab dem 1. Mai 2007 (KAB 8, Anhang 1). Weiter beschloss der Vorstand am 29. Oktober 2008, allfällige Überproduktionen im Produktionsjahr 2007/2008 mit CHF 2.00/kg zu sanktionieren. Dieser Beschluss wurde den Mitgliedern im Vereinspublikationsorgan „ES-Press“, Ausgabe 6/08 vom November 2008, mitgeteilt (KB 38).

1.5 Zum weiteren Verlauf kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (E. 19 ff. des angefochtenen Entscheids, pag. 4 ff.):

„Die Klägerin 2 bzw. vor ihr die Einzelfirma C. (...) verzeichneten in den Produktionsjahren 2007/2008, 2008/2009 und 2009/2010 Qualitätsprobleme. Von diesen Problemen waren jeweils nicht alle und nicht die ganzen Käselaipe betroffen (Klage, pag. 27 ff.). Die Qualitätsprobleme (Nachgärungsprobleme) kamen angeblich erst bei der Verarbeitung und Verpackung der Käselaipe durch die Klägerin 1, nach deren Übernahme durch die Klägerin 1 und der Taxation durch die Kontrollkommission zum Vorschein (Klage, pag. 27).“ (E. 19)

„In der Folge schnitt die Klägerin 1 die betroffenen Teile, welche die Anforderungen des Pflichtenhefts für Tafelkäse nicht erfüllten, ab und führte diese Stücke in die Schmelzkäseproduktion (Klage, pag. 29). Es handelte sich dabei um sog. Käse der Klasse 2 (Parteibefragung C., pag. 287 Rz. 11). Diejenigen Teile der Chargen, welche die qualitativen Anforderungen für Ware der Klasse 1 erfüllten, wurden verpackt und als Emmentaler AOC auf den Tafelkäsemarkt gebracht (Klage, pag. 29).“ (E. 20)

„Um die Verluste der Käsehändler zu kompensieren schrieb die Klägerin 1 die abgeschnittenen Mengen, welche die Kriterien für Ware der Klasse 1 nicht erfüllten und der Schmelzkäseproduktion zugeführt wurden, der Klägerin 2 in Form von sog. „Gutgewicht“ für den Folgemonat gut. Von der gesamten Käseproduktion der Klägerin 2 in der hier interessierenden Periode Mai 2007 bis Oktober 2010 [Hervorhebung hinzugefügt] von total 1'584'926 kg schrieb die Klägerin 1 ihr insgesamt 166'500 kg (bzw. gemäss dem Beklagten [...]) wieder gut (Klage, pag. 27, 31; Klageantwort, pag. 129). Diese „Gutschrift“ führte dazu, dass die Klägerin 2 die entsprechende Menge Emmentaler AOC nachproduzieren konnte und auch nachproduziert hat (KAB 17-18; Parteibefragung C., pag. 287 Rz. 20). Gemäss Darstellung der Klägerin 1 war die Kompensation von

Qualitätsmängeln mittels „Gutgewichten“ bei ihr während Jahrzehnten Usanz (Parteibefragung D., pag. 285 Rz. 16 f.). Die Klägerin 1 bezeichnet dieses Vorgehen als „branchenüblich“ (Klage, pag. 29; Parteibefragung D., pag. 281 Rz. 12 ff.) (...).“ (E. 21)

„In den Gewichtsmeldungen bei den Einkaufsdaten zuhanden des Beklagten hat die Klägerin 1 dabei nur die Käsemenge nach Abzug der qualitätsbedingten Schneideverluste gemeldet (KB 19).“ (E. 22)

„Mit Schreiben vom 28.04.2011 hat die zur Überwachung des Pflichtenhefts zuständige Interkantonale Zertifizierungsstelle OIC das Vorgehen der Klägerinnen (...) als schwerwiegende Nicht-Konformität qualifiziert (KB 39).“ (E. 31)

2. Erwägungen der Vorinstanz

2.1 Die Vorinstanz kommt zum Schluss, dass der Sanktionsbeschluss des Vereins nicht nichtig sei, weil die Mengensteuerung als Selbsthilfemassnahme im Sinne von Art. 8 Abs. 1 LwG nicht unter die Vorschriften des Kartellrechts falle (Urteil des Bundesgerichts 4C.57/2006 vom 20. April 2006, E. 2.1).

2.2 Weiter hält die Vorinstanz fest, dass die Berufungsklägerinnen die Möglichkeit gehabt hätten, sich zum ihnen vorgeworfenen Sachverhalt zu äussern. Es bestehe kein Anspruch darauf, zur konkret beabsichtigten Höhe der Sanktion Stellung zu nehmen. Somit liege keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor.

2.3 Die Vorinstanz qualifiziert das Verhalten der Berufungsklägerinnen als Verstoss gegen das Reglement. Entgegen der Ansicht der Berufungsklägerinnen umfasse die für die Mengensteuerung relevante Produktionsmenge nebst dem Tafelkäse explizit auch die deklassierte Ware. Auch bei der Regulierung der Meldungen durch die Handelsunternehmen werde klar festgehalten, dass die Menge des eingekauften Käses zu melden sei, „aufgeteilt nach Qualitätsklasse 1 mit den Taxationsergebnissen, Klasse 2 und 3 sowie Ortsreserven“ (Art. 4 Abs. 4 des Reglements, in den Fassungen 2007–2010 unverändert, KAB 8–11). Gemäss Ziff. 3.3 von Anhang L zum Kontrollhandbuch (KAB 12) müsse die Verwertung des zu Klasse 2 und 3 deklassierten Käses schriftlich festgehalten und den Kontrollorganen belegt werden. Bei der Festsetzung der Gesamtmenge werde mithin einberechnet, dass ein Teil des ursprünglich als Emmentaler AOC produzierten Käses nicht als Tafelware verkauft werde. Dieser Entscheid, auf Stufe Produzenten (nicht Händler) anzusetzen, werde namentlich bei den Preisbedingungen ersichtlich, welche auch für die Klasse 2 und 3 normiert würden, sowie bei der Regelung der Produktebeiträge, welche ebenfalls auf allen Klassen zu entrichten seien.

2.4 Zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes führt die Vorinstanz aus, dass eine solche einerseits – für die regelwidrigen Gewichtsmeldungen – gar nicht möglich gewesen und andererseits – für die Nachproduktionen – nicht vorgesehen sei. Im Übrigen sei davon auszugehen, dass eine Abschöpfung des finanziellen Vorteils quartalsweise erfolgen müsse, so dass ein Mengenausgleich rund drei Jahre später unbeachtlich sei. Eine andere Auslegung würde die Steuerung der Produktion pro Quartal verunmöglichen.

2.5 Die Vorinstanz erwägt ausserdem, dass die Statuten für die verhängten Konventionalstrafen genügend bestimmt und dass die Sanktionen nicht widersprüchlich seien. Bei der Festsetzung der Abgabe von CHF 2.00 pro kg Überproduktion handle es sich um einen im Rahmen der Vereinsautonomie vom paritätisch zusammengesetzten Vorstand getroffenen Entscheid. Die konkrete Gewinnmarge bzw. die Betriebskosten seien bewusst nicht berücksichtigt worden.

2.6 Zum Verschulden stellt die Vorinstanz fest, dass Vereinssanktionen verschuldensunabhängig ausgesprochen werden könnten, wenn dies in den Statuten so vorgesehen sei. Zudem gelinge es den Berufungsklägerinnen nicht, sich zu exkulpieren.

2.7 Die Vorinstanz weist weiter darauf hin, dass die lex mitior im Vereinsrecht nicht zur Anwendung gelange.

2.8 Zum Grundsatz der Gleichbehandlung führt die Vorinstanz aus, dass die Anforderungen an die Gleichbehandlung im Vereinsrecht weniger streng seien als im öffentlichen Recht. Im konkreten Fall liege ausserdem kein Verstoss vor.

2.9 Schliesslich erwägt die Vorinstanz, dass es keine Gründe gebe, die Konventionalstrafen und die Vorteilsabschöpfung als unverhältnismässig herabzusetzen.

3. Vorbringen der Berufungsklägerin

3.1 Die Berufungsklägerinnen machen geltend, dass die statutarischen, reglementarischen und vertraglichen Bestimmungen, auf welche sich der Berufungsbeklagte stütze, einen widerrechtlichen Inhalt hätten und keine Grundlage für Sanktionen abgeben könnten, so dass die auferlegten Strafen nichtig seien (Art. 19 und 20 OR). Zwar sei Emmentaler AOC eine geschützte Ursprungsbezeichnung, doch dürfe der Schutz nicht an mengen- und/oder preisbezogene Voraussetzungen geknüpft werden, weil dies gegen das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) verstosse. Die Ursprungsbezeichnungen seien in Art. 14–16 LwG geregelt und dürften nicht mithilfe von Art. 8 LwG modifiziert werden. Dem Berufungsbeklagten komme eine marktbeherrschende Stellung zu. Deshalb verstosse die Mengensteuerung gegen die öffentlich-rechtliche Ordnung und sei infolgedessen nichtig (BGE 139 II 316 i.S. L'Etivaz). Selbst wenn Art. 8 LwG anwendbar wäre, erlaube dieser keine beliebige Mengensteuerung, sondern bloss die Behebung von ausserordentlichen, nicht vorhersehbaren Störungen des Marktes. Der blosse Abbau von anhaltenden massiven Überkapazitäten sei kein legitimer Grund für eine solche Massnahme. Im Übrigen sei es für den vorliegenden Fall nicht von Belang, dass der Bundesrat dem Berufungsbeklagten zwischenzeitlich mit Beschluss vom 7. Juni 2013 eine befristete allgemeinverbindliche Mengensteuerung erlaubt habe (vgl. BAB 3).

3.2 Als Eventualbegehren bringen die Berufungsklägerinnen vor, dass die Beschlüsse – falls sie nicht nichtig seien – wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs aufzuheben seien. Die Berufungsklägerinnen seien vor ihrem Wiedereintritt in den Verein per 1. Mai 2011 (Austritt per Ende Februar 2011) nicht darauf hingewiesen worden, dass ihnen Sanktionen auferlegt würden.

3.3 Entgegen der Auffassung der Vorinstanz sind die Berufungsklägerinnen der Meinung, dass sie nicht gegen das Reglement verstossen hätten. Gemäss Sinn und Zweck des Mengenreglements sei nur die Menge von Tafelkäse, der als Emmentaler AOC auf den Markt gelangt sei, zentral zu regulieren gewesen, nicht jedoch die Menge an Emmentaler 2. Klasse. Zwar sei die Schmelzrohwarenproduktion bewilligungspflichtig gewesen, hinsichtlich der Menge habe aber keine Beschränkung bestanden. Die Berufungsklägerinnen weisen darauf hin, dass die Tafelkäsemenge durch ihr Vorgehen nicht tangiert worden sei. Im Verhältnis zur Gesamtproduktion der Mitglieder des Berufungsbeklagten habe die nachproduzierte Menge in der fraglichen Zeit zudem nur 0.18 % ausgemacht, was vernachlässigbar sei. Weiter sei die Interkantonale Zertifizierungsstelle (abgekürzt: OiC) nur für die Kontrolle der Einhaltung des Pflichtenhefts Emmentaler AOC zuständig, nicht jedoch für die Mengenkontrolle. Es stehe ausserdem im Widerspruch zum Sinn und Zweck der auf die Qualitätsklasse 1 ausgerichteten Regelung, dass ab der Produktion Mai 2008 auch Emmentaler Käse der Klasse 2 oder 3 erfasst werden sollte. Widersprüchliche Bestimmungen seien zu Ungunsten des Verfassers – hier des Berufungsbeklagten – auszulegen.

3.4 Die Berufungsklägerinnen rügen auch, dass für die Konventionalstrafen sowie für die Abgabe keine genügende Grundlage bestehe. Der Rahmen von CHF 5'000.00 bis CHF 100'000.00 für die Konventionalstrafen sei viel zu weit und damit zu wenig bestimmt. Bei der Abgabe fehle eine statutarische oder reglementarische Grundlage. Sie beruhe lediglich auf einem Beschluss des Vorstandes. Dieser Beschluss sei zudem erst im Herbst 2008 und damit nach der Produktionsphase 2007/2008, die bis Ende April 2008 gelaufen sei, gefasst worden. Er verstosse damit gegen das Rückwirkungsverbot von Strafsanktionen. Zudem beziehe sich der Beschluss vom Herbst 2008 nicht auf die Produktionsjahre 2008/2009 sowie 2009/2010. Da die Gutgewichte zu keinem finanziellen Vorteil geführt hätten, könne durch die Abgabe auch kein solcher abgeschöpft werden.

3.5 Ausserdem berufen sich die Berufungsklägerinnen darauf, dass sie kein Verschulden treffe. Vereinsstrafen seien entgegen der Auffassung der Vorinstanz verschuldensabhängig auszusprechen (ANTON HEINI/URS SCHERRER, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 4. Aufl., 2010, Art. 70 N. 21). Art. 23 der Statuten (in der Fassung vom 18. April 2008, KB 4) regle die Frage der Verschuldensvoraussetzung nicht ausdrücklich. Die Berufungsklägerinnen geben an, dass sie überzeugt gewesen seien, mit der Kompensation über Gutgewichte statuten- und reglementskonform vorzugehen. Dies ergebe sich insbesondere auch aus der widerstandslosen Offenlegung der einverlangten Dokumente. Sie hätten keinen Anlass für einen „Verdacht“ gehabt, nachdem die Frage der Gutgewichte nie diskutiert worden sei.

3.6 Weiter machen die Berufungsklägerinnen geltend, dass sie den rechtmässigen Zustand wiederhergestellt hätten, so dass gemäss Art. 23 der Statuten (in der Fassung vom 18. April 2008, KB 4) keine Strafe zu verhängen sei. Im Jahr 2011 habe die Berufungsklägerin 2'180

t weniger Emmentaler AOC produziert, als ihr zugeteilt worden sei. Allerdings sei die Mengenregulierung per Mai 2011 aufgehoben worden, weshalb der Berufungsklägerin 2 die Minderproduktion nicht mehr angerechnet worden sei. Im Übrigen würden die Statuten eine Sanktion erst im Wiederholungsfall erlauben, d.h. wenn das Mitglied trotz Ermahnung den rechtmässigen Zustand nicht wiederherstelle.

3.7 Die Berufungsklägerinnen argumentieren auch mit dem Grundsatz der *lex mitior*, d.h. der Anwendung des milderen Rechts. Im Zeitpunkt, als der Vorstand des Berufungsbeklagten die fraglichen Beschlüsse gefasst habe, sei das Mengenreglement bereits aufgehoben gewesen. In analoger Anwendung der *lex mitior* seien die Vereinsbeschlüsse deshalb aufzuheben (Urteil des Bundesgerichts 4A_456/2009 vom 3. Mai 2010, Dopingstrafe). Es sei nicht ersichtliche, weshalb dieser Grundsatz nicht auch auf Vereinsstrafen anwendbar sei.

3.8 Schliesslich rügen die Berufungsklägerinnen, dass die Beschlüsse den Grundsatz der Gleichbehandlung verletztten, weil anderen Mitgliedern die Strafe erlassen worden sei.

3.9 Als Subeventualbegehren verlangen die Berufungsklägerinnen die Herabsetzung der Konventionalstrafen und der Abgabe auf ein angemessenes Mass und zwar auf CHF 0.00. Die Höchststrafe von CHF 100'000.00 rechtfertige sich keinesfalls.

4. Vorbringen des Berufungsbeklagten

4.1 Der Berufungsbeklagte verweist in weiten Teilen auf die Begründung der Vorinstanz. Er reicht zudem drei neue Beilagen ein. Bei BAB 1 handelt es sich um eine Verfügung des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 6. Mai 2013 in einem Parallelverfahren, wo sich der Berufungsbeklagte ebenfalls in der Beklagtenrolle befindet. Es geht um den Antrag auf Aufhebung eines Beschlusses auf Sanktionierung mit CHF [...] pro kg Überproduktion. In der Verfügung vom 6. Mai 2013 wird den Parteien vom Eingang des Gutachtens der WEKO vom 22. April 2013 Kenntnis gegeben. Dieses Gutachten stellt BAB 2 dar. Mit BAB 3 reichte der Berufungsbeklagte seine Pressemitteilung vom Juni 2013 ein, in welcher er auf die Allgemeinverbindlicherklärung der Mengensteuerung durch den Bundesrat hingewiesen hat.

4.2 In dem neu eingereichten Gutachten (BAB 2) kommt die WEKO zum Schluss, dass der Berufungsbeklagte als Sortenorganisation ein „Unternehmen“ gemäss Art. 2 KG darstelle und deshalb grundsätzlich dem KG unterstehe. Das Reglement des Berufungsbeklagten stelle eine Vereinbarung zwischen mindestens zwei Unternehmen dar und steuere die Produktionsmenge, womit es in den Anwendungsbereich des KG falle. Weiter hält die WEKO fest, dass Art. 8 Abs. 1 LwG keine genügende gesetzliche Grundlage bilde, um das Reglement ohne Berücksichtigung des konkreten Falles von der Anwendung des KG auszunehmen. Deshalb müsse zunächst der Markt abgegrenzt werden, was hier der Hartkäsemarkt in der Schweiz und in der EU sei. Der Anteil von Emmentaler AOC am in der Schweiz produzierten Hartkäse habe im Jahr 2010 39 % betragen, so dass – zusammen mit den Importen – ein gewisser Wettbewerb trotz der Mengensteuerung erhalten bleibe. Demzufolge könne die Men-

gensteuerung des Berufungsbeklagten im hier vorliegenden Fall als vom Gesetzgeber tolerierte Selbsthilfemassnahme gemäss Art. 8 Abs. 1 LwG betrachtet werden, so dass diese unter den Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG falle.

5. Bemerkungen zu den neu eingereichten Beweismitteln

5.1 Die **Berufungsklägerinnen** liessen sich von sich aus nicht zum Gutachten vernehmen. Weil es sich beim Gutachten der WEKO um ein wesentliches Element des Verfahrens handelt, wurde ihnen mit Verfügung vom 7. Januar 2014 (pag. 649 ff.) Gelegenheit gegeben, sich zu den neu eingereichten Beweismitteln zu äussern.

In ihrer Stellungnahme vom 12. März 2014 (pag. 657 ff.) führten die Berufungsklägerinnen aus, das WEKO-Gutachten vom 22. April 2013 sei durch den Entscheid des Bundesgerichts im Fall „L'Etivaz“ vom 23. Mai 2013 überholt (BGE 139 II 316). Die WEKO habe den relevanten Markt falsch abgegrenzt und deshalb zu Unrecht gefolgert, dass die Mengensteuerung nicht zu beanstanden sei. Demgegenüber habe das Bundesgericht festgehalten, dass die verschiedenen AOC-Hartkäse nicht zu einem gemeinsamen sachlich relevanten Markt gehören würden, sondern dass die betreffenden Hartkäse je für sich einen selbständigen relevanten Markt bilden würden. Da im Berufungsbeklagten praktisch marktabschlussend alle Unternehmen zusammengefasst seien, welche die geschützte Ursprungsbezeichnung Emmentaler AOC verwenden würden, müsse der sachlich relevante Markt auf jenen für Emmentaler AOC beschränkt werden. Gemäss dem Bundesgericht verbiete es die zeichenrechtliche Natur der geschützten Ursprungsbezeichnung zudem, die Befugnis zum Gebrauch solcher Bezeichnungen von der Erfüllung irgendwelcher mengen- oder preisbezogener Pflichten abhängig zu machen. Dies dürfe nicht unter der Etikette von „Selbsthilfemassnahmen“ ausgehebelt werden.

5.2 Der **Berufungsbeklagte** reichte am 18. März 2014 Bemerkungen zur Stellungnahme der Berufungsklägerinnen ein (pag. 673 ff.). Er machte geltend, dass im BGE 139 II 316 zugrunde liegenden Fall keine Mengensteuerung zur Diskussion gestanden habe. Es sei dort um die Behinderung eines klagenden Käseherstellers bei der Benutzung der geschützten Ursprungsbezeichnung L'Etivaz AOC gegangen, indem ihm der Zutritt zur erforderlichen Reifungsanlage der Genossenschaft verweigert worden sei. In BGE 139 II 316 sei der Markt auf L'Etivaz AOC reduziert worden, weil der klagende Käseproduzent nur L'Etivaz produziert habe. Die WEKO habe im Gutachten vom 22. April 2013 den sachlich relevanten Markt anders definiert, weil sie die Abgrenzung aus Sicht des Wettbewerbs vorgenommen habe. Im Übrigen sei eine Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes vorliegend gar nicht erforderlich, weil sich die Mengensteuerung unmittelbar auf Art. 8 Abs. 1 LwG stützen lasse und deshalb von der Anwendung des Kartellrechts ausgenommen sei. Daher erübrige sich jede wettbewerbsrechtliche Prüfung.

IV. **Rechtliches**

1. Vorbemerkung

1.1 Angefochten sind Vereinsbeschlüsse. Beschlüsse, die gegen das Gesetz oder die Statuten verstossen, kann jedes Mitglied, das nicht zugestimmt hat, von Gesetzes wegen binnen Monatsfrist, nachdem es von ihnen Kenntnis erhalten hat, beim Gericht anfechten (Art. 75 Abs. 1 ZGB). Anfechtbar – allenfalls sogar nichtig – sind auch Beschlüsse, welche allgemeine Prinzipien der Rechtsordnung verletzen (HEINI/SCHERRER, a.a.O., Art. 75 N. 13). Der Anfechtbarkeit unterliegen nicht nur Beschlüsse der Vereinsversammlung, sondern alle (endgültigen) Entscheide aller Vereinsorgane, mithin auch Vorstandbeschlüsse (HEINI/SCHERRER, a.a.O., Art. 75 N. 3). Wenn die Anfechtungsklage gutgeheissen wird, so wird der angefochtene Beschluss aufgehoben (HEINI/SCHERRER, a.a.O., Art. 75 N. 31).

1.2 Die Monatsfrist zur Anfechtung der Sanktionsbeschlüsse wurde vorliegend mit Einreichung des Schlichtungsgesuchs am 8. August 2011 (KB 5) eingehalten, was vom Berufungsbeklagten auch nicht bestritten wird.

2. Formelles zur Verletzung des Kartellgesetzes

2.1 Die Berufungsklägerinnen machen eine Verletzung des KG geltend. Hierzu sind zunächst einige formelle Bemerkungen zum vom Beklagten eingereichten Gutachten der WEKO vom 22. April 2013 (BAB 2) anzubringen.

2.2 Gemäss Art. 15 KG wird in einem zivilrechtlichen Verfahren, in welchem die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in Frage steht, die Sache der WEKO zur Begutachtung vorgelegt. Dieser gesetzlichen Aufforderung kam die Vorinstanz nicht nach. Der Berufungsbeklagte reichte aber vor oberer Instanz als Beilage 2 ein Gutachten der WEKO vom 22. April 2013 (unterzeichnet vom Präsidenten und vom Direktor) aus einem vor erster Instanz hängigen Parallelverfahren ein. Es geht im Parallelverfahren um die Zulässigkeit der Mengensteuerung durch den Beklagten im Zeitraum Oktober 2010 bis Januar 2011. Da im vorliegenden Verfahren die Zulässigkeit der Mengensteuerung im Zeitraum Mai 2007 bis Oktober 2010 zu beurteilen ist, äussert sich das Gutachten der WEKO teilweise auch zum hier interessierenden Zeitabschnitt.

2.3 Wenn es um die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung geht, statuiert Art. 15 Abs. 1 KG für die Gerichte die Pflicht, ein Gutachten einzuholen (RETO JACOBS/GION GIGER, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, Art. 15 N. 5). Dies gilt zumindest dann, wenn die Beantwortung der Fragen für den Prozessausgang von Bedeutung ist (JACOBS/GIGER, a.a.O., Art. 15 N. 15). Dem Zivilgericht kommt bei der Beurteilung der Frage, ob im konkreten Fall die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. Art. 15 Abs. 1 KG in Frage steht, ein gewisses Ermessen zu. Wenn das Gericht zum Schluss kommt, dass in Bezug auf die kartellrechtliche Zulässigkeit keine Unsicherheit bestehe, kann auf die Einholung eines Gutachtens verzichtet werden (JACOBS/GIGER, a.a.O., Art. 15 N. 16). Die Vorschrift von Art. 15 Abs. 1 KG ist von Amtes wegen anzuwenden. Ein Antrag der Parteien ist weder nötig noch hinreichend (JACOBS/GIGER, a.a.O., Art. 15 N. 17). Da die WEKO keine eigenen Sachverhaltsabklärungen vornimmt, kann das Gutachten erst eingeholt werden, nachdem im zivilrechtlichen Verfahren der relevante

Sachverhalt ermittelt worden ist (JACOBS/GIGER, a.a.O., Art. 15 N. 18). Zusammen mit dem Sachverhalt legt das Gericht Fragen vor, die mit dem Gutachten beantwortet werden sollen (Grundsätze zu Gutachten nach Art. 15 Abs. 1 Kartellgesetz, RPW 1998, S. 621). Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt vom Zivilgericht, dass es den Parteien vorgängig die Möglichkeit gibt, sich zu dem der WEKO zu übermittelnden Sachverhalt und den an die WEKO gerichteten Fragen zu äussern (JACOBS/GIGER, a.a.O., Art. 15 N. 20). Nach Eintreffen des Gutachtens müssen die Parteien ebenfalls zum Gutachten der WEKO Stellung nehmen können, bevor das Zivilgericht entscheidet (JACOBS/GIGER, a.a.O., Art. 15 N. 26). Das Zivilgericht ist an das Gutachten nicht gebunden, sondern hat es pflichtgemäss zu würdigen (JACOBS/GIGER, a.a.O., Art. 15 N. 27 f.). Falls das Zivilgericht kein Gutachten einholt, obwohl dies geboten wäre, so stellt dies eine Verletzung von Bundesrecht dar, die in einem allfälligen Rechtsmittelverfahren geltend gemacht werden kann (JACOBS/GIGER, a.a.O., Art. 15 N. 25).

2.4 Kommt das Zivilgericht zum Schluss, es liege eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor, so können die Parteien den Bundesrat darum ersuchen, zu entscheiden, ob diese Wettbewerbsbeschränkung zur Verwirklichung überwiegender öffentlicher Interessen notwendig ist (vgl. Art. 15 Abs. 2 KG). Falls das Gericht zur Ansicht gelangt, dass die Wettbewerbsbeschränkung unzulässig ist, so fällt es zweckmässigerweise einen Zwischenentscheid und setzt den Parteien eine Frist, um den Bundesrat anzurufen (JACOBS/GIGER, a.a.O., Art. 15 N. 35). Der Entscheid des Bundesrates ist für das Zivilgericht bindend (JACOBS/GIGER, a.a.O., Art. 15 N. 39). Im vorliegenden Fall ist nicht ganz klar, ob der Beklagte überwiegende öffentliche Interessen geltend macht, da er die Meinung vertritt, Art. 8 LwG – im öffentlichen Interesse erlassen – genüge bereits als Einschränkung des KG (vgl. pag. 617 f.).

2.5 Beim vom Berufungsbeklagten eingereichten Gutachten der WEKO vom 22. April 2013 handelt es sich nicht um ein Privatgutachten, da das Gutachten nicht im Auftrag einer Partei, sondern im Auftrag vom Regionalgericht Bern-Mittelland in einem Parallelverfahren ausgeführt worden ist (vgl. SVEN RÜETSCHI, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, 2012, Art. 183 N. 34). Es spielt keine Rolle, dass es vom Berufungsbeklagten in den Prozess eingeführt worden ist. Massgebend ist alleine, dass es von einem Gericht und nicht von einer Partei eingeholt worden ist (vgl. BGE 140 III 24 E. 3.3.1.3 S. 27 betreffend MEDAS-Gutachten). Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass sich die Meinung des Berufungsbeklagten nicht vollständig mit derjenigen der WEKO deckt. Dies gilt insbesondere für die Frage, ob in Bezug auf Art. 8 Abs. 1 LwG pauschal von einer vorbehaltenen Vorschrift von der Anwendbarkeit des KG ausgegangen werden kann oder ob eine Abwägung im Einzelfall vorzunehmen ist (vgl. pag. 617 und BAB 2, Rz. 26 ff.).

Das Gutachten der WEKO vom 22. April 2012 kann somit auch im konkreten Verfahren als Rechtsgutachten gelten, wenn es dieselben Fragen abhandelt, die auch im vorliegenden Fall zu stellen gewesen wären. Dies trifft streckenweise zu, da es in beiden Verfahren im

Kern um die Zulässigkeit der Mengenbesteuerung durch den Berufungsbeklagten geht. Im vorliegenden Verfahren stellen sich insbesondere folgende Fragen:

- Ist der Berufungsbeklagte (der selber nicht wirtschaftlich tätig ist) ein Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG?
- Fällt das Reglement grundsätzlich unter den Anwendungsbereich des KG?
- Bietet Art. 8 Abs. 1 LwG eine genügende Grundlage, um die Mengensteuerung im Sinne eines Vorbehalts gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a KG von der Anwendbarkeit des KG auszunehmen?
- Wie ist der für schweizerischen Grosslockkäse der Sorte Emmentaler relevante Markt sachlich und örtlich abzugrenzen?
- Mit welcher Intensität beschränken das Reglement und die darin enthaltene Mengensteuerung den Wettbewerb (vgl. Art. 5 KG)?

Einige dieser Fragen werden im eingereichten WEKO-Gutachten vom April 2013 beantwortet. Dazu gehören beispielsweise die Qualifikation des Berufungsbeklagten als Unternehmen i.S.v. Art. 2 KG sowie die Qualifikation von Art. 8 Abs. 1 LwG im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 lit. a KG. Andere Fragen wurden nicht behandelt. Offen ist beispielsweise, mit welcher Intensität die Mengensteuerung den Wettbewerb in den Jahren 2007–2009 beschränkt hat, da es im Parallelverfahren nur um das Jahr 2010 geht.

2.6 Es stellt sich die Frage, ob die obere Instanz verpflichtet ist, bei der WEKO noch ein Gutachten für den konkreten Fall einzuholen, da dies im erstinstanzlichen Verfahren unterlassen worden ist. Da die entscheidenden Fragen bereits im WEKO-Gutachten vom April 2013 beantwortet worden sind, sind durch die Einholung eines Gutachtens für den konkreten Fall keine relevanten neuen Erkenntnisse zu erwarten. Die offenen Fragen, wie z.B. wie hoch der Anteil von Emmentaler AOC im relevanten Markt in den Jahren 2007–2009 war, kann das Gericht in der gleichen Vorgehensweise behandeln, wie dies die WEKO in ihrem Gutachten vom April 2013 gemacht hat. Es handelt sich dabei um Fragen, deren Antworten auf der Hand liegen. Für das Obergericht besteht deshalb keine objektive Unsicherheit betreffend die Zulässigkeit bzw. die Unzulässigkeit der Wettbewerbsbeschränkung, weshalb keine Pflicht besteht, bei der WEKO ein Gutachten einzuholen (vgl. JACOBS/GIGER, a.a.O., Art. 15 N. 13).

2.7 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich das Gericht mit dem WEKO-Gutachten vom 22. April 2013 auseinandersetzt und kein Ergänzungsgutachten bei der WEKO einholt. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass die Parteien sich in der Zwischenzeit beide zum WEKO-Gutachten vom April 2013 geäussert haben (vgl. vorstehende E. III/5).

3. Materielle Vorbemerkung zur Verletzung des Kartellgesetzes

3.1 Die WEKO hatte in der Vergangenheit bereits mehrmals die Verhaltensweisen des Berufungsbeklagten zu beurteilen. Dabei kam das Sekretariat der WEKO

im Rahmen einer Vorabklärung am 7. Juni 2002 zum Schluss, dass der Verein gestützt auf das LwG (Ausnahme nach Art. 3 KG) befugt sei, eine Mengensteuerung zu errichten. Anders sehe es in Bezug auf eine Preisbindung aus. Damit würde vermutungsweise eine Widerhandlung gegen das KG vorliegen. In der Folge verzichtete der Berufungsbeklagte darauf, Richtpreise in den Standardkäseverkauf aufzunehmen, weshalb das Verfahren abgeschrieben werden konnte (RPW 2002, S. 424 ff.).

3.2 Diese Schlussfolgerungen des Sekretariats werden von der WEKO im Gutachten vom 27. September 2004 bestätigt (KAB 35). Im Gutachten wird festgehalten, dass sich die vom Berufungsbeklagten zentral organisierte Anpassung der Produktion und des Angebotes an die Erfordernisse des Marktes nur dadurch verwirklichen lasse, dass den einzelnen Marktteilnehmern die zu produzierende Menge vorgeschrieben werde. Es sei davon auszugehen, dass der Gesetzgeber beabsichtigt habe, in diesem konkreten Bereich keinen Wettbewerb zuzulassen. Somit bestehe bezüglich der fix vorgeschriebenen Produktionsmenge ein Vorbehalt nach Art. 3 Abs. 1 KG (Rz. 14). In den Richtpreisen erblickte die WEKO hingegen eine potentielle Verletzung des KG (Rz. 16).

3.3 Das Bundesgericht entschied in einem ebenfalls den Berufungsbeklagten betreffenden Fall über die Bezahlung von Produktebeiträgen im selben Sinne (Urteil des Bundesgerichts 4C.57/2006 vom 20. April 2006):

„Vorbehalten sind nach Art. 3 Abs. 1 KG Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen den Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (lit. a). Vorschriften, die im Sinne dieser Bestimmung in einem bestimmten Wirtschaftssektor den Wettbewerb fast ganz ausschliessen, finden sich insbesondere im Landwirtschaftsrecht (BGE 129 II 497 E. 3.3.1 S. 514 mit Hinweisen). Das Bundesgesetz über die Landwirtschaft (Landwirtschaftsgesetz, LwG; SR 910.1) enthält im 1. Kapitel über "Allgemeine wirtschaftliche Bestimmungen" insbesondere Bestimmungen über Qualität, Absatzförderung und Marktentlastung (Art. 8-13 LwG). Danach sind die Förderung der Qualität und des Absatzes sowie die Anpassung der Produktion und des Angebots an die Erfordernisse des Marktes Sache der Organisationen der Produzenten und der entsprechenden Branchen (Art. 8 Abs. 1 LwG). Selbsthilfemassnahmen wie die Absatzförderung oder die Anpassung von Produktion oder Angebot betreffen wirtschaftlich grundlegende Elemente eines Marktes und sind daher grundsätzlich gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a KG vom Geltungsbereich des Kartellgesetzes ausgenommen (vgl. Weber, Einleitung S. 47, in von Büren/David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2; Schmidhauser, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, N 8 zu Art. 3 KG; Borer, Kartellgesetz, 2005, N 4 zu Art. 3 KG; Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. Bern 2005, Rz 286 S. 134 f.; Carron, Commentaire Romand, N 30/31 zu Art. 3 Abs. 1 KG).“ (E. 2.1)

„Als Branchenorganisation gilt der Zusammenschluss von Produzenten einzelner Produkte oder Produktgruppen mit den Verarbeitern und gegebenenfalls mit dem Handel (Art. 8 Abs. 2 LwG). Die Klägerin ist eine Branchenorganisation im Sinne von Art. 8 Abs. 2 LwG und daher zuständig für die Ergreifung von Selbsthilfemassnahmen, die insbesondere in der Förderung des Absatzes sowie in der Anpassung von Produktion und Angebot an die Erfordernisse des Marktes bestehen können. Soweit sich Selbsthilfemassnahmen der Klägerin auf Art. 8 Abs. 1 LwG stützen, findet das Kartellgesetz gemäss Art. 3

Abs. 1 lit. a KG keine Anwendung (so auch Vorabklärung der Wettbewerbskommission vom 7. Juni 2002, RPW 2002/3, S. 424/427).“ (E. 2.2)

3.4 Mit Schreiben vom 1. Juli 2011 teilte das Sekretariat der WEKO dem Berufungsbeklagten mit, dass seiner Auffassung nach Mengenbeschränkungen, die sowohl Emmentaler AOC als auch Emmentaler ähnliche Käse umfassen, kartellrechtlich problematisch seien (KAB 36).

3.5 In ihrem **Gutachten vom 22. April 2013** (BAB 2) kommt die **WEKO** zum Schluss, beim Berufungsbeklagten handle es sich, obwohl er selbst keiner wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehe, um ein Unternehmen im Sinne des KG. Der Berufungsbeklagte entscheide nämlich über die Produktionsmenge der Mitglieder und übe dadurch indirekt eine unternehmerische Tätigkeit aus (im Verfahren ZK 2009 195 durch das Obergericht des Kantons Bern durch blossen Verweis auf erstinstanzliches Urteil verneint). Weiter vertritt die WEKO in ihrem Gutachten die Ansicht, dass das Reglement des Berufungsbeklagten unter den Anwendungsbereich des KG falle. Es werde vom Vorstand, d.h. von Milchproduzenten, Käseherstellern und Händlern, beschlossen und stelle damit eine Vereinbarung zwischen mindestens zwei Unternehmen dar. Es spiele deshalb keine Rolle, ob der Berufungsbeklagte selbst ebenfalls als Unternehmen zu qualifizieren sei.

Art. 3 Abs. 1 KG regelt das Verhältnis des KG zu anderen Rechtsvorschriften. Gestützt auf diese Bestimmung sind Vorschriften vorbehalten, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen den Wettbewerb nicht zulassen. Dazu zählen insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (lit. a) oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (lit. b). Die WEKO führt aus, das Bundesgericht habe teilweise den Vorbehalt nach Art. 3 Abs. 1 lit. a KG sehr grosszügig bejaht (Urteil des Bundesgerichts 4C.57/2006 vom 20. April 2006), wolle jedoch andererseits Ausnahmen nur zurückhaltend annehmen (BGE 129 II 497 E. 3.3.3 S. 516). Die WEKO kommt nun im Gutachten vom April 2013 entgegen ihrer früheren Auffassung (vgl. vorstehende E. 3.2) zum Schluss, dass Art. 8 Abs. 1 LwG kaum unter Art. 3 Abs. 1 lit. a KG zu subsumieren sei. Ebenso wenig könne diese Bestimmung als Vorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b KG verstanden werden. Andererseits habe der Gesetzgeber in der Landwirtschaft die Planung von Produktion und Absatz in gewissen Fällen aber nicht vollumfänglich den kartellrechtlichen Bestimmungen unterstellen wollen. Hierfür habe er mit Art. 8 LwG eine sehr pauschale Formulierung gewählt, welche nicht in das Raster von Art. 3 Abs. 1 KG passe. Es bleibe deshalb nichts anderes übrig, als im Einzelfall zu prüfen, ob eine Mengenbeschränkung wenigstens noch ein gewisses Mass an Wettbewerb zulasse. Im Ergebnis prüft die WEKO somit, ob die Vermutung von Art. 5 Abs. 3 KG angesichts der konkreten Marktlage umgestossen werden kann, und bejaht dies im vorliegenden Fall.

Art. 8 Abs. 1 LwG steht unter der Überschrift „Selbsthilfe“ und gibt Produzenten- und Branchenorganisationen die Möglichkeit, die Produktion und den Absatz auf die Erfordernisse des Marktes auszurichten. Darunter fallen, gemäss WEKO, auch Massnahmen zur Regelung der zu

produzierenden Menge. In der Literatur werde darauf hingewiesen, dass Massnahmen von Branchenorganisationen zur Mengenbegrenzung und Qualitätskontrolle kartellrechtlich wohl nicht zu beanstanden seien, solange der Wettbewerb zwischen den verschiedenen Käsesorten spiele. Der Anteil von Emmentaler AOC am in der Schweiz produzierten Hartkäse sei im Jahr 2010 bei ca. 39 % gelegen. Gestützt auf diesen (beschränkten) Marktanteil und angesichts des Preisdrucks aufgrund von Importen aus dem Ausland könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Mengenregelung des Berufungsklagten dazu führe, dass der Wettbewerb im Hartkäsemarkt gänzlich verhindert werde. Da ein gewisser Wettbewerb trotz der Mengensteuerung bestehen bleibe, könne diese vorliegend als vom Gesetzgeber tolerierte Selbsthilfemassnahme gemäss Art. 8 Abs. 1 LwG betrachtet werden. Sie gelte somit nicht als unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 und 3 KG.

Zusammenfassend gelangt die WEKO zum Schluss, dass die Mengensteuerung des Berufungsklagten im konkreten Fall unter den Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG falle. Das Gericht hat sich nachfolgend mit dem Gutachten auseinanderzusetzen und dieses pflichtgemäss zu würdigen (vgl. vorstehende E. IV/2.4).

3.6 Unbestritten ist, dass das KG auf den Käsehandel und somit auch auf das Reglement des Berufungsklagten grundsätzlich anwendbar ist. Nachfolgend ist jedoch noch darüber zu entscheiden, inwiefern das KG durch das LwG relativiert wird und wie der relevante Markt definiert wird.

4. Relativierung des Kartellgesetzes durch das Landwirtschaftsgesetz

4.1 Art. 3 Abs. 1 KG (Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften) gilt seit dem 1. Februar 1996 unverändert. In der Botschaft zum KG vom 24. November 1994 steht Folgendes zu dieser Bestimmung (BBl 1995 I 539 ff.):

„223.11 Staatliche Markt- und Preisordnungen (Art 3 Abs. 1 Bst. a E)

Der Gesetzesentwurf anerkennt, dass staatliche Markt- oder Preisordnungen den Wettbewerb in einem bestimmten Wirtschaftsbereich ausschliessen können. Paradebeispiel für einen sektoriellen Ausschluss des Wettbewerbs ist die Landwirtschaft. Es ist nicht Absicht des Kartellgesetzgebers, mit dem Erlass von Wettbewerbsvorschriften derartige staatliche Markt- oder Preisordnungen in Frage zu stellen. Sie sollen auch unter dem neuen Kartellgesetz vollumfänglich weiterbestehen können, vorausgesetzt, dass es bei ihrer Schaffung tatsächlich die Absicht des Gesetzgebers war, das Wettbewerbsprinzip für den fraglichen Wirtschaftsbereich auszuschalten. Soweit jedoch die staatliche Markt- oder Preisordnung eines wirtschaftlichen Teilbereichs für wettbewerblches Verhalten und damit die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Kriterien Raum lässt, ist das Kartellgesetz anwendbar (gegebenenfalls unter Berücksichtigung des zusätzlichen Vorbehalts in Art. 3 Abs. 1 Bst. b E).

223.12 Unternehmen mit besonderen Rechten (Art 3 Abs. 1 Bst. b E)

Die Ersetzung des Wettbewerbs durch eine Markt- oder Preisordnung ist nicht die einzige Möglichkeit, wie der Gesetzgeber in das Wirtschaftsgeschehen eingreifen kann. Die Wirtschaftsverfassung des Bundes oder kantonale Wirtschaftsverfassungen können zur Verwirklichung von legitimen Gemeinwohlzie-

len auch weniger weitreichende, eher punktuell wirkende Mittel einsetzen, indem sie bestimmte Rechtsträger (Unternehmen des öffentlichen und des privaten Rechts) mit besonderen Rechten ausstatten. Das damit möglicherweise verbundene Abweichen vom Wettbewerbsprinzip soll wie bei der Markt- oder Preisordnung nicht durch die Vorschriften des Kartellgesetzes vereitelt werden. Der Gesetzesentwurf sieht deshalb auch für derartige punktuelle Abweichungen einen Vorbehalt vor, soweit es tatsächlich die Absicht des Gesetzgebers war, in diesem Bereich Wettbewerb nicht zuzulassen. Mit der Differenzierung in Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b E soll jedoch zum Ausdruck gebracht werden, dass eine gewollte punktuelle Abweichung nicht dazu führt, dass der betreffende wirtschaftliche Teilbereich insgesamt der Anwendung des Kartellgesetzes entzogen wird. In der Regel begründet ein besonderes Recht keine allgemeine Markt- oder Preisordnung. Entsprechende Unternehmen haben sich deshalb, soweit sie sich ausserhalb des Ausnahmereichs bewegen, nach wettbewerblchen Grundsätzen im Sinne des Kartellgesetzes zu verhalten.“

4.2 Das Bundesgericht argumentiert im Urteil 4C.57/2006 vom 20. April 2006, dass das LwG in Art. 8–13 Bestimmungen über Qualität, Absatzförderung und Marktentlastung enthalte. Selbsthilfemassnahmen wie die Absatzförderung oder die Anpassung von Produktion oder Angebot würden wirtschaftlich grundlegende Elemente eines Marktes betreffen. Also seien sie gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a KG vom Geltungsbereich des KG grundsätzlich ausgenommen (vgl. vorstehende E. IV/3.3).

Die WEKO vertritt demgegenüber im ihrem Gutachten vom 22. April 2013 (BAB 2) die Ansicht, dass Art. 8 Abs. 1 LwG keine Grundlage für den Vorbehalt nach Art. 3 Abs. 1 lit. a KG biete, da eine Mengenregelung nicht als umfassende Marktordnung im Sinne dieser Bestimmung gelte. Auch der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 lit. b KG sei durch das LwG nicht erfüllt, da mit der Landwirtschaftspolitik die Landwirtschaft auf den Markt ausgerichtet werden sollte. Deshalb stelle die Organisation des Marktes gerade keine öffentliche Aufgabe mehr dar (Rz. 38 f.).

4.3 Auch die neuere Lehre ist restriktiver als das Bundesgericht im Urteil 4C.57/2006 (vgl. PATRIK A. DUCREY, Marktmacht und schweizerische Landwirtschaft – Kartellrecht als Korrektiv?, Blätter für Agrarrecht 2008, S. 129; OLIVER SUTTER, Von der staatlichen Marktordnung zur privaten Absatzorganisation in der Landwirtschaft – Kartellrechtliche Aspekte, Blätter für Agrarrecht 2006, S. 116). Es lässt sich wohl tatsächlich nicht (mehr) argumentieren, dank Art. 8–13 LwG seien die entsprechenden Massnahmen dem KG generell entzogen, nachdem die Landwirtschaft allgemein und der Käsemarkt im Besonderen mit dem „neuen“ Landwirtschaftsgesetz 1996 dem freien Markt näher gebracht werden sollten (BBl 1996 IV 49). Nach Ansicht des Gerichts gilt, dass die Massnahmen nach LwG umgesetzt werden können müssen, dass dies aber so weit wie möglich in Übereinstimmung mit dem KG zu geschehen hat. Das Vorgehen der WEKO, welche im Einzelfall prüft, ob das KG verletzt wird, erscheint somit sachgerecht.

4.4 Der Gesetzgeber wollte im Bereich der Landwirtschaft eine gewisse „Selbsthilfe“ zulassen und nahm damit Wettbewerbseinschränkungen in einem gewissen Mass in Kauf. Dies entspricht auch der Absicht des KG, welches gemäss Botschaft in vom Marktversagen be-

troffenen Bereichen differenzierte Lösungen zulassen will (BBl 1995 I 537 ff.). Das LwG spricht davon, dass die Branchenorganisationen die Produktion und das Angebot „den Erfordernissen des Marktes“ anpassen können (Art. 8 Abs. 1 LwG). Darin liegt zwangsläufig eine Absprache, nämlich die Möglichkeit, den eigenen Mitgliedern Vorschriften zur Produktionsweise und zur Verkaufsmenge zu machen. Im internen Verhältnis erscheint diese Einschränkung des „internen Wettbewerbs“ ohne Weiteres als zulässig, da sie im Gesetz vorgesehen und für die Erreichung des gesetzlichen Zweckes nötig ist. Damit ist aber noch nicht gesagt, dass auch der „externe Wettbewerb“ beschränkt werden darf. Grundsätzlich ist dies nicht der Fall, da die Konsumenten nicht infolge künstlicher Minderproduktion unter den hochgejagten Preisen leiden sollten. Im Interesse der Konsumenten liegt aber auch das längerfristige Überleben der Käsesorte „Emmentaler“. Wenn dafür eine Mengenbeschränkung (mit entsprechend höheren Preisen) strategisch nötig ist, so kann dies – vielleicht auch nur vorübergehend – in Kauf genommen werden, wenn das KG nicht verletzt wird. Das ist wohl auch die Logik, welche zum Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung von Mengenbeschränkungen durch den Bundesrat führte (Art. 9 LwG).

4.5 Die Berufungsklägerinnen berufen sich, soweit ersichtlich, nicht nur auf eine Einschränkung des Wettbewerbs von Dritten (Aussenwettbewerb), sondern auch auf die Erschwerung ihrer eigenen Position im Wettbewerb (Innenwettbewerb; zu den Begriffen vgl. PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2009, Art. 5 N. 456 ff.). Durch die Regelungen des Berufungsbeklagten waren sie nicht nur qualitativen, sondern auch quantitativen Restriktionen unterworfen. Allerdings liegt es in der Natur der Sache, dass ein Reglement zur Förderung von Qualität und zur Aufrechterhaltung guter Preise den Mitgliedern gewisse Auflagen macht. Im Gegenzug profitieren diese im Markt von den Vorteilen der geschützten Ursprungsbezeichnung. Diese Vorteile lassen sich ohne Regelwerk nicht erzielen. Dass die Mengenbeschränkung keinen Sinn ergebe und damit eine reine Schikane darstelle, wird nicht behauptet, und ist auch nicht ersichtlich. Die Berufungsklägerinnen machen jedoch geltend, dass eine geschützte Ursprungsbezeichnung nicht mit einer Mengensteuerung verbunden werden könne. Da aber die Art. 14–16 LwG eine Mengensteuerung nicht ausschliessen, ist nicht ersichtlich, inwiefern sie durch die Anwendung von Art. 8 LwG modifiziert würden. Die Mengenbeschränkung erscheint als geeignete Selbsthilfemassnahme im Rahmen des LwG. Nachfolgend ist deshalb nur noch zu prüfen, ob eine unzulässige Einschränkung des Aussenwettbewerbs vorliegt.

5. Definition des relevanten Marktes

5.1 Die Beeinträchtigung des Aussenwettbewerbs bezieht sich auf den „Markt“, wobei dieser im Einzelfall zu umreissen ist. Das Bundesgericht (BGE 139 II 316 E. 5.1 S. 318 f.) und die WEKO (BAB 2, Fn. 35) greifen auf die Definition der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 521.4) zurück. Gemäss Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU umfasst der sachlich relevante Markt alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften

und ihres vorgesehenen Verwendungszweckes als substituierbar angesehen werden.

5.2 Der relevante Markt bemisst sich im vorliegenden Fall nicht einzig am Verkauf von Emmentaler, sondern allgemein von Hartkäse. Auch wenn Emmentaler teurer wird, sollte doch (Hart-)Käse als erschwingliches Nahrungsmittel für alle in den Regalen bleiben. Die Selbsthilfemassnahmen dürfen nicht dazu führen, dass Käse generell unerschwinglich wird, sondern für die Konsumenten müssen Ausweichmöglichkeiten bestehen bleiben. Dafür braucht es Konkurrenz. Dies stellt auch die Argumentationslinie der WEKO dar, welcher sich das Gericht anschliessen kann. Die Beschränkung auf Hartkäse ist sicherlich zweckmässig. Emmentaler fällt für den normalen Konsumenten und damit auch den Händler/Verteiler – hier die „Marktgegenseite“ – in die grosse Gruppe von Greyerzer, Bergkäse, Sbrinz, L'Etivaz etc. Neben einigen Dutzend in der Schweiz hergestellten Hartkäsesorten gibt es auch noch eine Reihe ausländischer Grosslochkäse (vgl. Gutachten der WEKO vom 22. April 2013 [BAB 2], Rz. 48).

5.3 Der BGE 139 II 316 i.S. L'Etivaz verlangt keinen anderen Schluss. Dort ging es um einen Konkurrenten, welcher die (geschützte) Käsesorte L'Etivaz AOC herstellen wollte. Dafür war er zwingend auf die Reifungsanlage der Genossenschaft angewiesen, zu welcher ihm der Zugang verwehrt wurde. Das Bundesgericht musste klären, ob Art. 7 KG zum Tragen kam („Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen“). Vorab hatte das Bundesgericht deshalb zu prüfen, ob es sich beim Verband um ein marktbeherrschendes Unternehmen gemäss der Definition von Art. 4 Abs. 2 KG handelte. Hierfür musste es den dafür relevanten Markt definieren (E. 4 und 5). Der „sachliche Markt“ bezog sich hier also nicht auf die Konsumenten, sondern auf den Produzenten:

„Là où un concurrent se prétend illicitement empêché d'accéder à une appellation, le marché déterminant est nécessairement restreint à celui, réel ou supposé, de l'appellation en cause.“ (E. 5.5 S. 323)

Darum geht es vorliegend nicht. Den Berufungsklägerinnen steht es frei, in den Verein ein- und aus ihm auszutreten, wie sie dies auch getan haben. Dass sie sich aber als Mitglieder des Vereins dessen Vorgaben – den „Selbsthilfemassnahmen“ – unterziehen müssen, wurde bereits weiter oben dargelegt (vgl. vorstehende E. IV/4.4).

5.4 Gemäss dem Gutachten der WEKO vom 22. April 2013 (BAB 2, Rz. 56) lag der Anteil von Emmentaler AOC am in der Schweiz produzierten Hartkäse im Jahr 2010 bei knapp 40 %. Seit dem Jahr 2007 ist der Schweizer Käsemarkt auch für die EU geöffnet (BAB 2, Rz. 53), weshalb der Preisdruck aufgrund von Importen aus dem Ausland ebenfalls zu berücksichtigen ist. Die WEKO kam deshalb zum Schluss, dass die Mengensteuerung beim Emmentaler den Wettbewerb im Hartkäsemarkt nicht gänzlich verhindere und die aufgehobene staatliche Marktordnung nicht durch eine privatrechtliche ersetzt werde. Ein gewisser Wettbewerb bleibe trotz der Mengensteuerung bestehen, so dass sie eine zu tolerierende Selbsthilfemassnahme darstelle und nicht eine

unzulässige Wettbewerbsabrede. Das Gericht schliesst sich dieser Auffassung an.

5.5 Da sich das Gutachten der WEKO nur zum Hartkäsemarkt im Jahr 2010 äussert, ist noch fraglich, wie die Wettbewerbsverhältnisse in den Jahren 2007–2009 aussahen. Gemäss der Milchstatistik Schweiz wurden im Jahr 2009 69'572 t Hartkäse produziert, wovon 25'723 t auf den Emmentaler AOC entfielen (37 % Marktanteil). Im Jahr 2008 wurden 72'809 t Hartkäse hergestellt, davon 28'831 t Emmentaler AOC (40 % Marktanteil). Schliesslich lag im Jahr 2007 der Marktanteil bei 41 %. Unter den 74'836 t Hartkäse befanden sich 30'772 t Emmentaler AOC (www.milchstatistik.ch > Statistiken > Käse-Markt: Produktion Käse). Somit waren die Wettbewerbsverhältnisse in den Jahren 2007–2009 nicht anders als im Jahr 2010. Dies wird im Übrigen auch von niemandem bestritten.

6. Fazit zur Verletzung des Kartellgesetzes

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die hier geprüfte Mengensteuerung des Berufungsbeklagten keine unzulässige Abrede im Sinne des KG darstellt. Es gab neben dem Emmentaler AOC in den Jahren 2007–2010 noch genügend (billigeren) Hartkäse in den Regalen.

7. Verletzung des rechtlichen Gehörs

Die Berufungsklägerinnen erblicken eine Verletzung ihres Anspruches auf rechtliches Gehör darin, dass ihnen die beabsichtigten Sanktionen nicht vor Fällung der Beschlüsse resp. vor ihrem Wiedereintritt in den Verein bekannt gegeben wurden. Wie die Vorinstanz richtig ausführte, erhielten die Berufungsklägerinnen vor der Beschlussfassung die Gelegenheit, zu den Vorwürfen Stellung zu nehmen. Dass sie sich nicht zur konkret beabsichtigten Höhe der Sanktionen äussern konnten, führt nicht zu einer Verletzung des rechtlichen Gehörs. Ein solcher Anspruch ergibt sich nämlich weder aus den Statuten noch aus allgemeinen rechtlichen Grundsätzen. Insbesondere sieht auch das Strafrecht kein rechtliches Gehör zur Art und Höhe einer möglicherweise vorgesehenen Strafe vor. Im Übrigen ist nicht nachvollziehbar, inwiefern der Gehörsanspruch mit dem geplanten Wiedereintritt in den Verein zusammenhängen soll.

8. Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung

8.1 Die Berufungsklägerinnen erinnern daran, dass anderen Mitgliedern die Strafe erlassen worden sei (im Gegenzug für den rückwirkenden Wiedereintritt per 1. Mai 2011, was nicht erstellt ist). Darin, dass ihre Strafe trotzdem erhalten blieb, erkennen sie eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung. Die Vorinstanz weist darauf hin, dass das Gleichbehandlungsgebot für Vereine wegen deren Autonomie weniger streng anzuwenden sei als im öffentlichen Recht (vgl. E. 75 des angefochtenen Entscheids, pag. 471). Dies trifft grundsätzlich zu und wird von den Berufungsklägerinnen auch nicht in Abrede gestellt. Sie verweisen hingegen auf Art. 2 Abs. 6 der Statuten des Berufungsbeklagten in der Fassung vom 18. April 2008 (KB 4):

„Die ES behandelt ihre Mitglieder nach Massgabe ihrer Gleich- bzw. Ungleichheit gleich, insbesondere wahrt sie ihren Mitgliedern gegenüber den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität.“

Der Berufungsbeklagte selber hat sich somit die rechtsgleiche Behandlung seiner Mitglieder auferlegt und ist darauf zu beharren. Für die Mitglieder ist dieser Grundsatz zudem sicherlich wichtig, weil eine Ungleichbehandlung unter Wettbewerbern rasch zu Benachteiligungen oder Bevorzugungen führen kann.

8.2 Vorliegend wurden die erwähnten anderen Mitglieder gemäss Angabe des Berufungsbeklagten mit einer Sanktion wegen Verstosses gegen das Emmentaler Reinheitsgebot belegt, nicht wegen eines Verstosses gegen die Mengensteuerung (pag. 175). Belege wurden keine eingereicht. Die ausgetretenen Aussenseiter wurden später „zugunsten eines einheitlichen Marktauftritts“ wieder in den Verein aufgenommen. Sie verpflichteten sich zu einer fünfjährigen Mitgliedschaft bzw. zu einem Fünf-Jahres-Lizenzvertrag und müssen am Ende der Periode die Strafe nicht leisten, wenn sie die Vereinbarung einhalten. Gemäss den Angaben des Berufungsbeklagten werden Sanktionen wegen Verletzung der Mengensteuerung stets konsequent eingetrieben und wenn nötig gerichtlich durchgesetzt. Nach ihm wäre der Erlass einer Sanktion in diesem Fall mit dem Gleichbehandlungsgebot nicht zu vereinbaren (pag. 637).

8.3 Es fehlen Beweismittel, welche den Sachverhalt, insbesondere den Sanktionierungsgrund und die Höhe der Sanktion für die anderen Aussenseiter nachweisen. Unter diesen Umständen ist eine Ungleichbehandlung nicht erstellt, was zu Lasten der beweisbelasteten Berufungsklägerinnen geht. Falls die übrigen Aussenseiter tatsächlich wegen eines Verstosses gegen das Emmentaler Reinheitsgebot mit einer Sanktion belegt wurden, würde kein vergleichbarer Sachverhalt vorliegen. Gemäss dem Gutachten der WEKO vom April 2013 steht das Reinheitsgebot nämlich auf wackligen Füßen (BAB 2), so dass die Sanktionierung fraglich bleibt. Eine Verletzung des Gleichheitsgebots liegt damit nicht vor.

9. Verletzung der Statuten/Reglemente

9.1 Gemäss den Berufungsklägerinnen bezweckt der Berufungsbeklagte als Sortenorganisation nur die Förderung von Emmentaler AOC. Nur diesbezüglich sei eine Mengensteuerung sinnvoll. Da durch das Vorgehen der Berufungsklägerinnen die Menge an Emmentaler AOC auf dem Tafelkäsemarkt den zugelassenen Umfang nicht überstiegen habe, weil die überschüssige Ware der Schmelzkäseproduktion zugeführt worden sei, werde dieses vom Sinn und Zweck des Reglements nicht erfasst und könne entsprechend auch nicht sanktioniert werden. Die vereinsinterne Grundlage für die Konventionalstrafe sei zudem ungenügend. Für die Abgabe auf die „Überproduktion“ bestehe sogar überhaupt keine Grundlage, abgesehen von einem Beschluss des Vorstandes (KB 38), welcher sich aber bloss auf das Produktionsjahr 2007/2008 beziehe.

9.2 Im Rahmen der Mengensteuerung legt der Vorstand des Berufungsbeklagten die Gesamtproduktionsmenge Emmentaler AOC der Mitglieder pro Produktionsjahr unter Berücksichtigung des Lagerbestandes und der Marktbeobachtung fest (Art. 1 des Reglements, in den Fassungen 2007–2010 unverändert, KAB 8–11). Der

Vorstand verfügt über die Kompetenz, die Gesamtmenge jeweils quartalsweise zu erhöhen oder zu reduzieren (Art. 1 des Reglements i.V.m. Anhang 1 lit. B Ziff. 1 des Reglements). Die Handelsfirmen haben dem Berufungsbeklagten monatlich die Anzahl Laibe und das Gewicht der eingekauften Käse zu melden, aufgeteilt nach Qualitätsklassen. Diese Meldungen sind entscheidend für die Mengensteuerung (Art. 4 Abs. 4 des Reglements).

9.3 Der angefochtene Beschluss wurde vom Berufungsbeklagten wie folgt begründet (KAB 30, Ziff. 4):

„Anlässlich einer Kontrolle wurde festgestellt, dass die von der Handelsfirma A. der Geschäftsstelle ES gemeldeten Einkaufsdaten – in Absprache mit den Käseherstellern C., Käserei E., und F., Käserei G. – nicht korrekt bzw. bewusst falsch übermittelt wurden. Die bei der Vorverpackung entdeckte qualitativ ungenügende Ware wurde beim Einkaufsgewicht des folgenden Monats abgezogen. Somit wurde diese von der Mengensteuerung ES nicht erfasst und konnte durch die Käsehersteller nachproduziert werden.“

9.4 Die Vorinstanz hält zum Verstoß gegen das Reglement Folgendes fest (E. 38 ff. des angefochtenen Entscheids, pag. 445 ff.):

„Die jedem Produktionsbetrieb zugeteilte Menge entspricht der maximal zulässigen freigegebenen Produktionsmenge (Anhang 1 des Reglements lit. B Ziff. 2 Fassungen 2007 bis 2010 unverändert, vgl. KAB 8–11).“ (E. 38)

„Anhang 1 lit. b Ziff. 6 hält ab der Version Produktionsjahr Mai 2008 fest, dass als Produktionsmenge die „gesamte in einer Produktionsstätte hergestellte Menge Emmentaler AOC (inkl. Ortsreserve) sowie zu Klasse 2 oder 3 deklassierte Ware“ gehört. In der Korrekturversion des Reglements 2008 im Vergleich zum Reglement 2007 (KB 9) findet sich der Hinweis, dass es sich hierbei um eine Präzisierung gegenüber der früheren Fassung des Reglements handle.“ (E. 39)

„Anhang 1 des Reglements lit. B Ziff. 6.1 bzw. Ziff. 8.1 (ab Fassung 2009) hält fest, dass „Überlieferungen, welche die Toleranzschwelle von 4% übersteigen, als Verstoß sanktioniert“ werden.“ (E. 40)

Das Argument der Berufungsklägerinnen, der Berufungsbeklagte habe nur den Tafelkäsemarkt reguliert oder regulieren dürfen, greift somit zu kurz. Das für die Mengensteuerung gewählte System setzt bereits bei der Produktion an. Es kann dabei auf die vorstehenden zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (vgl. auch E. 51–57 des angefochtenen Entscheids, pag. 451 ff.).

9.5 Art. 15 des Reglements enthält den Sanktionenkatalog, welcher deckungsgleich ist mit demjenigen in Art. 23 der Statuten. Art. 15 Abs. 1 des Reglements lautet wie folgt (in den Fassungen 2007–2010 unverändert, KAB 8–11):

„Handelt ein Mitglied diesen Statuten, diesem Reglement, dem Pflichtenheft Emmentaler oder dem Kontrollhandbuch und dessen Anhängen zuwider, ist unverzüglich die Geschäftsstelle zu informieren. Wird der rechtmässige Zustand innerhalb der durch die ES angesetzten Frist wiederhergestellt, gilt die Sache als erledigt. Andernfalls schuldet das widerhandelnde Mitglied der ES je nach Ausmass der festgestellten Widerhandlungen sowie nach Intensität (jedoch unabhängig vom Vorliegen und vom Nachweis) des Verschuldens eine Konventionalstrafe von mindestens CHF 5'000.– bis höchstens CHF 100'000.–. Diese wird durch den Vorstand in abschliessender Kompetenz festgelegt. Im Wiederholungsfall ist eine Konventi-

onalstrafe auch bei Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes geschuldet. Durch Umgehung von Bestimmungen der Statuten, des Reglements, des Pflichtenhefts oder des Kontrollhandbuchs und dessen Anhänge erreichte finanzielle Vorteile werden durch die ES zusätzlich zur Konventionalstrafe eingefordert. (...)“

9.6 Dass die Überproduktion (Toleranzgrenze 4 %) im Produktionsjahr 2007/2008 mit CHF 2.00/kg sanktioniert resp. „abgeschöpft“ werden sollte, ergibt sich aus der ES-Press, Ausgabe 6/08 vom November 2008 (KB 38). Der Beschluss wurde nicht – wie von der Vorinstanz festgehalten – von der Delegiertenversammlung, sondern vom Vorstand getroffen. Gemäss Art. 16 der Statuten (in der Fassung vom 18. April 2008, KB 4) ist der Vorstand für Erlass und Abänderungen von Verträgen und Reglementen, insbesondere bezüglich Mengensteuerung, Qualität, Zahlungs- und Lieferbedingungen sowie Finanzierung zuständig. Dies begründet die Kompetenz zur Festsetzung des Überkapazitäts-Abschöpftarifs. Für die Folgejahre findet sich dieser „Preis“ in den Schreiben zur quartalsweisen Produktionsfreigabe, den Abrechnungen und den Rechnungen (KAB 37; 27. August 2010 für Februar bis April 2010, 19. Mai 2010 für November 2009 bis Januar 2010, 20. Januar 2010 für Februar bis April 2010, 23. Oktober 2009 für November 2009 bis Januar 2010 etc., erstmals belegt am 20. Juni 2007 für Mai bis August 2007). Er blieb über die Jahre unverändert und war den Berufungsklägerinnen bekannt.

9.7 Grundsätzlich sind damit statutarische und reglementarische Grundlagen für den angefochtenen Beschluss vorhanden. Zwar ist der Tarifraster mit CHF 5'000.00 bis CHF 100'000.00 ziemlich gross und es werden keine konkreten Ausschöpfungskriterien genannt. Trotzdem liegt aber eine statutarische bzw. reglementarische Grundlage vor. Diese sieht sodann explizit bei regelwidrigem Verhalten die Abgabe von finanziell erreichten Vorteilen vor. Gestützt darauf hat der Vorstand eine Sanktionierung von CHF 2.00 pro kg Überproduktion beschlossen. Er hat damit nicht auf die konkrete Gewinnmarge abgestellt bzw. die Betriebskosten nicht berücksichtigt, sondern die Höhe des erwirtschafteten Vorteils aufgrund von pauschalen Bruttomargenberechnungen festgelegt (KAB 41 und 42). Dadurch ist bei Vorteilsabschöpfungen die Gleichbehandlung der Vereinsmitglieder gewährleistet. Dieses Vorgehen ist zweckmässig und entbehrt keinesfalls jeder Verhältnismässigkeit. Da ein sachlicher Zusammenhang besteht, findet eine Beweislastumkehr statt und die Berufungsklägerinnen müssten die Vorteilsberechnungen substantiiert bestreiten. Selbst im Berufungsverfahren wurden die Berechnungen jedoch nicht fundiert angefochten. Die Berufungsklägerinnen nahmen weder zu den Grundlagen, den einzelnen Positionen, zur Höhe der Ausbeute noch zum Berechnungsprinzip Stellung (vgl. pag. 549). Auch die vergleichsweise Heranziehung der entsprechenden Bestimmungen betreffend die Greyerzer-Produktion lässt die Sanktionshöhe von CHF 2.00 pro kg Überproduktion nicht als unverhältnismässig erscheinen. Die Vertragsbestimmungen sehen dort bei einer Überproduktion von mehr als 1 % eine Sanktionierung mit CHF 5.00 pro kg, bei unangemeldeter oder nicht konformer Produktion sogar eine Sanktionierung mit CHF [...] pro kg vor (KAB 40). Deshalb ist die Sanktionierung

mit CHF 2.00 pro kg Überproduktion nicht zu beanstanden.

9.8 Die Berufungsklägerinnen machen sodann geltend, sie hätten gemäss Art. 23 der Statuten den rechtmässigen Zustand wiederhergestellt. Die Berufungsklägerin 1 habe zugesichert, in Zukunft allfällige nachträglich auftauchende Qualitätsprobleme nicht mehr über Gutgewichte, sondern über direkte Belastungen zu erledigen. Weiter habe die Berufungsklägerin 2 im Jahr 2011 180 t weniger Emmentaler AOC Tafelware produziert, als ihr zugeteilt gewesen wäre.

Die Vorinstanz hat überzeugend dargelegt, dass der rechtmässige Zustand von den Berufungsklägerinnen nicht wiederhergestellt wurde bzw. sich aufgrund der Natur der streitgegenständlichen Regelverstösse gar nicht wiederherstellen lässt (vgl. E. 58 ff. des angefochtenen Entscheids, pag. 453 ff.). Es ist zwischen den fehlerhaften Gewichtsmeldungen einerseits und den Nachproduktionen andererseits zu unterscheiden. Regelwidrige Gewichtsmeldungen lassen sich per se nicht rückgängig machen. Das Versprechen, ein bestimmtes Verhalten zukünftig nicht mehr zu praktizieren, kann dabei nicht als Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands gewertet werden. Anders sieht die Situation bei den von der Berufungsklägerin 2 vorgenommenen Nachproduktionen aus. Diese können an sich rückgängig gemacht werden. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands periodengerecht erfolgen muss. Nach Ablauf der Periode, für welche die Menge gesteuert werden sollte, ist eine Wiederherstellung nicht mehr möglich, weil eben der massgebende Zeitraum vorüber ist. Vorliegend fand eine quartalsweise Steuerung der Produktion statt. Ein Ausgleich der Menge nach Ablauf des Quartals ist daher nicht möglich, so dass ein Ausgleich im Jahr 2011 nicht mehr beachtet werden kann.

9.9 Weiter führen die Berufungsklägerinnen aus, dass die Voraussetzungen für die Verhängung einer Konventionalstrafe oder einer finanziellen Abgabe nicht erfüllt seien, da kein Verschulden der Berufungsklägerinnen vorliege. Vereinsstrafen seien jedoch immer verschuldensabhängig.

Es kann offen gelassen werden, ob Vereinssanktionen unabhängig von der statutarischen Regelung nur verschuldensabhängig ausgesprochen werden können. Gemäss Art. 97 OR würde das Verschulden nämlich vermutet und es obläge den Berufungsklägerinnen zu beweisen, dass sie kein Verschulden treffe (ANTON HEINI/WOLFGANG PORTMANN, Das Schweizerische Vereinsrecht, 3. Aufl., 2005, Rz. 319). Dieser Beweis ist den Berufungsklägerinnen nicht gelungen. Sie hätten die Gutgewichte transparent in den Einkaufsabrechnungen (KAB 15) oder den Mulchenkarten (KAB 17) aufgenommen, wenn sie nicht gewusst oder zumindest geahnt hätten, dass ihr Vorgehen reglementswidrig ist. Ein Verschulden liegt sodann auch nicht nur bei einer bewussten Umgehung der Vorschriften vor, sondern auch, wenn der Verstoss bei pflichtgemässer Umsicht festgestellt hätte werden können. Dies ist vorliegend gegeben, weil die blosser Lektüre des Wortlauts von Art. 4 Abs. 4 des Reglements (in den Fassungen 2007–2010 unverändert, KAB 8–11) und von lit. B Ziff. 6 von Anhang 1 des Reg-

lements ab der Fassung 2008 (KB 9–11) ausreicht, um zu bemerken, dass auch eingekaufter Käse der Klasse 2 und 3 sowie die Ortsreserve zu melden sind. Bei dieser Sachlage können die Berufungsklägerinnen aus der Lehrmeinung von URS SCHERRER (HEINI/SCHERRER, a.a.O., Art. 70 N. 21), dass Vereinsstrafen immer verschuldensabhängig seien, nichts ableiten.

10. Lex mitior

10.1 Gemäss der Vorinstanz (E. 72 des angefochtenen Entscheids, pag. 471) ist der Grundsatz der *lex mitior* im Vereinsrecht nicht eins zu eins anwendbar. Das *obiter dictum* des Bundesgerichts im Urteil 4A_456/2009 betreffe Dopingstrafen, damit verbundene Spielsperren und die Aberkennung von Preisen. Dieser Entscheid sei mit dem vorliegenden Fall nicht ohne Weiteres vergleichbar. Die Vorinstanz verneinte die Anwendbarkeit des Grundsatzes „mit Blick auf den in der vorliegenden Konstellation besonders ausgeprägten Grundsatz der Dispositionsfreiheit jedes Vereinsmitglieds bei der Frage, ob es dem Verein beitreten will oder nicht“.

10.2 Die Berufungsklägerinnen wiederholen in ihrer Berufungsschrift, dass im Zeitpunkt der fraglichen Beschlüsse das Mengenreglement bereits aufgehoben gewesen sei. In analoger Anwendung des strafrechtlichen Grundsatzes der *lex mitior* müsse eine Sanktionierung wegen angeblicher Verstösse deshalb entfallen.

10.3 Art. 2 Abs. 2 StGB statuiert eine bedingte Rückwirkung von Gesetzesänderungen zwischen Tat und Beurteilung, nämlich von solchen, welche für den Täter milder sind. Die Rückwirkung des milderen Gesetzes (*lex mitior*) folgt dem Gedanken, dass jemand nicht mehr oder milder bestraft werden soll, wenn die Tat zufolge Änderung der Rechtsanschauung nicht mehr bzw. weniger strafwürdig erscheint (BGE 134 IV 82 E. 6.1 S. 87 mit Hinweis). Auf Zeitgesetze findet der Grundsatz der *lex mitior* deshalb keine Anwendung (BGE 116 IV 258 E. 4f S. 262 mit Hinweis). Bei Zeitgesetzen handelt es sich um Erlasse, die von vornherein nur für eine bestimmte Zeit erlassen werden oder die nach Inhalt und Zweck nur für die Dauer von Ausnahmeverhältnissen gelten wollen (BGE 116 IV 258 E. 4b S. 260 f.). Eine Ausnahme von Art. 2 Abs. 2 StGB sollte jedoch auch für auf Dauer angelegte Gesetze bestehen, welche völlig wertneutral sind (BGE 89 IV 113 E. b S. 118). Zu solchen wertneutralen Regeln zählt z.B. ein Fahrverbot. Keine wertneutralen Regeln stellen beispielsweise Strafbestimmungen betreffend das Schutzalter und betreffend den Konsum von Cannabis dar.

10.4 Die Mengensteuerung bezieht sich naturgemäss auf eine bestimmte Zeitperiode. Die Steuerung – oder der Verzicht auf eine solche – kann sich immer nur auf eine konkrete Zeitspanne beziehen. Das Wohlverhalten resp. die Sanktionierung eines Fehlverhaltens muss sich ebenfalls auf dieses Zeitfenster beziehen. Deshalb ändert sich an der Regel resp. ihrer Sanktion nichts mehr, wenn in einer späteren Periode andere Regeln (z.B. höhere erlaubte Mengen oder gar Mengenfregabe) gelten. Von einer geänderten Rechtsauffassung kann nicht die Rede sein, denn die grundsätzliche Sanktionswürdigkeit der Umgehungen bzw. Gefährdung der Mengensteuerung wird von der Änderung nicht berührt. Es liegt deshalb kein Anwendungsfall von Art. 2 Abs. 2 StGB

vor, wenn in einer späteren Periode von einer Steuerung abgesehen wird. Eine lex mitior könnte nur vorliegen, wenn die Regel bzw. Strafbarkeit für die betreffende Periode rückwirkend aufgehoben worden wäre. Damit liegt bezüglich der Mengensteuerung eine zeitgesetzliche Regelung vor, weshalb Art. 2 Abs. 2 StGB hier keine Anwendung finden kann. Es kann damit offen gelassen werden, ob die strafrechtliche lex-mitior-Regel auf die vorliegenden Vereinsstrafen grundsätzlich analog anzuwenden wäre.

11. Herabsetzung der Konventionalstrafen und der Abrede

11.1 Übermässig hohe, d.h. mit Blick auf das Interesse des Vereins unverhältnismässige Strafen können gemäss Art. 163 Abs. 3 OR gerichtlich herabgesetzt werden (HANS M. RIEMER, in: Meyer-Hayoz [Hrsg.], Berner Kommentar, Die Vereine, 1990, Art. 70 N. 230). Die Möglichkeit der richterlichen Herabsetzung einer Konventionalstrafe ist nur mit Zurückhaltung anzuwenden. Sie rechtfertigt sich nur, wenn ein offensichtliches Missverhältnis zwischen der Konventionalstrafe und dem Interesse des Gläubigers an der Erfüllung besteht (FELIX R. EHRAT, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Balse Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. Aufl., 2011, Art. 163 N. 10). Dies hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Dazu zählen insbesondere die Schwere des Verschuldens und des Verstosses, das Interesse an der Einhaltung des Verbots sowie die wirtschaftliche Lage der Beteiligten. Weiter sind allfällige Abhängigkeiten und die Geschäftserfahrung der Beteiligten zu berücksichtigen (BGE 114 II 264 E. 1a S. 264 f.; vgl. zu den Beurteilungskriterien auch EHRAT, a.a.O., Art. 163 N. 16 f.).

11.2 Angesichts des vier Jahre dauernden Regelverstosses, der systematischen Umgehung der Regeln sowie der beachtlichen Menge von 165 t falsch gemeldeten und nachproduzierten Käses sieht die Vorinstanz keinen Grund für eine Herabsetzung der Konventionalstrafen. Zudem hätte die Berufungsklägerin 1, welche mit D. ein Vorstandsmitglied gestellt habe, über die Zielsetzungen des Berufungsbeklagten und die Funktionsweise der reglementarischen Steuerungs- und Kontrollmechanismen bestens orientiert sein müssen. Von der reglementswidrigen Praxis sei sie erst unter dem Eindruck des vom Berufungsbeklagten eingeleiteten Nachprüfungsverfahrens abgekommen. Auch die Berufungsklägerin 2 lasse jegliche Einsicht in ihr Verhaltensunrecht vermissen. Es sei davon auszugehen, dass die Idee der Gutgewichtskompensation nicht von ihr gekommen sei. Weitere Umstände, welche die Konventionalstrafen als unverhältnismässig oder der wirtschaftlichen Situation der Berufungsklägerinnen nicht entsprechend erscheinen liessen, seien nicht substantiiert dargelegt worden (E. 78 und 79 des angefochtenen Entscheids, pag. 473 ff.).

11.3 Die Berufungsklägerinnen machen geltend, ihnen könne kein Verschulden zur Last gelegt werden, weil sie das Mengenreglement nicht umgehen wollten, sondern wie in der Branche üblich vorgegangen seien. Der Berufungsklägerin 1 sei die Höchststrafe auferlegt worden, was diesem Umstand in keiner Weise Rechnung trage.

Auch für die Berufungsklägerin 2 sei die Strafe überraschend und werde nicht begründet (pag. 563).

11.4 Der Berufungsbeklagte erinnert nochmals daran, dass der Regelverstoss sowohl hinsichtlich des Umfangs (fehlerhafte Gewichtsmeldungen von über 165 t Emmentaler AOC) wie auch der Dauer (vier Milchjahre) und der Konsequenzen (systematische Umgehung der Mengensteuerung) enorm und einzigartig gewesen sei. Beide Berufungsklägerinnen hätten mit Wissen und Willen gehandelt. Dabei wiege das Verschulden der Berufungsklägerin 1 besonders schwer, weil D. während dieser Zeit Vorstandsmitglied des Berufungsbeklagten gewesen sei und deshalb Vorbildfunktion inne gehabt habe. Die Berufungsklägerin 1 sei „spiritus rector“ der Regelwidrigkeiten gewesen und sei bis heute nicht einsichtig. Somit sei die Maximalstrafe richtig. Demgegenüber sei die Berufungsklägerin 2 eher Mitläuferin gewesen. Auch sie sei aber uneinsichtig.

11.5 Betreffend die verhängte Konventionalstrafe gegenüber der Berufungsklägerin 1 ging der Berufungsbeklagte in Übereinstimmung mit der OIC von einer schwerwiegenden Regelwidrigkeit aus. Die Berufungsklägerin 1 gibt zu, dass sie den Käsereien geraten habe, die Qualitätsmängel mit Gutgewichten zu kompensieren (vgl. Parteibefragung mit D., pag. 283 Rz. 9 f.). Mit anderen Worten hat die Berufungsklägerin 1 die Käsereien „mit ins Unglück gestürzt“. Sie war die Anstifterin für die Regelwidrigkeiten. Da die Berufungsklägerin 1 selbst einen Vertreter im Vorstand des Berufungsbeklagten stellte, musste sie genau wissen, was sie tat. Es ist deshalb davon auszugehen, dass sie vorsätzlich handelte. Die Berufungsklägerin 1 lässt jede Einsicht in ihr Verhaltensunrecht vermissen. Ausserdem sind der Umfang und die Dauer des Verstosses beachtlich und offenbar einmalig in der Branche. Weiter ist zu berücksichtigen, dass bei der Berufungsklägerin 1 der finanzielle Vorteil nicht abgeschöpft worden ist. Andererseits ist aber auch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass es sich bei der Konventionalstrafe von CHF 100'000.00 um die Maximalstrafe handelt. Es sind jedoch auch noch schlimmere Verstösse denkbar als jene, welche von der Berufungsklägerin 1 begangen worden sind. So hätte sie z.B. falsche Meldungen vornehmen können, ohne dass sie Qualitätsmangel der Käsereien kompensieren wollte. Deshalb rechtfertigt es sich im vorliegenden Fall nicht, die Maximalstrafe auszusprechen. Die Konventionalstrafe der Berufungsklägerin 1 ist von CHF 100'000.00 auf CHF 75'000.00 herabzusetzen.

11.6 Im Vergleich zum Verschulden der Berufungsklägerin 1 erscheint dasjenige der Berufungsklägerin 2 als geringer. Das Gericht hält es für erstellt, dass die Idee für die Gutgewichtskompensation nicht von der Berufungsklägerin 2 kam. Zudem ist zu berücksichtigen, dass der finanzielle Vorteil bei der Berufungsklägerin 2 abgeschöpft worden ist, was ebenfalls nicht für eine zu hohe Konventionalstrafe spricht. Die ausserreglementarische Nachproduktion von 165 t ist jedoch keineswegs als geringer Verstoss zu betrachten. Ausserdem fällt negativ ins Gewicht, dass auch die Berufungsklägerin 2 uneinsichtig ist. Unter Würdigung dieser Tatsachen erachtet das Gericht die Konventionalstrafe von CHF 30'000.00 für die Berufungsklägerin 2 als angemessen.

11.7 Was schliesslich die Höhe der Sanktionsabgabe von CHF 330'988.00 anbelangt, wurde bereits vorstehend ausgeführt, dass die Sanktionierung mit CHF 2.00 pro kg Überproduktion nicht zu beanstanden ist (vgl. E. IV/9.7).

12. Fazit

Als Fazit lässt sich festhalten, dass die Konventionalstrafe der Berufungsklägerin 1 von CHF 100'000.00 auf CHF 75'000.00 herabzusetzen ist. Im Übrigen ist die Klage abzuweisen.

V. Kosten

[...]

Die Kammer entscheidet:

1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird die vom Berufungsbeklagten mit Beschluss vom 16. Juni 2011 gegenüber der Berufungsklägerin 1 ausgesprochene Konventionalstrafe von CHF 100'000.00 auf CHF 75'000.00 herabgesetzt.
2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
3. Die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens, bestimmt auf CHF 20'700.00, werden den Berufungsklägerinnen zu 95 %, ausmachend CHF 19'665.00, und dem Berufungsbeklagten zu 5 %, ausmachend CHF 1'035.00, auferlegt. Sie werden mit dem durch die Berufungsklägerinnen geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Der Berufungsbeklagte hat den Berufungsklägerinnen den Betrag von CHF 1'035.00 zu ersetzen.

4. Die Kosten des Schlichtungsverfahrens von CHF 1'000.00 gehen zu 95 %, ausmachend CHF 950.00, zulasten der Berufungsklägerinnen und zu 5 %, ausmachend CHF 50.00, zulasten des Berufungsbeklagten. Sie wurden von den Berufungsklägerinnen bezahlt und der Berufungsbeklagte hat ihnen den Betrag von CHF 50.00 zu ersetzen.
5. Die Berufungsklägerinnen werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, dem Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von CHF 43'778.70 (inkl. Auslagen und MWST) für das erstinstanzliche Verfahren zu bezahlen.
6. Die Gerichtskosten des oberinstanzlichen Verfahrens, bestimmt auf CHF 23'000.00, werden den Berufungsklägerinnen zu 95 %, ausmachend CHF 21'850.00, und dem Berufungsbeklagten zu 5 %, ausmachend CHF 1'150.00, auferlegt. Sie werden mit dem durch die Berufungsklägerinnen geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Der Berufungsbeklagte hat den Berufungsklägerinnen den Betrag von CHF 1'150.00 zu ersetzen.
7. Die Berufungsklägerinnen werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, dem Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von CHF 21'260.10 (inkl. Auslagen und MWST) für das oberinstanzliche Verfahren zu bezahlen.
8. Zu eröffnen:
 - den Parteien, v.d. ihre Anwälte

[Rechtsmittelbelehrung]

C 2

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale

C 2

1. Urteil des Bundesgerichts vom 4. Mai 2015 in Sachen Vereinsbeschlüsse Emmentaler Switzerland – Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern vom 27. August 2014

Urteil des Bundesgerichts vom 4. Mai 2015 (II. zivilrechtliche Abteilung) in Sachen Vereinsbeschlüsse Emmentaler Switzerland – Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern vom 27. August 2014.

Sachverhalt:

A.

Die B. AG ist eine Käsehandelsfirma. Die A. AG ist eine Käserei, welche Emmentaler AOC produziert. Beide Gesellschaften sind Mitglieder des Vereins Emmentaler Switzerland.

Der Verein Emmentaler Switzerland ist eine Branchenorganisation im Sinn von Art. 8 LwG und „bezweckt, den Emmentaler AOC als traditionelle Schweizer Käsespezialität zu erhalten und fördert die wirtschaftliche und qualitativ hochstehende Herstellung und Reifung sowie den Verkauf“ (Art. 2 Abs. 1 der Statuten in der Fassung vom 18. April 2008). Dazu koordiniert der Verein die Produktions- und Verkaufsmengen sowie die Verkaufs- und Preispolitik bis und mit Reifung (Art. 2 Abs. 3 der Statuten). Die Vereinsmitglieder setzen sich zusammen aus Milchproduzenten, Käseherstellern sowie Reifungs- und Handelsunternehmen (Art. 3 der Statuten).

B.

In den ersten Jahren nach der Gründung im Jahr 1997 kontrollierte der Verein die Produktionsmenge an Emmentaler Käse. Im Frühjahr 2001 wurde die Mengensteuerung aufgehoben und im Jahr 2006 wurde sie wieder eingeführt. Das Instrument blieb aber innerhalb des Vereins kontrovers, insbesondere weil die Händler ihren Umsatz gerne erhöht hätten. Im Jahr 2011 wurde die Mengenbindung (nach einer Anzeige an die WEKO) wieder abgeschafft, jedoch im Jahr 2012 erneut eingeführt. Auf Gesuch hin wurde sie vom Bundesrat im Jahr 2013 auch für Nichtmitglieder verbindlich erklärt.

Vorliegend interessiert die Periode vom Mai 2007 bis Oktober 2010. Die damalige Mengensteuerung war in einem vom Vereinsvorstand erlassenen und auf Art. 16 lit. d der Statuten beruhenden Reglement enthalten. Durch jährlichen Beschluss der Delegiertenversammlung wurden im Anhang 1 des Reglementes jeweils Einzelheiten zur Mengensteuerung festgehalten. Am 20. April 2007 beschloss die Delegiertenversammlung eine verbindliche Mengenregelung für die Produktion ab 1. Mai 2007. Weiter beschloss der Vorstand eine Abgabe von Fr. 2.--/kg auf allfälligen Überproduktionen.

Die A. AG verzeichnete in den Produktionsjahren 2007/2008 bis 2009/2010 Qualitätsprobleme, wobei nicht alle und nicht die ganzen Käselaibe betroffen waren. Die Probleme kamen angeblich erst bei der Verarbeitung und Verpackung der Käselaibe durch die B. AG und der Taxation durch die Kontrollkommission zum Vorschein. In der Folge schnitt die B. AG die betroffenen Teile ab und führte diese Stücke als Käse der Klasse 2 in die Schmelzkäseproduktion. Die Teile, welche die qualitativen Anforderungen für Ware der Klasse 1 erfüllten, wurden verpackt und als Emmentaler AOC auf den Tafelkäse-Markt gebracht.

Zur Kompensation der Verluste schrieb die B. AG der A. AG die abgeschnittenen Mengen in Form von sog. „Gutgewicht“ für den Folgemonat gut. Von der gesamten Käseproduktion der A. AG in der hier interessierenden Periode Mai 2007 bis Oktober 2010 von total 1'584'926 kg wurden ihr insgesamt 166'500 kg gutgeschrieben. Die „Gutschrift“ führte dazu, dass diese die entsprechende Menge Emmentaler AOC nachproduzieren konnte und auch nachproduziert hat. In den Gewichtsmeldungen bei den Einkaufsdaten zuhanden des Vereins meldete die B. AG jeweils nur die Käsemenge nach Abzug der qualitätsbedingten Schneideverluste.

Im Zusammenhang mit einem Rekurs und einer anschliessenden Kontrollwägung vom 17. Februar 2011 kam das Vorgehen der beiden Firmen zum Vorschein. Diese kündigten Ende Februar 2011 ihre Mitgliedschaft beim Verein auf Ende April 2011, traten ihm per 1. Mai 2011 aber wieder bei, nachdem an der Delegiertenversammlung die Aufhebung der Mengensteuerung per 30. April 2011 beschlossen worden war.

C.

Mit Beschlüssen vom 16. Juni 2011 sanktionierte der Vereinsvorstand die falsche Mengenmeldung und die Nachproduktion betreffend die Periode Mai 2007 bis Oktober 2010, indem er gegenüber der B. AG eine Konventionalstrafe von Fr. 100'000.-- und gegenüber der A. AG eine Konventionalstrafe von Fr. 30'000.-- und eine Abgabe auf der Überproduktion (inkl. Nachproduktion) von Fr. 330'988.-- verhängte.

Dagegen reichten die beiden Firmen am 13. Oktober 2011 eine zivilrechtliche Klage ein, mit welcher sie verlangten, die betreffenden Beschlüsse des Vereinsvorstandes seien nichtig zu erklären; eventualiter verlangten sie die Aufhebung der Beschlüsse und subeventualiter die Herabsetzung der Konventionalstrafen auf Franken Null.

Mit Entscheid vom 3. September 2013 wies das Regionalgericht Bern- Mittelland die Klage ab.

Mit Entscheid vom 27. August 2014 setzte das Obergericht des Kantons Bern die gegen die B. AG verhängte Konventionalstrafe auf Fr. 75'000.-- herab und wies die Klage im Übrigen ab.

D.

Gegen den obergerichtlichen Entscheid haben die beiden Firmen am 8. Oktober 2015 eine Beschwerde an das Bundesgericht erhoben mit den Begehren um dessen Aufhebung und Nichtigerklärung der Beschlüsse des Vereinsvorstandes, eventualiter um deren Aufhebung, subeventualiter um Herabsetzung der Konventionalstrafen auf Franken Null. Es wurden keine Vernehmlassungen eingeholt.

Erwägungen:

1.

Angefochten ist eine kantonal letztinstanzlich beurteilte Zivilrechtsstreitigkeit mit Fr. 30'000.-- übersteigendem Streitwert; die Beschwerde in Zivilsachen steht offen (Art. 72 Abs. 1, Abs. 74 Abs. 1 lit. b, Abs. 75 Abs. 1 und Art. 90 BGG).

2.

Vorab geht es um die Frage, ob die Mengenbeschränkung gemäss Reglement in den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes fällt; bejahendenfalls stellt sich die Anschlussfrage, ob dieses verletzt ist.

2.1

Im Urteil 4C.57/2006 vom 20. April 2006 E. 2.1 hat das Bundesgericht im Zusammenhang mit dem Verein Emmentaler Switzerland unter Hinweis auf die Literatur erwogen, die Förderung der Qualität und des Absatzes sowie die Anpassung der Produktion und des Angebots an die Erfordernisse des Marktes sei Sache der Organisationen der Produzenten und der entsprechenden Branchen (Art. 8 Abs. 1 LwG). Selbsthilfemassnahmen wie die Anpassung der Produktion seien daher grundsätzlich gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a KG vom Geltungsbereich des Kartellgesetzes ausgenommen.

Das Sekretariat der WEKO kam im Rahmen einer Vorabklärung am 7. Juni 2002 zum Schluss, dass der Verein Emmentaler Switzerland gestützt auf das LwG (Ausnahme nach Art. 3 KG) befugt sei, eine Mengensteuerung zu errichten (vgl. RPW 2002, S. 424 ff.). Diese Schlussfolgerungen des Sekretariates wurden von der WEKO in einem Gutachten vom 27. September 2004 (KAB 35) bestätigt; es sei davon auszugehen, dass der Gesetzgeber beabsichtigt habe, in diesem konkreten Bereich keinen Wettbewerb zuzulassen.

Demgegenüber hat das Sekretariat der WEKO mit Schreiben vom 1. Juli 2011 mitgeteilt, dass nach seiner Auffassung Mengenbeschränkungen in Bezug auf Emmentaler AOC und ähnliche Käse kartellrechtlich problematisch seien. Die WEKO kam in ihrem Gutachten vom 22. April 2013 (BAB 2) zum Schluss, der Verein sei ein Unternehmen im Sinn des Kartellgesetzes, auch wenn er selbst keiner wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehe. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 lit. a KG sei im Urteil

4C.57/2006 sehr grosszügig ausgelegt worden, Art. 8 Abs. 1 LwG sei kaum unter den Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 lit. a KG zu subsumieren und ebenso wenig unter diejenigen von lit. b. Andererseits habe der Gesetzgeber in der Landwirtschaft die Planung von Produktion und Absatz in gewissen Fällen, aber nicht vollumfänglich den kartellrechtlichen Bestimmungen unterstellen wollen. Er habe deshalb Art. 8 LwG sehr pauschal formuliert und es sei im Einzelfall zu prüfen, ob eine Mengenbeschränkung wenigstens noch ein gewisses Mass an Wettbewerb zulasse. Gemäss Literatur seien Massnahmen von Branchenorganisationen zur Mengenbegrenzung und Qualitätskontrolle kartellrechtlich wohl nicht zu beanstanden, solange der Wettbewerb zwischen den verschiedenen Käsesorten spiele. Dies sei vorliegend der Fall. Der Anteil von Emmentaler AOC am in der Schweiz produzierten Hartkäse habe im Jahr 2010 bei ca. 39 % gelegen. Angesichts dieses beschränkten Marktanteils und des Preisdrucks aufgrund von Importen aus dem Ausland könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Mengenregelung des Vereins dazu führe, dass der Wettbewerb im Hartkäsemarkt gänzlich verhindert werde. Diese gelte somit nicht als unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinn von Art. 5 Abs. 1 und 3 KG.

Das Obergericht ist dem Gutachten der WEKO gefolgt und hat befunden, das Urteil 4C.57/2006, gemäss welchem die Mengensteuerung gar nicht erst unter das Kartellgesetz falle, lasse sich heute wohl nicht mehr vertreten, aber jedenfalls habe der Gesetzgeber im Bereich der Landwirtschaft eine gewisse „Selbsthilfe“ zulassen wollen und damit Wettbewerbsbeschränkungen in Kauf genommen. Die in Art. 8 Abs. 1 LwG angesprochene Anpassung der Produktion an die Erfordernisse des Marktes durch die Branchenorganisationen enthalte zwangsläufig, dass diese den Mitgliedern Vorschriften zur Produktionsweise und Verkaufsmenge machen dürfe. Die Konsumenten dürften nicht unter hochgejagten Preisen leiden, hätten aber andererseits auch ein Interesse am längerfristigen Überleben der Käsesorte "Emmentaler". Wenn dafür eine Mengenbeschränkung (mit entsprechend höheren Preisen) strategisch nötig sei, so könne dies in Kauf genommen werden; das sei wohl auch die Logik, welche zu der sich auf Art. 9 LwG stützenden Allgemeinverbindlicherklärung der Mengenbeschränkung durch den Bundesrat geführt habe. Vorliegend sei der Hartkäsemarkt als relevanter Markt anzusehen. Angesichts des Produktionsanteils von Emmentaler AOC an den in der Schweiz produzierten Hartkäsen sowie angesichts des seit 2007 liberalisierten Käsemarktes, was zu einem Preisdruck aufgrund von Importen führe, verhindere die Mengensteuerung beim Emmentaler den Wettbewerb nicht gänzlich, so dass diese eine zu tolerierende Selbsthilfemassnahme und nicht eine unzulässige Wettbewerbsabrede darstelle.

2.2

Die Beschwerdeführerinnen berufen sich auf BGE 139 II 316 und machen geltend, das Bundesgericht habe dort klarerweise die unter der geschützten Ursprungsbezeichnung kommerzialisierte Käsesorte als relevanten Markt definiert. Dies sei nicht nur aus Produzenten-, sondern auch aus Konsumentensicht richtig, weil die verschiedenen AOC-Hartkäsesorten aufgrund der Unterschiede in Geschmack und Konsistenz keineswegs

substituierbar seien. Im Verein Emmentaler Switzerland seien in praktisch marktabschlussender Weise alle Unternehmen zusammengefasst, welche die geschützte Ursprungsbezeichnung Emmentaler AOC verwendeten. Es gehe deshalb nicht um eine tolerierbare Selbsthilfemassnahme und im Übrigen erlaube Art. 8 LwG keine beliebige Mengensteuerung; diese dürfe bloss bei nicht vorhersehbaren Störungen des Marktes eingesetzt werden. Vorliegend sei es aber um den Abbau von Überkapazitäten und damit um die Behebung eines strukturellen Mangels gegangen. Bei richtiger Definition des relevanten Marktes sei der Verein auf diesem beherrschend (Art. 4 Abs. 2 KG) und die beanstandete Verhaltensweise sei missbräuchlich (Art. 7 KG), was die Ansprüche gemäss Art. 12 KG nach sich ziehe. Daran ändere nichts, dass der Bundesrat mit Beschluss vom 7. Juni 2013 die Mengensteuerung allgemeinverbindlich erklärt habe, denn auch diese Verfügung könnte mit akzessorischer Normenkontrolle von allen Behörden einschliesslich der Zivilgerichte auf Vereinbarkeit mit höherem Recht überprüft werden. Mithin sei das Reglement betreffend die Mengensteuerung als nichtig im Sinn von Art. 19 und 20 OR anzusehen und könne deshalb keine Grundlage für die ausgesprochenen Sanktionen darstellen, welche folglich ihrerseits nichtig seien.

2.3

Ob von der Rechtsprechung gemäss Urteil 4C.57/2006 vom 20. April 2006 E. 2.1 abzuweichen wäre - was einen Meinungs austausch mit der I. zivilrechtlichen Abteilung bedingen würde (Art. 23 Abs. 1 BGG) -, kann insofern offen gelassen werden, als unter der Hypothese, dass das Kartellgesetz grundsätzlich anwendbar sei, jedenfalls dem Gutachten der WEKO vom 22. Juli 2013 und den darauf abstellenden Ausführungen des Obergerichtes zu folgen wäre, wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen.

In Bezug auf den relevanten Markt ist zunächst festzuhalten, dass es in BGE 139 II 316 um etwas völlig anderes ging, nämlich darum, dass einem Produzenten in der Produktionszone der Appellation „L'Etivaz“ trotz wiederholter Aufnahmegesuche der Zugang zu den beiden Kooperativen verweigert wurde, welche sich um die Lagerung und Reifung der betreffenden Käsesorte kümmerten, so dass es ihm nicht möglich war, seinen Käse unter der Ursprungsbezeichnung „L'Etivaz“ zu vermarkten. Das Bundesgericht hat erwogen, dass der Markt des Endproduktes nicht mit dem Markt für eine zu dessen Herstellung notwendigen Dienstleistung verwechselt werden dürfe (E. 5.3 letzter Satz). Es gehe darum, dass einem Produzenten der Zugang zur Appellation „L'Etivaz“ versperrt werde und er sein Produkt nicht entsprechend kommerzialisieren könne, obwohl er bei Erfüllung des betreffenden Pflichtenheftes ein Recht darauf habe; entsprechend müsse dort, wo einen Konkurrenten unzulässig der Zugang zu einer bestimmten Appellation versperrt werde, der relevante Markt notwendigerweise restriktiver definiert werden (E. 5.5 zweiter Absatz Mitte).

BGE 139 II 316 betrifft den Zugang zu einer Appellation für einen Produzenten des betreffenden Produktionsgebietes. Dass hier einzig die betreffende Appellation als relevanter Markt angesehen werden kann, ergibt sich aus der Natur der Sache. Dies hat mit dem relevanten

Markt aus Sicht des Konsumenten nichts zu tun; für diesen ist irrelevant, ob zu der grösseren Anzahl von Produzenten, welche ihren Käse unter einer bestimmten Ursprungsbezeichnung wie „L'Etivaz AOP“ oder „Emmentaler AOC“ vermarkten, ein weiterer hinzutritt oder nicht.

Vorliegend geht es - unter der Hypothese der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes - um die Frage, welcher Markt im Zusammenhang mit der Beeinträchtigung des Aussenwettbewerbes relevant ist. Hierfür kann auf Art. 11 Abs. 3 lit. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 521.4) zurückgegriffen werden, wonach der sachlich relevante Markt alle Waren und Leistungen umfasst, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszweckes als substituierbar angesehen werden. Gemäss dem Gutachten der WEKO vom 22. April 2013 wird der Käsemarkt von den Wettbewerbsbehörden klassischerweise in die fünf Produktionsgruppen Frischkäse, Weichkäse, Halbhartkäse, Hartkäse und Schmelzkäse unterteilt (Rz. 45), wobei auch andere Unterteilungen möglich sind (insb. Rz. 49) und ländertypische Unterschiede bei den Konsumentenpräferenzen zu anderen Abgrenzungen führen können (Rz. 50). Dass die typische Geschmacksrichtung einer Käsesorte innerhalb der (wie auch immer definierten) Produktionsgruppe variiert, kann nicht zu einer ausschliesslich sortenbezogenen Marktdefinition führen, wie sie den Beschwerdeführerinnen vorschwebt, denn es geht um Substituierbarkeit und Konkurrenz innerhalb einer bestimmten Produktionsgruppe. Die Ansicht der WEKO und des Obergerichtes, im vorliegend interessierenden Zusammenhang den Hartkäsemarkt als relevant anzusehen, erscheint sachgerecht.

Angesichts eines Marktanteils von rund 40 % an der Inlandproduktion von Hartkäse und vor dem Hintergrund des grossen Preisdruckes aufgrund der Liberalisierung des Käsemarktes ist auch der Ansicht der WEKO (Gutachten Rz. 57) und des Obergerichtes zu folgen, wonach trotz der Mengensteuerung beim Emmentaler weiterhin ein gewisser Wettbewerb im Hartkäsemarkt bestehe, so dass diese eine kartellrechtlich tolerierbare Selbsthilfemassnahme im Sinn von Art. 8 Abs. 1 LwG und nicht eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 und 3 KG darstelle. Dies bringt sinngemäss auch die Botschaft vom 29. Mai 2002 zur Weiterentwicklung der Agrarpolitik (Agrarpolitik 2007) zum Ausdruck (vgl. BBI 2002 4762).

Zu erwähnen ist schliesslich, dass der Bundesrat die vorliegend interessierende Mengensteuerung als zulässig ansieht, ansonsten er diese nicht mit Allgemeinverbindlicherklärung auf die ausserhalb des Vereins stehenden Produzenten ausgedehnt hätte. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen ist nicht ersichtlich, inwiefern die Allgemeinverbindlicherklärung gegen übergeordnetes Recht verstossen und deshalb nichtig sein soll. Entsprechend kann noch weniger von einer Unverbindlichkeit des Reglementes in Bezug auf die Vereinsmitglieder ausgegangen werden. Eine solche ergibt sich auch nicht daraus, dass die Massnahme aufgrund der unterschiedlichen Interessen der im Verein verbundenen Akteure vereinsintern umstritten und für verschiedene Zeitperioden in und ausser Kraft gesetzt worden ist.

3.

Die Beschwerdeführerinnen machen eine statutenwidrige Ungleichbehandlung mit anderen Vereinsmitgliedern geltend.

3.1

Im Einzelnen geht es um die Behauptung der Beschwerdeführerinnen, wonach wegen Verstosses gegen das Reinheitsgebot sanktionierte Mitglieder aus dem Verein ausgetreten und später „zugunsten eines einheitlichen Marktauftritts“ wieder aufgenommen worden seien, wobei sie sich zu einer fünfjährigen Mitgliedschaft bzw. einem Fünf-Jahres-Lizenzvertrag verpflichtet hätten und am Ende der Periode die Strafe nicht leisten müssten, wenn sie die Vereinbarung einhielten.

3.2

Das Obergericht erwog, es seien keine Beweismittel eingereicht worden, welche den Sachverhalt, insbesondere den Sanktionierungsgrund und die Höhe der Sanktion, für die anderen Aussenseiter nachweise. Aber selbst bei einem Nachweis würde kein vergleichbarer Sachverhalt vorliegen, weil gemäss dem Gutachten der WEKO vom April 2013 das Reinheitsgebot auf wackeligen Füßen stehe. Im Übrigen habe der Verein darauf hingewiesen, dass Sanktionen wegen Verletzung der Mengensteuerung stets konsequent durchgesetzt worden seien und deshalb gerade der Erlass einer diesbezüglichen Sanktion mit dem Gleichbehandlungsgebot nicht zu vereinbaren wäre.

3.3

Im genannten Kontext geht es um die Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung, welche offensichtlich unrichtig, d.h. willkürlich sein muss, damit sie vom Bundesgericht aufgehoben oder geändert werden kann (Art. 97 Abs. 1 BGG; BGE 135 III 127 E. 1.5 S. 129 f.; 137 III 226 E. 4.2 S. 234). Hierfür gilt das strenge Rügeprinzip; auf ungenügend substantiierte Rügen und rein appellatorische Kritik tritt das Bundesgericht nicht ein (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 139 II 404 E. 10.1 S. 445; 140 III 264 E. 2.3 S. 266). Die Darlegung der Beschwerdeführerinnen ist, auch wenn ein einziges Mal das Wort „willkürlich“ eingestreut wird, appellatorischer Natur, indem sie unter Zitierung ihrer kantonalen Eingaben ausführen, was das Obergericht richtigerweise alles hätte abklären und feststellen müssen. Wie die Beschwerdeführerinnen selbst einräumen, ist nicht beweismässig erstellt, aus welchem Grund die ausgetretenen Mitglieder sanktioniert worden sind; sie berufen sich auf Aussagen des Vereins, wonach es um das Reinheitsgebot gegangen sei.

Im Übrigen würde es selbst bei als nachgewiesen erachtetem Sachverhalt um etwas anderes gehen. Zum einen stünde ein Verstoß gegen eine andere Regel zur Diskussion, welche nach den Aussagen des Obergerichts auf wackeligen Füßen steht. Zum anderen würde es - auch nach der Darstellung der Beschwerdeführerinnen - nicht um die Sanktionierung gehen, sondern um die Suspendierung des Vollzuges in Abhängigkeit von der Erfüllung speziell vereinbarter Pflichten während fünf Jahren. Im vorliegenden Fall bildet aber die Verhängung der Sanktion und nicht deren Suspendierung oder Erlass

im Fall von mehrjährigem Wohlverhalten das Anfechtungsobjekt. Ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot würde deshalb selbst bei erwiesenem Sachverhalt mangels Vergleichbarkeit der beiden Konstellationen nicht bestehen.

4.

Gegenstand der Beschwerde bildet weiter die Frage, ob nur der als Tafelware vermarktete Emmentaler oder auch der in die Klassen 2 und 3 deklassierte Käse der Mengensteuerung unterliegt.

4.1

Das Obergericht hat, teilweise unter Verweis auf das erstinstanzliche Urteil, festgehalten, dass gemäss Anhang 1 lit. B Ziff. 6 ab der Version Produktionsjahr Mai 2008 - wobei es sich bei dieser Version nur um eine Verdeutlichung der bereits vorher gültigen Regelung handle - zur Produktionsmenge die „gesamte in einer Produktionsstätte hergestellte Menge Emmentaler AOC (inkl. Ortsreserve) sowie zu Klasse 2 oder 3 deklassierte Ware“ gehört. Auch bei der Regulierung der Meldungen durch die Handelsfirma werde in Art. 4 Abs. 4 des Reglementes klar festgehalten, dass die Menge des eingekauften Käses jeweils monatlich zu melden sei, „aufgeteilt nach Qualitätsklasse 1 mit den Taxationsergebnissen, Klasse 2 und 3 sowie Ortsreserve“. Sodann müsse die Verwertung des zu Klasse 2 und 3 deklassierten und zu Schmelzkäse verarbeiteten Käses gemäss Anhang L zum Kontrollhandbuch Ziff. 3.3 Abs. 1 letzter Satz schriftlich festgehalten und den Kontrollorganen belegt werden. Vor diesem Hintergrund greife die Argumentation der Beschwerdeführerinnen, von der Mengenbeschränkung werde einzig der Tafelkäse erfasst, zu kurz. Das für die Mengensteuerung gewählte System setze bereits bei der Produktion und nicht erst beim Handel an. Bei der Festsetzung der Gesamtmenge werde mithin einberechnet, dass ein Teil des als Emmentaler AOC produzierten Käses nicht als Tafelware verkauft werde. Der Entscheid, auf der Stufe des Produzenten anzusetzen, werde ersichtlich namentlich bei den Preisbedingungen, welche auch für die Klasse 2 und 3 normiert würden. Die Zivilgerichte seien nicht zuständig, diese strategischen und von der Vereinsautonomie getragenen Entscheide zu hinterfragen. Immerhin erscheine das Konzept, auf der Stufe der Käserei anzusetzen, als sinnvoll, weil diese folglich aus finanziellen Gründen bemüht sei, von vornherein möglichst hochstehende Ware zu produzieren. Wäre immer erst nach der Klassierung bekannt, wie viel noch nachproduziert werden dürfe, wäre eine Planung nicht sinnvoll möglich. Insgesamt ergebe sich angesichts der klaren Regelung, dass sowohl die Nachproduktion durch die A. AG als auch die Falschmeldung der B. AG einen Reglementsverstoß darstellten.

4.2

Die Beschwerdeführerinnen berufen sich vor Bundesgericht erneut darauf, dass die A. AG nicht mehr Emmentaler AOC (nach-) produziert habe, als ihr insgesamt zugestanden sei, denn die deklassierte Menge sei der Schmelzkäseproduktion zugeführt worden. Das Vorgehen mit den Gutschriften sei branchenüblich gewesen und habe nicht gegen den wohlverstandenen Sinn des

Mengenreglements verstossen, dessen alleiniges Ziel bei richtiger Auslegung der höhere Preis des Tafelkäses sei. Der Umstand, dass die freigegebene Produktionsmenge gemäss Anhang lit. B Ziff. 6 des Reglementes nicht nur Emmentaler AOC der Qualitätsklasse 1, sondern auch zur Klasse 2 und 3 deklassierten Käse erfassen soll, stehe im Widerspruch zu Sinn und Zweck der auf die Qualitätsklasse 1 ausgerichteten Regelung. Widersprüchliche Bestimmungen seien aber zu Ungunsten des Verfassers, also des Vereins auszulegen.

4.3

Aus den massgeblichen Reglementsbestimmungen geht deutlich hervor, dass sich die Mengensteuerung auf sämtliche Klassen bezog und die jeweiligen Mengen separat zu melden waren. Vor diesem Hintergrund fehlt es an einer Unklarheit, welche Anlass sein könnte, die betreffenden Bestimmungen contra stipulatorem auszuliegen. Ebenso wenig bestehen Gründe, die Bestimmungen in dem von den Beschwerdeführerinnen gewünschten Sinn teleologisch zu reduzieren, macht doch bereits Art. 1 Abs. 1 des Reglementes klar, dass der Vorstand „die Gesamtproduktionsmenge“ festlegen und nicht nur die als Tafelkäse vermarktete Menge steuern soll. Die Beschwerdeführerinnen bestreiten im Übrigen nicht, dass aus diesem Grund für die Mengensteuerung auf der Stufe der Produktion und nicht auf derjenigen des Handels angesetzt wird. Ob diese Systemwahl - für welche es gemäss den kantonalen Erwägungen plausible Argumente gibt - eine sinnvolle Entscheidung ist, bildet nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

4.4

Das weitere Argument, die als „illegal“ bezeichnete Menge des nachproduzierten Emmentaler AOC habe lediglich 0,18 % der Gesamtproduktion der dem Verein angeschlossenen Mitglieder ausgemacht und sei deshalb vernachlässigbar, verfängt nicht. Würde man dieser Argumentation folgen, wären selbst massive Verstösse von Kleinproduzenten gewissermassen legitim. Sodann wäre der Verstoss eines Grossproduzenten, welcher eine bestimmte kleine Menge nachproduziert, identisch mit demjenigen eines Kleinproduzenten, welcher die gleiche Menge nachproduziert, welche bei ihm aber einen Grossteil der Produktion ausmacht; gemäss Art. 23 der Statuten bzw. Art. 15 des Reglementes richtet sich die Höhe der Konventionalstrafe aber u.a. nach der Intensität des Verschuldens. Im Übrigen leuchtet noch weniger ein, dass ein Verstoss angesichts der schweizerweitigen Gesamtproduktion sogar sanktionslos bleiben soll. Es geht hier um Fragen der Bemessung der Sanktion (dazu E. 7) und nicht um die Grundsatzfrage der Sanktionierung.

Nichts zur Sache tut schliesslich, ob die Interkantonale Zertifizierungsstelle OIC, welche das Vorgehen als „schwerwiegende Nicht-Konformität“ bewertet hat, nur für die Einhaltung des Pflichtenhefts oder auch für die Mengenkontrolle zuständig ist. Der Vorstand als statutarische Sanktionsinstanz (Art. 23 Abs. 1 der Statuten und Art. 15 Abs. 1 des Reglementes) hat einen eigenständigen Beschluss gefasst, welcher das Objekt der auf Art. 75 ZGB gestützten Anfechtungsklage vor den Zivilgerichten bildet. In diesem Rahmen ist die Rechtsfrage zu

entscheiden, ob der sanktionierende Beschluss gesetzes- oder statutenwidrig ist.

5.

Bestritten ist weiter die genügende statutarische Grundlage für die Auferlegung einer Konventionalstrafe und einer Abgabe für die Überproduktion.

5.1

Art. 23 Abs. 1 der Statuten und Art. 15 Abs. 1 des Reglementes in den unveränderten Fassungen 2007-2010 enthalten deckungsgleich die Androhung, dass bei Verstössen von Vereinsmitgliedern gegen die Statuten, das Reglement, das Pflichtenheft Emmentaler oder das Kontrollhandbuch und dessen Anhänge je nach Ausmass der festgestellten Widerhandlungen sowie nach Intensität (jedoch unabhängig vom Vorliegen und vom Nachweis) des Verschuldens eine Konventionalstrafe von mindestens Fr. 5'000.-- bis höchstens Fr. 100'000.-- ausgesprochen und der bewirkte finanzielle Vorteil zusätzlich zur Konventionalstrafe eingefordert wird.

Das Obergericht hat befunden, damit liege eine genügende statutarische bzw. reglementarische Grundlage für die Konventionalstrafe und die Abschöpfung der finanziellen Vorteile vor. Es könne offen bleiben, ob Vereinssanktionen verschuldensunabhängig ausgesprochen werden könnten, denn gemäss Art. 97 OR werde das Verschulden jedenfalls vermutet. Sodann hätten die Beschwerdeführerinnen die Gutgewichte transparent in den Einkaufsabrechnungen oder den Mulchenkarten aufgenommen, wenn sie nicht gewusst oder zumindest geahnt hätten, dass ihr Vorgehen reglementswidrig sei. Ein Verschulden würde im Übrigen nicht nur bei einer bewussten Umgehung der Vorschriften, sondern auch dann vorliegen, wenn der Verstoss bei pflichtgemässer Umsicht hätte festgestellt werden können.

Weiter hat das Obergericht festgehalten, dass die Überproduktion gemäss Beschlüssen des Vorstandes ab dem Produktionsjahr 2007/2008 mit Fr. 2.--/kg abgeschöpft wird, was sich aus einer Mitteilung in der ES-Press, Ausgabe 6/08, sowie aus den Schreiben zur quartalsweisen Produktionsfreigabe, den Abrechnungen und den Rechnungen ergebe. Der „Abschöpfungs-Preis“ sei über die Jahre unverändert geblieben und den Beschwerdeführerinnen bekannt gewesen. Indem nicht auf die konkrete Gewinnmarge abgestellt bzw. die Betriebskosten nicht berücksichtigt, sondern die Höhe des erwirtschafteten Vorteils aufgrund von pauschalen Bruttomargenberechnungen festgelegt werde, sei die Gleichbehandlung der Vereinsmitglieder gewährleistet; das Vorgehen sei zweckmässig und im Übrigen auch verhältnismässig, betrage doch die Abschöpfung z.B. bei der Greyerzer-Überproduktion Fr. 5.--/kg.

5.2

Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, die ihnen auferlegten Konventionalstrafen und Abgaben hätten pönalen Charakter und stellten Vereinsstrafen dar, weshalb sie einer klaren statutarischen Grundlage bedürften, welche nicht gegeben sei. Der in Art. 23 der Statuten vorgesehene Strafrahmen sei viel zu weit und unbestimmt; er stelle eine Blankettnorm dar. Zudem würden die Statuten für die Bemessung in widersprüchlicher Weise fest-

halten, dass sich die Höhe u.a. nach dem Verschulden richte, dieses aber weder vorliegen noch nachgewiesen werden müsse. Sodann lege das Obergericht nicht dar, weshalb die in den Statuten zusätzlich zur Konventionalstrafe vorgesehene Abschöpfung den viel zu weiten Strafrahmen für die Konventionalstrafe genügend konkretisieren soll. Im Übrigen fehle es auch für die Abschöpfung wegen angeblicher Überproduktion an einer statutarischen oder reglementarischen Grundlage, beruhe diese Abgabe doch lediglich auf einem Beschluss des Vorstandes. Entgegen dem Obergericht genüge diesbezüglich Art. 16 der Statuten nicht als Ermächtigungsnorm. Schliesslich treffe beide Firmen kein Verschulden, weil sie ja gerade überzeugt gewesen seien, dass das seit Jahrzehnten praktizierte Vorgehen mit dem Sinn und Zweck des Mengenreglementes in Einklag gestanden habe; sie hätten das sog. „Gutgewicht“ denn auch nie verheimlicht.

5.3

Wenn ein privater Verein zur Erreichung seines Zwecks Regeln und Bestimmungen aufstellt, denen sich seine Mitglieder unterwerfen, ist es grundsätzlich zulässig, dass er Sanktionen vorsieht, um die Verpflichtungen der Mitglieder abzusichern (Urteil 4P.240/2006 vom 5. Januar 2007 E. 4.2). Ist als Sanktion die Verhängung einer Geldleistung vorgesehen, wird teils von „Konventionalstrafe“, teils von „Vereinsstrafe“ gesprochen. Wesentlich ist, dass es sich dabei um Sanktionen privatrechtlicher Natur handelt und sie der richterlichen Herabsetzung gemäss Art. 163 OR unterliegen (BGE 80 II 123 E. 3b S. 133; RIEMER, Berner Kommentar, N. 224 ff. zu Art. 70 ZGB; HEINI/SCHERRER, Basler Kommentar, N. 18 ff. zu Art. 70 ZGB; HEINI/PORTMANN, Das schweizerische Vereinsrecht, SPR II/5, Rz. 316 f.; BERETTA, Wirtschaftliche Vereine in der Schweiz, Diss. Basel 2001, S. 161). Solche Sanktionen bedürfen einer klaren statutarischen Grundlage (RIEMER, a.a.O., N. 210 zu Art. 70 ZGB; HEINI/SCHERRER, a.a.O., N. 22 zu Art. 70 ZGB).

Vorliegend sind die verhängten Sanktionen in Art. 23 der Statuten vorgesehen. Ebenfalls vorgesehen sind sie in Art. 15 des Reglementes über die Mengensteuerung, zu dessen Erlass Art. 16 lit. d der Statuten den Vereinsvorstand ausdrücklich ermächtigt. Ob der Bussenrahmen in der statutarischen bzw. reglementarischen Grundlage ausdrücklich aufgeführt sein muss (dazu BGE 57 I 200 E. 3 S. 204; RIEMER, a.a.O., N. 230 zu Art. 70 ZGB), kann offen bleiben, weil der Rahmen für die Konventionalstrafe vorliegend so oder anders genügend abgesteckt ist: Sie beträgt mindestens Fr. 5'000.-- und höchstens Fr. 100'000.--; sodann werden auch Kriterien für die Bemessung innerhalb dieses Rahmens genannt, nämlich das Ausmass der Widerhandlung und die Intensität des Verschuldens, soweit ein solches vorliegt. Die Vereinsmitglieder konnten mithin ermessen, was ihnen bei einer Pflichtverletzung drohen würde.

5.4

Die Frage des Wissens der Beschwerdeführerinnen betrifft den Sachverhalt. Sie behaupten in appellatorischer Weise, nichts vom Reglementsverstoss gewusst und die „Gutgewichte“ nie verheimlicht zu haben, ohne in diesem Zusammenhang eine Verletzung des Willkürverbots anzurufen und mit substantiierten Rügen aufzu-

zeigen, inwiefern das Obergericht mit den gegenteiligen Feststellungen in Willkür verfallen sein soll. Auf die Vorbringen ist mithin nicht einzutreten (vgl. E. 3.2) und für das bundesgerichtliche Verfahren ist gemäss Art. 105 Abs. 1 BGG die Sachverhaltsfeststellung bzw. Beweiswürdigung des Obergerichts massgeblich, dass die Beschwerdeführerinnen bewusst gegen die relevanten Vorschriften verstossen haben oder jedenfalls um diese Vorschriften hätten wissen müssen und sie pflichtwidrig nicht beachtet haben. Die (in E. 4.1 aufgeführten) Vorschriften sind denn auch klar und können einer seit Jahrzehnten tätigen Käsehandelsfirma unmöglich verborgen geblieben sein.

5.5

Nicht zu folgen ist ferner dem Einwand, die Statuten würden erst ab dem Produktionsjahr 2008/2009 explizit festhalten, dass auch die Ortsreserve sowie die zu Klasse 2 und 3 deklassierte Ware zur Produktionsmenge gehörten. Beide kantonalen Instanzen haben befunden, dass es sich lediglich um die Präzisierung einer bereits vorher und mithin auch für das Produktionsjahr 2007/2008 gültige Regelung gehandelt habe. Dies ist eine Sachverhaltsfeststellung, welche die Beschwerdeführerinnen nicht mit einer Willkürüge, sondern lediglich mit einer appellatorischen Gegenbehauptung anfechten.

5.6

Eine genügende Grundlage besteht auch für die Abschöpfung von Fr. 2.--/kg Überproduktion. Die Einforderung finanzieller Vorteile zusätzlich zur Konventionalstrafe ist als Sanktion direkt in Art. 23 Abs. 1 der Statuten festgelegt. Sodann ermächtigt Art. 16 lit. d der Statuten den Vorstand, Reglemente zu erlassen, insbesondere bezüglich der Mengensteuerung. Der Beschluss des Vorstandes, die Abschöpfung auf Fr. 2.--/kg Überproduktion festzulegen, vermag sich somit auf eine Delegationsnorm zu stützen. Das Obergericht hat weiter - für das Bundesgericht verbindlich (Art. 105 Abs. 1 BGG), zumal diesbezüglich keine Willkürüben erhoben worden sind - die Sachverhaltsfeststellung getroffen, dass die Beschlüsse des Vorstandes über den „Abschöpfungspreis“ in der ES-Press 6/08, in den Schreiben zur quartalsweisen Produktionsfreigabe, den Abrechnungen und den Rechnungen festgehalten worden seien, belegt erstmals für den 20. Juni 2007 betreffend Mai bis August 2007 und sodann periodisch bis zum 27. August 2010 betreffend Februar bis April 2010. Somit war die Höhe der Abschöpfung den Vereinsmitgliedern zur Kenntnis gebracht worden. Das Obergericht hat denn auch die - ebenfalls nicht mit Willkürüben angefochtene - Feststellung getroffen, dass den Beschwerdeführerinnen die Regelung bekannt gewesen sei.

6.

Die Beschwerdeführerinnen bringen weiter vor, dass sie keine Gelegenheit erhalten hätten, den rechtmässigen Zustand wieder herzustellen, obwohl sie erklärt hätten, in Zukunft allfällige nachträglich auftauchenden Qualitätsprobleme nicht mehr über „Gutgewichte“, sondern durch Minderproduktion zu kompensieren. Die A. AG habe im Jahr 2011 denn auch tatsächlich 180 Tonnen weniger Emmentaler AOC Tafelware produziert als ihr

zugeteilt worden sei und damit die ihr vorgeworfene Überproduktion mehr als kompensiert.

Diese Ausführungen zielen auf den in Art. 23 Abs. 1 der Statuten und in Art. 15 Abs. 1 des Reglementes aufgeführten Vorbehalt, dass die Sache als erledigt gelte, wenn der rechtmässige Zustand innerhalb einer durch den Verein angesetzten Frist wiederhergestellt werde. Das Obergericht hat befunden, dass zwischen den Falschmeldungen einerseits und der Nachproduktion andererseits zu unterscheiden sei. Die Falschmeldungen liessen sich per se nicht rückgängig machen, weshalb das Versprechen künftigen Wohlverhaltens keine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes darstellen könne. Was sodann die Überproduktion anbelange, sei eine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ebenfalls nicht möglich, weil die Steuerung der Produktion periodengerecht erfolgen müsse, was bei einer erst Jahre später erfolgenden Kompensation nicht der Fall sei.

Diese Sichtweise, wie sie bereits von der ersten Instanz vertreten worden ist, erscheint sachgerecht. Die fehlerhafte Gewichtsmeldung verstösst gegen Art. 4 Abs. 4 des Reglements; die Nachproduktion ist ein Verstoss gegen die Mengensteuerung gemäss Anhang 1 lit. B Ziff. 6 des Reglements (bzw. lit. B Ziff. 8 in den späteren Anhängen). Meldung wie Produktion müssen periodengerecht erfolgen, anders ist eine Steuerung gar nicht möglich. Das erst nach Jahren des anhaltenden Verstosses erfolgende Versprechen, sich in Zukunft an die Vorschriften zu halten, ist deshalb nicht geeignet, rückwirkend den rechtmässigen Zustand in Bezug auf die Meldung oder die Produktion und damit die Steuerungsmöglichkeit für die vergangenen Perioden wiederherzustellen.

7.

Beschwerdethema ist schliesslich die Frage der Höhe bzw. der Herabsetzung der Konventionalstrafen.

7.1

Das Obergericht hat befunden, dass angesichts der mehrjährigen Dauer, der systematisch angelegten Umgehung der relevanten Regelungen und der beachtlichen Menge von 165 t an falsch gemeldetem und nachproduziertem Käse ein enormer und einzigartiger Regelverstoss erfolgt sei. Spezifisch für die B. AG hat es erwogen, dass die Firma mit C. ein Vorstandsmitglied gestellt habe, welches über die Zielsetzungen des Vereins und die Funktionsweise der reglementarischen Steuerungs- und Kontrollmechanismen bestens habe orientiert sein müssen. Er habe in der Parteibefragung auch zugegeben, den Käseereien geraten zu haben, die Qualitätsmängel mit Gutgewichten zu kompensieren. Die Firma sei mithin Anstifterin zu den Regelwidrigkeiten gewesen und es sei von einem vorsätzlichen Handeln auszugehen. Trotz der Einmaligkeit der Vorfälle sei dem Umstand Rechnung zu tragen, dass es sich beim Betrag von Fr. 100'000.-- um das Maximum des Sanktionsrahmens handle und noch schlimmere Verstösse denkbar wären, weshalb eine gewisse Herabsetzung der Konventionalstrafe auf Fr. 75'000.-- vorzunehmen sei. Speziell mit Bezug auf die A. AG hat das Obergericht erwo-

gen, dass auch diese jegliche Einsicht in ihr Verhaltensunrecht vermissen lasse. Andererseits sei davon auszugehen, dass die Idee mit den „Gutgewichten“ nicht von ihr stamme. Zudem werde bei ihr im Unterschied zur B. AG der finanzielle Vorteil abgeschöpft, weshalb die Konventionalstrafe deutlich tiefer anzusetzen sei. Unter Würdigung der genannten Umstände erscheine der vom Vorstand festgelegte Betrag von Fr. 30'000.-- angemessen.

7.2

Soweit die Beschwerdeführerinnen die bereits erwähnten und im Widerspruch zu den Sachverhaltsfeststellungen im angefochtenen Entscheid stehenden Sachverhaltsvorbringen wiederholen (sie seien sich eines Verstosses gegen die Mengensteuerung gar nicht bewusst gewesen; es liege eine rückwirkende Sanktionierung vor), ohne diesbezüglich Willkür rügen zu erheben, sind sie nicht zu hören.

Angesichts der - mangels tauglicher Willkür rügen - für das Bundesgericht verbindlichen Feststellung (Art. 105 Abs. 1 BGG), dass es sich um vorsätzliche Verstösse handelte, ist das rechtliche Vorbringen, Vereinsstrafen dürften nur verschuldensabhängig erfolgen, gegenstandslos.

Kein Argument kann sodann sein, dass die Nachproduktion insgesamt nur 0,18 % der schweizerischen Gesamtproduktion an Emmentaler entsprochen habe. Die falsch deklarierte und unerlaubt nachproduzierte Menge von 165 t ist absolut gesehen beachtlich und machte über 10 % der Produktion der A. AG während des interessierenden Zeitraumes aus, weshalb es sich um einen schwerwiegenden Verstoss und nicht um eine Bagatelle handelt.

Insgesamt erscheinen die oberinstanzlichen Ausführungen zutreffend und besteht kein Anlass, korrigierend in das Ergebnis einzugreifen.

8.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Gerichtskosten sind folglich den Beschwerdeführerinnen aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Der Gegenseite ist kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 3'000.-- werden den Beschwerdeführerinnen auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Bern, Zivilabteilung, 2. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

C 2	2. Arrêt du Tribunal fédéral du 23 mai 2013 concernant une entrave à la concurrence – recours de la coopérative des producteurs de fromage d'alpages «L'Etivaz»
-----	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Arrêt du Tribunal fédéral du 23 mai 2013 concernant une entrave à la concurrence – recours de la coopérative des producteurs de fromages d'alpages «L'Etivaz»

Faits:

A.

La Coopérative des producteurs de fromages d'alpage «L'Etivaz» a notamment pour but, d'après ses statuts, la mise en valeur des fromages d'alpage et l'exploitation de caves à fromage. Dès 1999, elle a obtenu l'inscription de l'appellation d'origine protégée (AOP) ou contrôlée (AOC) «L'Etivaz» au registre des appellations d'origine et des indications géographiques institué par la législation fédérale sur l'agriculture. Elle exploite une cave d'affinage sise à L'Etivaz, dans la commune de Château-d'Oex; sa cave est actuellement la seule à produire des fromages commercialisables sous cette appellation.

L'alpage de Têmeley-Aï, dans la commune de Leysin, se trouve à l'intérieur de la zone de production définie par le cahier des charges de l'appellation protégée «L'Etivaz». Jusqu'en 2004, son ancien locataire ou fermier W. a produit du fromage sous cette appellation; il était membre de la Coopérative et, pour l'affinage, il livrait sa production à la cave d'icelle. Après son décès en février 2005, la commune propriétaire n'est pas parvenue à lui trouver un successeur habitant la région. Depuis avril 2005, l'alpage est pris à bail et exploité, durant la saison d'estivage, par X., agriculteur à A., localité qui est éloignée des Préalpes vaudoises.

B.

X. produit lui aussi du fromage à Têmeley-Aï. Il utilise une cave d'affinage à Château-d'Oex. Parce que la capacité de cette installation est inférieure à trois mille pièces, elle ne satisfait pas au cahier des charges de l'appellation «L'Etivaz» et X. ne peut donc pas commercialiser sa production sous cette appellation.

Egalement dès avril 2005, dans le but d'accéder à la cave de la Coopérative et, par là, à l'appellation protégée, X. a plusieurs fois demandé son admission en qualité de sociétaire. La Coopérative a refusé; elle lui opposait sa volonté de conserver une capacité d'affinage résiduelle pour le cas où un jeune agriculteur de la région désirerait adhérer et livrer sa production. La Coopérative a confirmé son refus nonobstant une intervention de la commune de Leysin.

Au cours des années 2005 et 2006, la Coopérative a rejeté quatre demandes d'adhésion présentées par d'autres producteurs, au motif que les candidats n'avaient pas leur exploitation principale dans la zone de production ou qu'ils ne tiraient pas leur revenu principal de l'agriculture de montagne.

Dans la commune de Rossinière, à La Tine, soit à l'intérieur de la zone d'affinage définie par le cahier des charges, il existe une autre cave qui répondrait aux exigences de l'appellation «L'Etivaz», notamment à raison d'une capacité supérieure à trois mille pièces. Son propriétaire n'use pas de l'appellation protégée. Parce qu'il ne veut pas concurrencer la Coopérative, il refuse aussi d'accueillir la production de X. et de lui permettre d'accéder ainsi à l'appellation protégée.

C.

Le 21 mai 2007, X. a ouvert action contre la Coopérative devant le Tribunal cantonal du canton de Vaud. L'autorité saisie devait constater que la défenderesse entravait de manière illicite l'accès du demandeur à l'appellation d'origine protégée «L'Etivaz». La défenderesse devait être condamnée à donner au demandeur accès à ses caves contre rémunération usuelle, et à l'admettre en qualité de sociétaire. Elle devait aussi être condamnée à lui payer les sommes de 46'281 fr. – prétention ultérieurement diminuée à 41'222.25 fr. - et 7'374.95 fr. à titre de dommages-intérêts, avec intérêts au taux de 5 % par an, respectivement dès le 1^{er} janvier 2006 et le 21 mai 2007.

La défenderesse a conclu au rejet de l'action.

Le juge instructeur a fait établir une expertise et il a pris l'avis de la Commission fédérale de la concurrence.

La Cour civile du Tribunal cantonal a tenu audience le 31 août 2011 puis elle s'est prononcée par un jugement du même jour. Elle en a communiqué le dispositif le 15 septembre 2011 puis l'expédition complète le 8 juin 2012.

Accueillant partiellement l'action, la Cour a condamné la défenderesse à admettre le demandeur en qualité de sociétaire, d'une part, et à lui payer 26'704.10 fr. avec intérêts au taux de 5 % par an dès le 19 juin 2007, d'autre part.

D.

Agissant par la voie du recours en matière civile, la défenderesse requiert le Tribunal fédéral de réformer le jugement en ce sens que l'action soit entièrement rejetée. Des conclusions subsidiaires tendent à l'annulation de ce prononcé et au renvoi de la cause à la Cour civile pour nouvelle décision. Le demandeur conclut au rejet du recours.

Considérant en droit:

1.

La contestation ressortit au droit de la concurrence, soit une matière où le droit fédéral prévoit une instance cantonale unique (art. 5 al. 1 let. b du code de procédure civile unifié (CPC) entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011; auparavant, art. 14 de la loi fédérale sur les cartels et

autres restrictions de la concurrence - LCart; RS 251). Le recours en matière civile est donc recevable sans égard à la valeur litigieuse (art. 74 al. 2 let. b LTF). Les conditions de recevabilité de ce recours sont par ailleurs satisfaites.

Le recours est ouvert pour violation du droit fédéral (art. 95 let. a LTF). Le Tribunal fédéral applique ce droit d'office, hormis les droits fondamentaux (art. 106 LTF). Il n'est pas lié par l'argumentation des parties et il apprécie librement la portée juridique des faits; il s'en tient cependant, d'ordinaire, aux questions juridiques que la partie recourante soulève dans la motivation du recours (art. 42 al. 2 LTF; ATF 135 III 397 consid. 1.4 p. 400; 133 II 249 consid. 1.4.1 p. 254), et il ne se prononce sur la violation de droits fondamentaux que s'il se trouve saisi d'un grief invoqué et motivé de façon détaillée (art. 106 al. 2 LTF; ATF 134 I 83 consid. 3.2 p. 88; 134 II 244 consid. 2.2 p. 246; 133 II 249 consid. 1.4.2).

Le Tribunal fédéral doit conduire son raisonnement juridique sur la base des faits constatés dans la décision attaquée (art. 105 al. 1 LTF); les allégations de fait et les moyens de preuve nouveaux sont en principe irrecevables (art. 99 al. 1 LTF). Le tribunal peut compléter ou rectifier même d'office les constatations de fait qui se révèlent manifestement inexactes, c'est-à-dire arbitraires aux termes de l'art. 9 Cst. (ATF 137 I 58 consid. 4.1.2 p. 62; 133 II 249 consid. 1.1.2 p. 252), ou établies en violation du droit (art. 105 al. 2 LTF). La partie recourante est autorisée à attaquer des constatations de fait ainsi irrégulières si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF).

2.

La Cour civile a statué sur la base des art. 7 al. 1 et 12 al. 1 let. a et b LCart. Selon ces dispositions, les pratiques d'entreprises occupant une position dominante sont réputées illicites lorsque ces entreprises abusent de leur position et entravent ainsi l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou entravent l'exercice de la concurrence, ou désavantagent les partenaires commerciaux (art. 7 al. 1). Celui qu'une pratique illicite entrave dans l'accès à la concurrence ou dans l'exercice de la concurrence peut demander en justice, outre la suppression ou la cessation de l'entrave (art. 12 al. 1 let. a), la réparation du dommage (art. 12 al. 1 let. b).

Conformément à l'art. 15 al. 1 LCart, la Cour civile a préalablement recueilli l'avis de la Commission fédérale de la concurrence.

L'instance ayant débuté avant le 1^{er} janvier 2011, le droit cantonal antérieur lui est resté applicable jusqu'à sa clôture par l'effet de l'art. 404 al. 1 CPC.

3.

Invoquant l'art. 29 al. 2 Cst., la défenderesse se plaint de violation de son droit d'être entendue. Elle fait valoir que l'avis de la Commission de la concurrence a été sollicité puis versé au dossier alors que les parties avaient déjà déposé le mémoire de droit prévu par l'art. 317a CPC vaud. Aucun échange supplémentaire d'écritures n'est intervenu ultérieurement et le délai disponible pour une éventuelle demande de réforme - une procédure permettant d'introduire dans le procès, s'il y a lieu, de nouveaux

allégués et de nouvelles offres de preuve - était alors échu. La défenderesse soutient qu'elle n'a ainsi pas eu l'occasion de prendre position sur l'avis.

Elle ne prétend cependant pas avoir ignoré que le juge instructeur avait recueilli un avis de la Commission. En tant que cet acte de procédure était un fait nouveau postérieur au dépôt du mémoire de droit, l'art. 317b al. 2 CPC vaud. autorisait les parties à présenter une demande de réforme jusqu'à la clôture de l'audience de jugement.

Pour le surplus, il est exact que devant les autorités judiciaires, les art. 6 par. 1 CEDH et 29 al. 1 et 2 Cst. garantissent à chaque partie le droit de prendre position sur les prises de position écrites des autres parties ou autorités en cause (ATF 138 I 484 consid. 2.1 p. 485/486; 138 I 154 consid. 2.3.3 p. 157). Or, la défenderesse a eu l'occasion de plaider lors de l'audience du 31 août 2011, de sorte qu'elle a pu prendre position sur l'avis de la Commission de la concurrence. Le grief tiré de ces garanties de procédure est donc privé de fondement.

4.

Les pratiques visées à l'art. 7 al. 1 LCart ne sont interdites par cette disposition qu'aux entreprises occupant une position dominante. D'après la définition consacrée par l'art. 4 al. 2 LCart, il y a position dominante lorsqu'une entreprise est 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.

5.

L'aptitude d'une entreprise à se comporter de manière essentiellement indépendante s'apprécie par rapport au marché matériellement et géographiquement déterminant (ATF 129 II 497 consid. 6.3.1 p. 536; arrêt 2C_484/2010 du 29 juin 2012, consid. 9, destiné à la publication); il est donc nécessaire de délimiter ce marché.

5.1

Une délimitation excessivement étroite peut entraîner une surestimation du pouvoir de l'entreprise visée; une délimitation indûment étendue peut au contraire aboutir à une sous-estimation (EVELYNE CLERC et PRANVERA KËLLEZI, in Commentaire romand, 2e éd., 2013, n° 64 ad art. 4 al. 2 LCart; VINCENT MARTENET et ANDREAS HEINEMANN, Droit de la concurrence, 2012, p. 102; opinion divergente: ADRIAN RAASS, Die Marktabgrenzung: bestenfalls überflüssig, schlimmstenfalls irreführend, sic! 2011 p. 405). Conformément à la pratique de la Commission fédérale de la concurrence, les définitions du marché consacrées par l'ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE; RS 251.4) sont applicables par analogie (CLERC/KËLLEZI, loc. cit., nos 69 et 98 ad art. 4 al. 2 LCart; MANI REINERT et BENJAMIN BLOCH, in Commentaire bâlois, 2010, nos 105 et 219).

Le marché matériellement déterminant, ou marché des produits, comprend ainsi 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 (art. 11 al. 3 let. a

OCCE). Au besoin, une étude économétrique (étude de «l'élasticité croisée des prix») détermine les produits que les partenaires potentiels tiennent pour substituables à un produit déterminé: on recherche si une augmentation du prix de ce produit entraîne un déplacement de la demande vers d'autres produits; dans l'affirmative, ces derniers sont inclus dans le marché déterminant (CLERC/KËLLEZI, loc. cit., nos 78 et ss; REINERT/BLOCH, loc. cit., nos 114 et 115).

Le degré de substituabilité doit être apprécié en fonction de caractéristiques non seulement objectives (propriétés, usage et prix du produit), mais aussi subjectives (préférences des consommateurs). Sous ce dernier aspect, il faut tenir compte de la manière dont le consommateur ou le partenaire commercial perçoit effectivement et subjectivement le produit en cause, plutôt que de la manière dont ce produit devrait objectivement être perçu par un consommateur raisonnable; notamment dans le domaine des produits de marque, des produits techniquement et économiquement substituables peuvent n'être pas considérés comme tels par les consommateurs (CLERC/KËLLEZI, loc. cit., nos 73 et 74; REINERT/BLOCH, loc. cit., n° 113).

Une position dominante peut exister aussi sur un très petit marché; éventuellement, le marché déterminant est un sous-marché délimité à l'intérieur d'un marché plus large, s'il existe une demande spécifique des partenaires commerciaux ou des consommateurs pour le produit ou le service concerné (CLERC/KËLLEZI, loc. cit., n° 87).

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 matériellement déterminant (art. 11 al. 3 let. b OCCE). Il s'agit essentiellement du territoire à l'intérieur duquel la victime d'une entreprise qui abuserait de sa position dominante peut se tourner vers d'autres fournisseurs ou cocontractants (CLERC/KËLLEZI, loc. cit., nos 97 et 98); il est tenu compte, en particulier, des possibilités et des coûts de transport ou de déplacement (MARTENET/HEINEMANN, op. cit., p. 103). La Cour civile s'est référée à ces critères et la défenderesse n'en conteste ni la validité ni la pertinence.

5.2

Selon le demandeur, le marché déterminant est celui du fromage commercialisé sous l'appellation protégée «L'Etivaz».

Dans son avis qu'elle a entre-temps publié (DPC 2011 p. 302), la Commission de la concurrence a énuméré divers types de fromages, soit ceux «frais», «à pâte dure», «à pâte mi-dure», «à pâte molle» ou «fondus», et diverses étapes dans le cycle de la production, soit «la production», «l'affinage», «le conditionnement» ou «la distribution». Affirmant sans autres développements que «le fromage <L'Etivaz> est substituable du point de vue du consommateur avec n'importe quel autre fromage à pâte dure», elle a rejeté l'opinion du demandeur. Elle a retenu comme déterminant le marché national suisse de l'affinage des fromages à pâte dure, toutefois sans exclure que des délimitations plus précises du produit concerné et de l'étendue géographique soient éventuelle-

ment préférables. En définitive, selon la Commission, la délimitation exacte du marché peut demeurer indécise car la pratique de la défenderesse n'est de toute manière pas abusive.

La Cour civile a retenu, elle, que le marché déterminant est celui du fromage commercialisable sous l'appellation protégée «L'Etivaz». Elle a motivé son appréciation dans les termes ci-après: Il est établi que, comme pour les autres fromages bénéficiant d'une AOC, la production du fromage L'Etivaz AOC doit respecter des exigences strictes, définies dans son cahier des charges. Ces procédés de fabrication, soumis au contrôle d'un organisme de certification, sont le gage d'une qualité supérieure; ils permettent de commercialiser les fromages à un meilleur prix. D'un point de vue objectif, les fromages à pâte dure bénéficiant d'une AOC ne sont donc pas substituables avec n'importe quel autre fromage à pâte dure, produit sans respecter de telles exigences.

L'analyse subjective conduit à une délimitation encore plus précise du marché. En effet, le consommateur est généralement attaché à une ou des sortes de fromage, dont il connaît et recherche la saveur particulière ou les propriétés culinaires spécifiques. Il ne se contentera ainsi pas d'un quelconque fromage à pâte dure bénéficiant d'une AOC mais s'orientera exclusivement vers la sorte de fromage à laquelle il est habitué et qu'il souhaite spécifiquement consommer. Autrement dit, l'amateur de fromage cherche, selon les cas, à acheter du Gruyère ou de l'Emmental ou encore de l'Etivaz. On ne peut concevoir qu'on lui vende, indifféremment, n'importe quel fromage à pâte dure, ou que l'un de ces fromages soit librement substituable à l'autre. A cela s'ajoute que l'AOC évoque pour le consommateur une consommation responsable, respectueuse des traditions et mettant en valeur les produits du terroir. Par conséquent, du point de vue du consommateur, les différentes sortes de fromage à pâte dure protégées par une AOC ne sont pas substituables.

5.3

Invokant l'art. 9 Cst., la défenderesse fait grief à la Cour civile de s'être écartée arbitrairement de l'avis exprimé par la Commission de la concurrence. Il est cependant constant - et la défenderesse le reconnaît - que l'avis de la Commission ne lie pas le juge de la cause (arrêt 4A_101/2008 du 4 août 2008, consid. 3.1, RtiD 2009 I 705); celui-ci doit en revanche discuter l'avis (RETO JACOB et GION GIGER, in Commentaire bâlois, 2010, n° 28 ad art. 15 LCart) et motiver une appréciation divergente (JEAN-MARC REYMOND, in Commentaire romand, 2e éd., 2013, n° 99 ad art. 15 LCart; MARTENET/HEINEMANN, op. cit., p. 202). Ces exigences sont en l'espèce satisfaites. Pour le surplus, élucider le marché déterminant au regard de l'art. 4 al. 2 LCart est une question juridique que le Tribunal fédéral examine librement, sur la base des faits constatés par la juridiction cantonale; le moyen tiré de l'art. 9 Cst. est donc dépourvu de portée indépendante.

D'après l'argumentation présentée, la délimitation du marché adoptée par la Cour civile ne repose pas sur des constatations de fait suffisantes. En particulier, il n'est pas établi que la commercialisation sous une appellation protégée permette effectivement d'obtenir un «meilleur

prix», comme la Cour l'a retenu, ni qu'une semblable commercialisation assure effectivement un revenu net plus important aux producteurs. La Cour a en outre méconnu, prétendument, que l'alpage de Têmeley-Aï se trouve aussi dans la zone de production de l'appellation protégée «Gruyère» et que le demandeur pourrait donc commercialiser sa production sous cette appellation-ci. La délimitation critiquée suppose que le prix final de «L'Etivaz» soit supérieur à celui du «Gruyère», or ce fait n'est établi. Seule une étude de l'élasticité croisée des prix de ces deux appellations, étude qui n'a pas été exécutée, permettrait d'exclure que le «Gruyère» soit substituable à «L'Etivaz». Du raisonnement de la Cour, il résulte que chaque appellation protégée engendre un marché indépendant, ce que la défenderesse estime contraire à la réalité. Enfin, la Cour confond indûment le marché du produit final et celui d'un service nécessaire à sa fabrication, en l'occurrence l'affinage.

5.4

A teneur de l'art. 7 al. 1 de la loi fédérale sur l'agriculture (LAg; RS 910.1), la Confédération fixe les conditions-cadre de la production et de l'écoulement des produits agricoles de sorte que la production soit assurée de manière durable et peu coûteuse et que l'agriculture tire de la vente des produits des recettes aussi élevées que possible. Les art. 8 à 12 LAg tendent à assurer la qualité des produits et la promotion des ventes; les art. 14 à 16b règlent spécialement la désignation des produits agricoles. L'art. 16 LAg institue l'appellation d'origine protégée; il charge le Conseil fédéral d'établir un registre de ces appellations (art. 16 al. 1 LAg) et de réglementer les conditions de l'enregistrement, en particulier les exigences du cahier des charges propre à chaque appellation (art. 16 al. 2 let. b LAg), les procédures d'enregistrement et d'opposition (art. 16 al. 2 let. c LAg), et le contrôle de la production (art. 16 al. 2 let. d LAg).

L'appellation d'origine protégée est régie en détail par l'ordonnance du 28 mai 1997 concernant la protection des appellations d'origine et des indications géographiques des produits agricoles et des produits agricoles transformés (OAOP; RS 910.12). La reconnaissance et l'enregistrement d'une appellation, y compris l'approbation du cahier des charges, incombent à l'Office fédéral de l'agriculture; elles sont soumises à une procédure complexe (art. 5 à 12 OAOP) qui doit être suivie aussi lors d'une éventuelle modification du cahier des charges (art. 14 al. 1 OAOP; ATF 137 II 152). Selon l'art. 16 al. 6 LAg, celui qui veut user d'une appellation dans la désignation et la commercialisation de ses propres produits doit conformer sa production à toutes les exigences du cahier des charges; il doit en outre la soumettre au contrôle de l'organisme de certification compétent, accrédité par l'Office fédéral (art. 18 et 19 al. 1 OAOP). Un rapport de droit public s'établit entre l'organisme de certification et le producteur (ATF 138 II 134 consid. 4.6 p. 157).

Selon l'art. 16 al. 7 let. a et b LAg, une appellation enregistrée est protégée contre toute utilisation commerciale qui en exploite le renom pour d'autres produits (let. a), ou, en général, contre toute usurpation, contrefaçon ou imitation (let. b). Sur le plan international, la Confédération soutient les organisations concernées dans la défense des appellations d'origine suisses (art. 16b LAg).

Par l'effet de la protection légale, l'appellation d'origine protégée est un signe susceptible d'acquérir, dans le public, une identité et une réputation particulières, propres à stimuler l'écoulement du produit qu'elle revêt et, par là, à influencer les rapports de force entre concurrents (DAVID MEISSER et DAVID ASCHMANN, *Herkunftsangaben und andere geographische Bezeichnungen, in Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, 2005, vol. III/2, p. 170; JÜRIG SIMON, *Neueste Entwicklungen bei den Ursprungsbezeichnungen, in Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Immaterialgüterrecht*, 2002, p. 160; LORENZ HIRT, *Der Schutz schweizerischer Herkunftsangaben*, 2003, p. 2 et 3; JOSEF SKÁLA, *Trademark or appellation of origin, in Gastronomie, alimentation et droit*, 2003, ALBERTO ARONOVITZ, éd., p. 441 et ss).

5.5

La protection légale est indépendante de la performance commerciale plus ou moins importante des produits revêtus de l'appellation concernée, de l'influence correspondante de cette appellation sur les rapports de force entre concurrents et du profit que les producteurs en retirent. Le droit de faire usage d'une appellation d'origine, selon l'art. 16 al. 6 LAg (ATF 134 II 272 consid. 2.1 p. 278), est lui aussi indépendant de la performance de l'appellation et de son influence sur les rapports de force entre concurrents. A un producteur désireux de faire usage d'une appellation d'origine et de se soumettre au cahier des charges, on ne saurait opposer que l'appellation ne lui apportera, le cas échéant, aucun avantage sur le plan de la concurrence. Il appartient au contraire à chacun d'apprécier librement s'il a ou n'a pas intérêt à exercer la concurrence avec l'appellation concernée et avec les contraintes qui s'y rattachent.

Dans la présente affaire, le demandeur attaque une pratique de la défenderesse qui l'empêche d'accéder à l'appellation «L'Etivaz» pour la commercialisation de sa production. Dans la délimitation du marché matériellement déterminant, il s'impose de prendre en considération la nature de l'appellation d'origine protégée, soit un instrument de la lutte économique entre concurrents, créé, géré et soutenu par la Confédération dans le but de stimuler l'écoulement de produits agricoles. Là où un concurrent se prétend illicitement empêché d'accéder à une appellation, le marché déterminant est nécessairement restreint à celui, réel ou supposé, de l'appellation en cause. Le demandeur a le droit d'exercer la concurrence avec l'appellation «L'Etivaz» s'il croit y avoir un intérêt et que, pour sa production, il se conforme au cahier des charges; dans ce contexte juridique spécifique, il n'a pas besoin de prouver l'existence effective d'un marché de cette appellation qui soit distinct du marché des produits standards et de celui de l'appellation «Gruyère». La défenderesse ne peut donc pas utilement faire valoir, à supposer que le fait soit avéré, que ce marché distinct n'existe pas parce que l'appellation «L'Etivaz» est dépourvue de valeur intrinsèque ou n'a pas de valeur supérieure à celle de l'appellation «Gruyère». Ainsi, les données économiques auxquelles la défenderesse fait allusion sont dépourvues de pertinence et il n'était pas nécessaire de les recueillir; en conséquence, cette partie n'est pas fondée à se plaindre de lacunes dans les constatations de fait.

6.

D'après la définition légale déjà mentionnée (consid. 4 ci-dessus), la position dominante suppose l'aptitude d'une entreprise à se comporter, sur le marché déterminant, de manière essentiellement indépendante des autres participants.

6.1

Une entreprise occupe une position dominante, parmi d'autres hypothèses, lorsqu'elle détient la totalité du marché déterminant et qu'elle n'est exposée à aucune concurrence parce que des circonstances de fait ou de droit rendent improbable l'irruption d'une autre entreprise sur ce marché. La position dominante peut être occupée par plusieurs entreprises agissant de concert. Conformément à la théorie de l'«essential facility» désormais consacrée aussi en droit suisse, la position dominante peut résulter de ce que l'entreprise dispose de droits exclusifs sur une installation, une infrastructure ou un équipement indispensable et qu'il n'existe pas de substitut réel ni potentiel (ATF 129 II 497 consid. 6.5.1 p. 538; CLERC/KËLLEZI, op. cit., nos 179, 184 et 185 ad art. 4 al. 2 LCart; MARTENET/HEINEMANN, op. cit., p. 103 et 104). La Cour civile s'est également référée à ces critères et ils ne sont pas non plus contestés par la défenderesse.

Selon l'art. 2 al. 2 du cahier des charges de l'appellation protégée «L'Etivaz», l'affinage doit s'accomplir dans l'ancien district du Pays-d'Enhaut, dit zone d'affinage, comprenant les communes de Rossinière, Château-d'Oex et Rougemont.

Selon l'art. 13 du cahier des charges, «l'affinage se fait exclusivement dans des caves d'une capacité de trois mille pièces ou plus». Cette règle a notamment pour effet de réduire les possibilités de concurrence sur le marché ici déterminant. Une règle quantitative de ce genre, à moins qu'elle ne soit nécessaire aux caractéristiques du produit ou typique de sa méthode de production spécifique (cf. art. 7 al. 1 let. c et d OAOP), peut receler une entrave à la concurrence (SIMONE WALTHER, AOC und Kartellrecht, 2010, p. 31 et 33/34). Le cahier des charges a cependant été approuvé par l'Office fédéral de l'agriculture lors de l'enregistrement de l'appellation d'origine protégée; la demande d'enregistrement a alors été publiée (art. 9 OAOP) et toute personne justifiant d'un intérêt digne de protection a pu faire opposition et provoquer une décision sur opposition (art. 10 et 11 OAOP). En tant que la protection juridique des concurrents de la demanderesse a été assurée lors de cette procédure administrative, un contrôle du cahier des charges au regard du droit de la concurrence ne saurait intervenir dans la présente contestation. L'action entreprise par le demandeur ne tend d'ailleurs pas à l'annulation de l'art. 13 du cahier des charges.

Selon les constatations de la Cour, il existe deux caves situées dans la zone d'affinage et satisfaisant aux exigences de cette dernière disposition. L'une de ces caves est celle de la défenderesse; le propriétaire de l'autre cave, précisément pour ne pas concurrencer la défenderesse, s'abstient de pratiquer cette activité. A bon droit, la Cour retient que la défenderesse occupe une position dominante sur le marché déterminant.

6.2

Il est aussi constaté qu'une augmentation de la capacité de la cave actuellement utilisée par le demandeur, augmentation qui rendrait cette cave conforme aux exigences du cahier des charges, pourrait être envisagée moyennement un investissement d'environ 5'000 francs. La décision attaquée indique cependant aussi que pour diverses raisons, cette solution - il s'agit semble-t-il d'un aménagement différent des locaux existants, dont le volume demeurerait inchangé - est présentée comme inadéquate par l'expert judiciaire. La défenderesse affirme donc à tort, pour contester sa position dominante, que le demandeur pourrait pratiquer lui-même l'affinage de «L'Etivaz» moyennant un investissement modeste de 5'000 francs.

Dans son avis, la Commission de la concurrence a admis qu'un agrandissement de la cave, également étudié par l'expert judiciaire et évalué par lui à 100'000 fr., «serait probablement trop onéreux pour le demandeur seul mais paraîtrait réalisable s'il se groupait avec d'autres producteurs [...] qui se sont vu refuser l'accès à la cave de la coopérative». La Cour civile n'a cependant pas constaté que d'autres producteurs fabriquant de «L'Etivaz» soient réellement et concrètement disposés à s'associer au demandeur pour la création d'une nouvelle cave collective; elle a au contraire tenu cette hypothèse pour «purement théorique». Il n'y a donc pas lieu de s'y attarder.

7.

Selon l'art. 7 al. 2 let. a LCart., le refus d'entretenir des relations commerciales, en particulier le refus d'acheter ou de livrer des marchandises, s'inscrit dans les pratiques éventuellement abusives visées par l'art. 7 al. 1 LCart.

L'entreprise en position dominante se comporte de manière abusive lorsqu'elle dispose seule des équipements ou installations indispensables à la fourniture d'une prestation, qu'il n'existe pas de concurrence sur le marché de cette prestation, que l'entreprise refuse sans raison objective de mettre l'infrastructure aussi à la disposition d'un concurrent potentiel et que celui-ci n'a aucune solution de remplacement (ATF 129 II 497 consid. 6.5.1 p. 538 et 6.5.3 p. 640). L'abus peut se situer sur un marché voisin ou situé en amont de celui visé par le concurrent potentiel. Le refus peut porter sur un service indispensable à ce concurrent ou sur la mise à disposition d'une infrastructure qui lui est indispensable (CLERC/KËLLEZI, op. cit., n° 72 ad art. 7 al. 2 LCart; MARC AMSTUTZ et BLAISE CARRON, in Commentaire bâlois, 2010, nos 123 et 147 ad art. 7 LCart).

En l'espèce, la défenderesse refuse d'admettre le demandeur à titre de sociétaire et de recevoir sa production pour l'affinage. Ce refus empêche le demandeur de commercialiser cette même production sous l'appellation protégée «L'Etivaz». Etant la seule entreprise à pratiquer l'affinage, la défenderesse est également la seule à pouvoir commercialiser du fromage sous ladite appellation. Son refus semble porter davantage sur un service consistant dans l'affinage en cave conformément au cahier des charges, plutôt que sur la mise à disposition d'une cave où le demandeur pourrait lui-même exécuter ou faire exécuter l'affinage; cette distinction n'a cependant pas d'importance. On a par ailleurs vu que le demandeur

n'a aucune possibilité d'affiner lui-même sa production, ni dans sa cave actuelle ni dans une autre, ni de la faire affiner par une entreprise tierce.

La défenderesse soutient qu'indépendamment du refus critiqué, le demandeur est empêché d'accéder au marché qu'il convoite parce que sa production n'est de toute manière pas conforme au cahier des charges. Elle conteste ainsi le rapport de causalité entre son refus d'entrer en relations avec lui et l'empêchement d'exercer la concurrence. Elle mentionne un passage de la décision attaquée d'où il ressort que selon l'organisme de certification compétent, le fromage produit en 2006 par le demandeur était déficient au regard de plusieurs clauses du cahier des charges, et celui produit en 2007 n'était déficient qu'au regard de l'art. 13 relatif à la capacité de la cave. L'assertion de la défenderesse semble donc vraie pour 2006. Il apparaît cependant aussi que le demandeur a pu améliorer sa production dès l'année suivante 2007, et les juges du fait n'ont en tous cas pas constaté que ce producteur, indépendamment de la capacité de sa cave, soit durablement hors d'état de respecter le cahier des charges. Le refus de la défenderesse a donc bien pour effet d'entraîner une restriction de la concurrence.

8.

Un refus d'entrer en relations commerciales n'est pas abusif, et il échappe ainsi à la censure de l'art. 7 al. 1 LCart, s'il répond à une justification objective. L'entreprise en position dominante n'est notamment pas tenue de fournir ses services ou de donner accès à ses installations lorsque leur capacité est insuffisante et que, par suite, elle ne pourrait plus satisfaire entièrement les besoins de sa propre clientèle (ATF 129 II 497 consid. 6.5.4 p. 540). Dans cette hypothèse, l'entreprise n'a aucune obligation d'accroître la capacité de ses installations (CLERC/KËLLEZI, op. cit., n° 56 ad art. 7 al. 2 LCart). La défenderesse a d'abord opposé au demandeur qu'elle entend conserver une capacité d'affinage résiduelle pour le cas où un jeune agriculteur de la région désirerait adhérer et livrer sa production; dans le procès, elle soutient que sa cave est entièrement utilisée.

La Cour civile rejette cette justification; elle motive son appréciation comme suit:

S'il ressort de l'instruction que la cave de la défenderesse est pleine, d'autres éléments du dossier démontrent clairement que la décision de refus [...] n'a pas été dictée par des impératifs liés à la capacité de cette cave. On relève ainsi que le précédent locataire de l'alpage Temeley-Aï, qui produisait des quantités de lait équivalentes à celles du demandeur, était membre de la défenderesse et entreposait par conséquent sa production dans sa cave, que la production globale des membres de la défenderesse n'a cessé d'augmenter entre 2005 et 2009, la cave ayant été réaménagée en conséquence en 2005 et 2007, et, enfin, que la défenderesse prétend vouloir soutenir les jeunes agriculteurs dont l'exploitation principale se trouve dans la région, auxquels elle réserve de toute évidence de la place dans sa cave. De plus, on constate que chaque nouvel adhérent se voit fixer par contrat un quota de fromage. Il apparaît ainsi que la défenderesse augmente sa production et admet de nouveaux membres, tout en répartissant entre eux la

capacité de sa cave. Il est par conséquent établi que la défenderesse aurait en réalité la possibilité d'accueillir la production du demandeur, le cas échéant en limitant la quantité de fromage admise, respectivement en procédant à une équitable répartition entre ses membres.

L'existence d'une capacité résiduelle de la cave est un point de fait sur lequel le Tribunal fédéral n'exerce que le contrôle restreint prévu par les art. 97 al. 1 et 105 al. 2 LTF. Les déductions opérées ou à opérer sur la base d'indices relèvent aussi de la constatation des faits (ATF 117 II 256 consid. 2b p. 258; 136 III 486 consid. 5 p. 489; 128 III 390 consid. 4.3.3 in fine p. 398).

La défenderesse se plaint de contradictions dans l'appréciation des premiers juges et elle en conteste le résultat. Elle ne met toutefois pas en doute les faits pris en considération. En particulier, il est constant que la cave a reçu la production de Temeley-Aï jusqu'en 2004, soit immédiatement avant le décès de W. et l'arrivée du demandeur. Selon les juges, la défenderesse «réserve de la place» aux jeunes agriculteurs dont l'exploitation principale se trouve dans la région, or cette affirmation n'est pas démentie dans l'argumentation soumise au Tribunal fédéral. Il est certes contradictoire de retenir simultanément que «la cave est pleine» et que cette installation «peut accueillir la production du demandeur»; néanmoins, au regard de l'ensemble des éléments mis en évidence dans la décision attaquée, il n'apparaît pas que cette dernière constatation - qui est essentielle - soit manifestement contraire à la situation effective. Elle résiste donc à la critique développée à l'appui du recours. Il est sans importance qu'une appréciation différente des éléments disponibles, plus favorable à la défenderesse, soit peut-être aussi défendable (cf. ATF 138 I 305 consid. 4.3 p. 319; 137 I 1 consid. 2.4 p. 5).

La Cour civile ne retient pas que la défenderesse doive entreprendre des travaux d'agrandissement ou de réaménagement de sa cave pour accueillir la production du demandeur. Cette partie-là discute donc inutilement les possibilités de transformation envisagées par l'expert judiciaire et mentionnées dans la décision attaquée.

Faute de répondre à une justification objective, le refus d'entrer en relations avec le demandeur se révèle abusif, et partant illicite aux termes de l'art. 7 al. 1 LCart.

9.

Selon les art. 12 al. 1 let. a et 13 let. b LCart, celui qu'une pratique illicite entrave dans l'accès à la concurrence peut demander en justice la suppression ou la cessation de l'entrave (art. 12 let. a); il peut notamment réclamer que l'adverse partie soit condamnée à conclure avec lui des contrats conformes au marché et aux conditions usuelles de la branche (art. 13 let. b).

D'après les conclusions qui lui étaient présentées, la Cour civile devait constater que la défenderesse entraînait de manière illicite l'accès du demandeur à l'appellation d'origine protégée «L'Etivaz»; elle devait condamner la défenderesse à lui donner accès à sa cave contre rémunération usuelle et, enfin, la condamner à accepter le demandeur en qualité de sociétaire.

La Cour a rejeté les conclusions en constatation de droit au motif que le demandeur, prenant aussi des conclu-

sions en condamnation, n'y avait pas d'intérêt. Elle a condamné la défenderesse à admettre le demandeur au nombre de ses sociétaires; cela fait, elle a rejeté les conclusions tendant à l'accès à la cave, contre rémunération usuelle, au motif qu'elles n'avaient plus d'objet.

La défenderesse ne met pas en doute que sur la base des art. 12 let. a et 13 LCart, le juge saisi puisse contraindre une collectivité - notamment une association ou une société coopérative - à agréer un membre supplémentaire (cf. REYMOND, op. cit., nos 65 et 66 ad art. 13 LCart). Elle fait valoir que parmi plusieurs mesures aptes à faire cesser l'entrave à la concurrence, le juge doit adopter celle qui est le moins préjudiciable à la partie condamnée (REYMOND, loc. cit., n° 15). Elle mentionne l'avis de la Commission de la concurrence selon lequel «une obligation de contracter est envisageable seulement dans des cas extraordinaires». Elle soutient qu'en l'espèce, la Cour civile n'aurait pas dû la condamner à accepter le demandeur au nombre de ses sociétaires, mais seulement à lui donner accès à sa cave contre rémunération usuelle. Elle omet cependant d'expliquer en quoi cette mesure-ci lui serait moins préjudiciable que l'autre, de sorte que la recevabilité de son argumentation est douteuse au regard de l'art. 42 al. 1 et 2 LTF, lequel concerne la motivation des recours adressés au Tribunal fédéral.

En doctrine, l'avis de la Commission est critiqué comme trop restrictif (REYMOND, loc. cit., n° 41). Dans le procès, au plaideur qui se réfère à l'art. 13 let. b LCart et réclame un régime contractuel conforme au marché et aux conditions usuelles de la branche, il incombe de préciser, dans ses conclusions, quelles seront les conditions à imposer à l'adverse partie. Une simple référence aux conditions usuelles est en principe insuffisante; la demande en justice doit indiquer tous les points objectivement essentiels du contrat voulu (REYMOND, loc. cit., n° 52). En l'espèce, devant la Cour civile, le demandeur ne paraît pas avoir présenté des conclusions satisfaisant à cette exigence. La défenderesse s'est opposée à l'action; elle ne paraît pas non plus, et elle ne prétend pas avoir pris des conclusions subsidiaires conformes à cette même exigence. Dans ces conditions, la solution maintenant préconisée par elle, censément commandée par le principe de la proportionnalité, n'entraîne pas en considération car la Cour civile n'avait pas à élucider d'office les conditions usuelles de l'affinage en cave. La défenderesse échoue donc, dans la mesure où sa critique est recevable, à mettre en évidence une application incorrecte de l'art. 13 LCart.

10.

Selon l'art. 12 al. 1 let. b LCart, celui qu'une pratique illicite entrave dans l'accès à la concurrence peut demander en justice la réparation du dommage; cette prétention est soumise aux règles de la responsabilité délictuelle.

La Cour civile alloue au demandeur des dommages-intérêts au total de 26'704.10 fr. en capital, composés de 19'264.60 fr. pour perte de gain et de 7'439.50 fr. pour frais d'avocat avant procès. La Cour juge que si la défenderesse avait dûment accepté le demandeur à titre de sociétaire, celui-ci aurait pu commercialiser sa production des années 2005 et 2006 sous l'appellation pro-

tégée «L'Etivaz». Sur la base de l'expertise judiciaire, la Cour constate une perte de gain correspondant à la différence entre le revenu que cette production aurait apporté au demandeur dans cette hypothèse et le revenu moins élevé qu'elle lui a effectivement apporté.

La défenderesse conteste l'obligation de réparer une perte de gain. Parmi d'autres moyens, elle soutient que la production du demandeur des années 2005 et 2006 ne répondait pas aux exigences du cahier des charges, indépendamment de la capacité insuffisante de la cave d'affinage, et que par conséquent, son adverse partie n'aurait de toute manière pas pu user de l'appellation protégée. Elle conteste ainsi le rapport de causalité entre l'entrave à la concurrence et la perte de gain. Elle se plaint de constatations manifestement inexacts aux termes de l'art. 97 al. 1 LTF.

La Cour civile discute le rapport de causalité dans les termes suivants:

[L'organisme de contrôle a confirmé au demandeur] que pour sa production 2007, seul l'art. 13 du cahier des charges (relatif à l'affinage) n'était pas respecté. Certes, [l'organisme a aussi] indiqué que pour la production 2006, plusieurs exigences du cahier des charges n'étaient pas remplies, sans toutefois préciser lesquelles. Quant à la conformité de la production du demandeur pour 2005, aucune indication ne ressort du dossier. On peut donc admettre, en procédant à un pronostic rétrospectif, que le demandeur, qui était en mesure de fournir une production adéquate, n'a pas pu obtenir l'AOC principalement en raison du comportement anticoncurrentiel de la défenderesse. D'éventuelles imperfections de la production du demandeur pour les années 2005 et 2006 ne modifient en rien cette appréciation; il ne doit pas être reproché au demandeur, qui savait qu'il ne disposerait pas de l'infrastructure nécessaire à l'affinage de ses fromages, d'avoir renoncé à tout mettre en oeuvre pour respecter certaines autres exigences du cahier des charges. L'expert a du reste retenu que, si le demandeur avait pu vendre 13'665 kg de fromage en 2005 et 2006, développer sa propre marque et être toujours présent sur le marché en 2010, soit cinq ans plus tard, c'est que la qualité de ses fromages correspondait à la qualité moyenne de ceux produits par les membres de la défenderesse. La Cour ne constate pas que la production des années 2005 et 2006 fût entièrement conforme aux exigences du cahier des charges, indépendamment de l'art. 13 de ce texte; elle laisse ce point de fait ouvert avec une allusion à « d'éventuelles imperfections ». Elle constate en revanche que « le demandeur était en mesure de fournir une production adéquate », et que si ce producteur a « renoncé à tout mettre en oeuvre » à cette fin, c'est parce qu'il n'avait de toute manière pas accès à une cave adéquate pour l'affinage.

La Cour ne se réfère à aucun élément de preuve topique pour constater que « le demandeur était en mesure de fournir une production adéquate » déjà pendant les années 2005 et 2006. Considérées objectivement, les conjectures que l'expert judiciaire tire de la vente de 13'665 kg de fromage n'autorisent aucune conclusion quant à l'aptitude - hypothétique - du demandeur à satisfaire les exigences spécifiques du cahier des charges pour cette

marchandise. Le contexte n'apporte d'ailleurs aucun indice propre à accréditer cette constatation; il n'a notamment pas été établi que le demandeur fût un producteur de fromage expérimenté déjà avant son arrivée à l'alpage de Têmeley-Aï en avril 2005.

D'après la défenderesse et pour l'année 2005, la constatation critiquée est même démentie par le dossier: c'est seulement au cours de l'été de cette année que le demandeur a acquis certaines des fournitures nécessaires au pré-affinage en chalet qui est prescrit par le cahier des charges. Cela n'est pas contesté dans la réponse au recours.

Il incombait au demandeur de prouver, au moins au degré de la vraisemblance prépondérante, un lien de causalité naturelle entre l'entrave à la concurrence et la perte de gain (cf. ATF 133 III 462 consid. 4.4.2 p. 471). Ce plaideur n'avait apparemment pas cherché à faire certifier sa production de fromage pendant la première année 2005; il a obtenu un rapport défavorable en 2006, puis favorable en 2007. Sous l'angle de la vraisemblance et au regard de l'ensemble des circonstances, le demandeur paraît avoir eu besoin d'une période d'installation et de rodage avant de parvenir, dès 2007, à une production entièrement conforme - hormis la capacité de la cave - au cahier des charges. La constatation opposée de la Cour civile se révèle incompatible avec une appréciation sérieuse et objective des preuves disponibles; par suite, la défenderesse est fondée à se plaindre d'une constatation manifestement inexacte. Faute d'un rapport de causalité, la Cour civile ne pouvait pas allouer la réparation de la perte de gain conformément aux art. 12 al. 1 let. b LCart et 41 CO; sa décision doit être réformée sur ce chef de la contestation.

Il n'est pas nécessaire d'examiner les nombreux griefs que la défenderesse développe de surcroît au sujet du montant de la perte de gain et du devoir de réduire le dommage auquel le demandeur n'a prétendument pas satisfait. Enfin, en tant qu'un comportement illicite lui est imputable, la défenderesse ne met pas en doute son obligation de rembourser les frais d'avocat avant procès.

11.

Aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause; il s'ensuit que l'émolument judiciaire et les dépens doivent être répartis entre elles (art. 66 al. 1 et 68 al. 1 LTF). Au regard des intérêts en présence, trois quarts de ces frais et dépens incombent à la défenderesse et un quart au demandeur. Arrêtés à 7'200 fr. pour chaque partie, les dépens sont compensés à due concurrence.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.

Le recours est partiellement admis, dans la mesure où il est recevable, et la décision attaquée est réformée en ce sens que:

- La défenderesse est condamnée à admettre le demandeur en qualité de sociétaire;
- La défenderesse est condamnée à payer au demandeur 7'439.50 fr. avec intérêts au taux de 5 % par an dès le 19 juin 2007.

2.

Les parties acquitteront un émolument judiciaire de 6'000 fr., à raison de 4'500 fr. à la charge de la défenderesse et de 1'500 fr. à la charge du demandeur.

3.

La défenderesse versera une indemnité de 3'600 fr. au demandeur, à titre de dépens.

4.

La cause est renvoyée à l'autorité précédente pour statuer à nouveau sur les frais et dépens de l'instance cantonale.

5.

Le présent arrêt est communiqué aux parties et au Tribunal cantonal du canton de Vaud.

E
Diverses
 Divers
 Diversi

E **1. Gutachten der Wettbewerbskommission vom 22. April 2013 für das Regionalgericht Bern-Mittelland in Sachen Käser [...] als Kläger gegen den Verein Emmentaler Switzerland (ES) als Beklagter**

Gutachten der Wettbewerbskommission vom 22. April 2013 gemäss Art. 15 Abs. 1 KG für das Regionalgericht Bern-Mittelland in Sachen Käser [...] als Kläger gegen den Verein Emmentaler Switzerland (ES) als Beklagter.

A. Sachverhalt

1. Gestützt auf die Unterlagen, die das Regionalgericht Bern-Mittelland der Wettbewerbskommission (nachfolgend WEKO) eingereicht hat, ergibt sich folgender Sachverhalt: Der Kläger betreibt die Käserei [...] und verarbeitet jährlich eine Milchmenge von ca. [...] Millionen Kilogramm. Er ist Mitglied von Emmentaler Switzerland.

2. Emmentaler Switzerland (ES; nachfolgend Beklagter) ist ein Verein gemäss Art. 60 ff. ZGB¹ mit Sitz in Bern und eine Branchenorganisation im Sinne von Art. 8 LwG². Gemäss seinen Statuten bezweckt er, den Emmentaler AOC als traditionelle Schweizer Käsespezialität zu erhalten und die wirtschaftliche und qualitativ hochstehende Herstellung und Reifung des Emmentaler AOC sowie dessen Verkauf zu fördern. Dies tut er insbesondere durch

- Schaffung von Leitideen für das Produkt Emmentaler AOC;
- Festlegung und Umsetzung einer gemeinsamen Markenpolitik;
- Durchführung des Herkunftsschutzes gemäss Landwirtschaftsgesetz;
- Bestimmung der Qualitätsziele und –anforderungen;
- Überwachung und Förderung der Qualität;
- Öffentlichkeitsarbeit und gemeinsame Absatzförderung;
- Treuhänderische Bewirtschaftung der Produktion Emmentaler AOC zu Handen ihrer Mitglieder;
- Unterstützung bei der Schaffung optimaler Strukturen und Verhaltensweisen der Beteiligten.

3. Des Weiteren vertritt der Beklagte die Interessen seiner Mitglieder bzw. der ihm angeschlossenen Milchproduzenten, Milchverarbeiter und Käseerfassungs- und Handelsunternehmen, insbesondere bei der Ausgestaltung der politischen, rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen. Er koordiniert die Produktions- und Verkaufsmengen sowie die Verkaufs- und Preispolitik bis und mit Reifung, schafft einen Fonds zur Finanzierung

gemeinsamer Aufgaben und wahrt gegenüber seinen Mitglieder den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität. Gemäss Statuten übt der Beklagte keine kommerzielle Tätigkeit aus, kann sich aber an Unternehmen beteiligen, wenn diese kommerzielle Tätigkeiten in seinem Interesse wahrnehmen.

4. Die erwähnte Koordination der Produktions- und Verkaufsmengen ist im Reglement Emmentaler Switzerland geregelt (in der hier relevanten Fassung „Ab Produktion 1. Mai 2010“; nachfolgend Reglement ES). Darin ist vorgesehen, dass der Vorstand die Gesamtproduktionsmenge Emmentaler AOC der Mitglieder pro Produktionsjahr jeweils bis Ende Februar festlegt (Art. 1 Abs. 1 Reglement ES). In Anhang 1 des Reglements ES hat die Delegiertenversammlung Richtlinien für die Tätigkeiten des Vorstands vorgesehen. Darin ist eine jährliche Gesamtmenge Emmentaler AOC von 32'000 Tonnen vorgesehen, die nach einem im Reglement ES vorgesehenen Verteilschlüssel auf die einzelnen Mitglieder mit Produktionsstätten aufgeteilt wird.

5. Gemäss Art. 7 Abs. 3 des Reglements ES dürfen Händler und Käsehersteller ab dem 1. Mai 2009 keinen anderen Grosslochkäse (nebst Emmentaler AOC) schwerer als 15 kg handeln bzw. produzieren. Es sind allerdings sechs Ausnahmen vorgesehen.³ Ausnahmen bedürfen einer Bewilligung der Geschäftsstelle des Beklagten und müssen klare Abgrenzungskriterien bezüglich Verpackung und Auslobung erfüllen.

6. Am 15. März 2011 teilte der Beklagte dem Kläger mit, dass er gegen sein Regelwerk verstossen habe, indem er in der Zeit vom 1. Oktober 2010 bis 31. Januar 2011 ohne Bewilligung [...] Laibe mit einem Gesamtgewicht von [...] kg Grosslochkäse, resp. übrige Hartkäse produziert habe. Dieses Vorgehen stelle eine Widerhandlung gegen Art. 7 Abs. 3 des Reglements ES dar, weshalb der Vorstand am 7. Februar 2011 beschlossen habe, ihn mit CHF 3.- pro Kilogramm, also insgesamt CHF [...], zu sanktionieren.

¹ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210).

² Bundesgesetz vom 29. April 1998 über die Landwirtschaft (Landwirtschaftsgesetz, LwG; SR 910.1).

³ Pasteurisierter Switzerland Swiss; Switzerland Swiss aus Rohmilch oder thermisierter Milch, sofern dieser Schmelzwerken zugeführt wird; nach Pflichtenheft Emmentaler hergestellte Schmelzrohware; unterfette und überfette Käse; Marken-Produkte, die sich seit dem 6. Oktober 2006 (Einführung AOC) ununterbrochen auf dem Markt befinden; zu Klasse 2 deklassierter Emmentaler von Nicht-Mitgliedern, sofern dieser Schmelzwerken zugeführt wird.

7. Am 13. April 2011 leitete der Kläger einen Zivilprozess gegen den Beklagten ein und beantragte, der genannte Vereinsbeschluss vom 7. Februar 2011 sei nichtig zu erklären bzw. aufzuheben. Als Begründung brachte er vor, dass insbesondere das Verbot der Herstellung von anderen Grosslockkäsen als Emmentaler AOC gemäss Art. 7 Abs. 3 des Reglements ES gegen Art. 5 Abs. 3 KG⁴ verstosse und deshalb nichtig sei.

8. Der Beklagte beantragte die Abweisung der Klage. Einerseits sei der Beklagte gar kein Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes und andererseits stelle das Verbot, Emmentaler ähnlichen Käse herzustellen, keine Verletzung des Kartellgesetzes dar, weil es gestützt auf Art. 3 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 8 Abs. 1 LwG vom Geltungsbereich des Kartellgesetzes ausgenommen sei.

9. Am 7. Dezember 2012 legte das Regionalgericht Bern-Mittelland der WEKO eine Gutachtensanfrage mit 11 Fragen vor.

B. Verfahren und Vorgehen der WEKO gemäss Art. 15 KG

10. Das Verhältnis zwischen dem zivil- und verwaltungsrechtlichen Verfahren ist im KG nur in den Grundzügen geregelt. Daher verabschiedete die WEKO (nach Rücksprache mit dem Bundesgericht und den kantonalen Gerichten) Grundsätze zuhanden der kantonalen Zivilgerichte.⁵

11. Aus diesen Grundsätzen geht hervor, dass das Gesuch um Erstellung eines Gutachtens gemäss Art. 15 KG eine bereinigte Darstellung des Sachverhalts, klar formulierte Fragen und, sofern nötig, sämtliche Zusatzinformationen, die für die Beantwortung der gestellten Fragen erforderlich sein könnten, zu enthalten hat.⁶ Das Gutachten wird einzig aufgrund des vom Gericht vorgelegten Sachverhalts abgegeben, und bei ungenügender Sachverhaltsdarstellung sind im Gutachten entsprechende Vorbehalte anzubringen.⁷

12. Das Gutachten basiert auf den vom Regionalgericht Bern-Mittelland zugestellten Prozessakten. Diese bestehen insbesondere aus der Klage, der Klageantwort, den Statuten des Beklagten (Fassung vom 18. April 2008) und dem Reglement ES (Ab Produktion 1. Mai 2009).

13. Allein aufgrund dieser Akten lassen sich indes nicht alle aufgeworfenen Fragen abschliessend bzw. ohne Vorbehalte beurteilen. Im Gutachten wird deshalb ebenfalls auf die Praxis der Wettbewerbsbehörden verwiesen.

C. Beantwortung der Fragen

1. Stellt der Beklagte als Sortenorganisation ein „Unternehmen“ gemäss Art. 2 KG dar?

14. Das 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). Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG).

15. Der Geltungsbereich des Kartellgesetzes ist weit gefasst: „Es werden sämtliche Formen unternehmeri-

scher Tätigkeit vom Gesetz erfasst, sofern sich daraus eine Wettbewerbsbeschränkung ergeben kann.“⁸ So erfasst der Geltungsbereich des KG diejenigen Marktteilnehmer, die sich – sei es als Anbieter oder Nachfrager – selbständig als Produzenten von Gütern und Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen.⁹

16. In der Vergangenheit haben die Wettbewerbsbehörden in Fällen, in welchen mögliche Kartellrechtsverstösse von Unternehmensvereinigungen (Verein oder Genossenschaft) ohne eigene wirtschaftliche Tätigkeit auf dem relevanten Markt zu beurteilen waren, meistens lediglich deren Mitglieder als Unternehmen betrachtet.¹⁰ Dabei wurde in der Regel nicht explizit darauf hingewiesen, dass die Unternehmensvereinigung selbst nicht als Unternehmen gelten könne.¹¹ So ist das Sekretariat der WEKO (nachfolgend Sekretariat) auch in einer Vorabklärung vorgegangen, in welcher eine Abrede zwischen den Mitgliedern des Beklagten zu prüfen war: Es kam zum Schluss, dass die Mitglieder des Beklagten Unternehmen seien, ohne sich zur Unternehmensqualität des Beklagten selbst zu äussern.¹²

17. Auch in der Literatur wird dafür plädiert, Unternehmensvereinigungen ohne eigene wirtschaftliche Tätigkeit auf dem relevanten Markt nicht als Unternehmen zu betrachten.¹³

⁴ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

⁵ RPW 1997/4, 593 ff, *Die Beziehungen zwischen den Zivilgerichten und der Wettbewerbskommission*; RPW 1998/4, 621 ff, *Grundsätze zu Gutachten nach Art. 15 Abs. 1 Kartellgesetz*.

⁶ RPW 1997/4, 595 Rz 9, *Die Beziehungen zwischen den Zivilgerichten und der Wettbewerbskommission*.

⁷ RPW 1998/4, 621 Rz 3, *Grundsätze zu Gutachten nach Art. 15 Abs. 1 Kartellgesetz*.

⁸ Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468, 533.

⁹ Vgl. Botschaft zum Kartellgesetz vom 23. November 1994, S. 66 ff. des Separatdrucks.

¹⁰ Siehe z.B. RPW 1997/4, 483 Rz 10, *Privattarif der Ärztesgesellschaft des Kantons Bern oder RPW 2000/2, 172 27, Des tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise des écoles de circulation (AFEC)*.

¹¹ Siehe z.B. RPW 2012/3, 659 Rz 26, *Recommandations tarifaires de l'Union suisse des professionnels de l'immobilier – Section Neuchâtel*. Anders im Fall RPW 2003/1, 91 Rz 20, *VSW-Aufnahmebedingungen*: „Zunächst ist anzumerken, dass der VSW nicht auf dem nachfolgend abgegrenzten Markt als Anbieter oder Nachfrager von Gütern oder Dienstleistungen auftritt und somit nicht als Unternehmen im Sinne von Artikel 2 KG zu qualifizieren ist. Als Unternehmen im Sinne des KG sind deshalb dessen Mitglieder zu betrachten, was der Praxis der Wettbewerbskommission und dessen Sekretariat entspricht.“

¹² RPW 2002/3, 426 Rz 8, *Interprofession Emmentaler*.

¹³ Nach TAGMANN/ZIRLICK lässt es das Schweizer Recht – im Gegensatz zum europäischen Wettbewerbsrecht – nicht zu, Unternehmensvereinigungen zu sanktionieren, wenn diese nicht (wie ihre Mitglieder) ebenfalls unternehmerisch tätig oder nicht direkt an einer Wettbewerbsbeschränkung beteiligt gewesen seien, wobei offen bleibt, welche Sachverhalte unter die „direkte Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung“ subsumiert werden können (CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 49a KG N 99). Es lassen sich aber auch weniger apodiktische Voten finden: «Les associations et autres groupements d'entreprises ne sont des entreprises, selon la pratique de la Comco, en principe que s'ils interviennent directement sur le marché pour vendre, acheter ou distribuer des biens ou services» (VINCENT MARTENET/PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (Hrsg.), 2. Auflage, 2012, Art. 2 KG N 27).

18. Es gibt aber auch Fälle, in welchen die Wettbewerbsbehörden Unternehmensvereinigungen als Unternehmen qualifiziert haben, obwohl sie – soweit aus dem Sachverhalt ersichtlich – keine eigene wirtschaftliche Tätigkeit auf dem relevanten Markt ausübten.¹⁴ So hat die WEKO in einem früheren (nicht publizierten) Gutachten sowohl den Beklagten als auch seine Mitglieder als Unternehmen qualifiziert, ohne allerdings näher auf die Tätigkeiten des Beklagten oder den Unternehmensbegriff einzugehen.¹⁵ Zum gegenteiligen Schluss kam der Gerichtspräsident 1 des Gerichtskreises VIII Bern-Lauben in einem zivilrechtlichen Urteil vom 9. März 2009, bei welchem ebenfalls ein Beschluss des Beklagten zur Diskussion stand. Der Beklagte erfülle die Voraussetzungen für die Qualifikation als Unternehmen nicht, da er selber keine Waren anbiete und Dienstleistungen lediglich gegenüber seinen Mitgliedern erbringe. Das Obergericht des Kantons Bern bestätigte diesen Entscheid mit Urteil vom 16. Juni 2009, wobei es nicht auf die Unternehmensqualität des Beklagten einging, sondern lediglich darauf hinwies, dass vorliegend eine „kartellrechtlich unbedenkliche Mengensteuerung vorliege“. Weder der Gerichtspräsident 1 noch das Obergericht hatten bei der WEKO ein Gutachten eingeholt.

19. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass gemäss einer kürzlich ergangenen Verfügung der WEKO auch die Erbringung von Dienstleistungen eines Vereins für seine Mitglieder als Beteiligung am Wirtschaftsprozess gelten kann.¹⁶

20. Für den hier vorliegenden Fall ergibt die Anwendung der genannten Bestimmungen und der dazu ergangenen Praxis folgendes: Der Beklagte ist ein Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB und eine Branchenorganisation gemäss Landwirtschaftsgesetz.¹⁷ Er tritt nicht direkt als Anbieter oder Nachfrager im Wirtschaftsprozess auf, trifft aber insbesondere Massnahmen zur Regelung der zu produzierenden Emmentalermenge seiner Mitglieder und erbringt Dienstleistungen für seine Mitglieder.

21. Die Entscheidung über die Produktionsmenge der Mitglieder beeinflusst einen zentralen Bereich der unternehmerischen Tätigkeit dieser Mitglieder. Ein Mengenregime wie es der Beklagte betreibt, erschöpft sich nicht in der Interessenvertretung für die Mitglieder, sondern bestimmt deren unternehmerische Tätigkeit entscheidend mit. Zwar produziert der Beklagte selbst keine Käse, doch entscheidet er über die Produktionsmenge seiner Mitglieder und übt dadurch indirekt eine unternehmerische Tätigkeit aus. Zudem erbringt der Beklagte Dienstleistungen für seine Mitglieder. Es ergibt sich somit, dass der Beklagte ein Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes darstellt. Das Gleiche gilt unbestrittenmassen auch für die Mitglieder des Beklagten, die in den Bereichen Milchproduktion, Käseherstellung und/oder Reifung/Handel tätig sind.

2. Untersteht der Beklagte als „Sortenorganisation“ somit grundsätzlich dem Kartellgesetz?

22. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass der Beklagte somit grundsätzlich dem Kartellgesetz untersteht (Art. 2 KG).

3. Fällt das Reglement ES grundsätzlich unter den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes?

23. Wie bereits erwähnt, gilt das Kartellgesetz für Unternehmen, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG).

24. Reglemente des Beklagten werden von seinem Vorstand erlassen (Art. 16 Bst. d der Statuten). Der Vorstand besteht aus 9 oder 12 Mitgliedern (plus Präsident), wobei jede Mitgliedergruppe (Milchproduzenten, Käsehersteller, Reifung/Handel) Anrecht auf die gleiche Anzahl, jedoch mindestens drei Sitze hat (Art. 14 der Statuten). Der Vorstand fasst seine Beschlüsse mit einfachem Mehr auf allen drei Stufen (Milchproduzenten, Käsehersteller, Reifung/Handel). Die Beschlussfassung setzt somit voraus, dass die Mehrheit der Mitglieder des Vorstandes (die gleichzeitig Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes sind) übereinstimmt. Zentraler Bestandteil des Reglements ES bildet die Regelung der zu produzierenden Emmentalermenge.

25. Das Reglement ES stellt somit eine Vereinbarung zwischen mindestens zwei Unternehmen dar. Mit ihm wird die Produktionsmenge gesteuert, womit zweifelsohne eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt wird. Das Reglement ES erfüllt also die Tatbestandselemente der Abrede und fällt grundsätzlich – unabhängig davon, ob der Beklagte selbst ebenfalls als Unternehmen zu qualifizieren ist – unter den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes. Ob dieser Grundsatz für einzelne Bestandteile des Reglements ES gestützt auf die Ausnahmebestimmung gemäss Art. 3 KG nicht gilt, wird nachfolgend geklärt.

¹⁴ Siehe z.B. RPW 2001/1, 110 Rz 1 und 111 Rz 9, *Chambre genevoise de l'étanchéité et de l'asphaltage* (CGE): „La CGE ainsi que ses entreprises membres tombent ainsi dans le champ d'application de la LCart.“

¹⁵ Gutachten der WEKO vom 27. September 2004, Rz 7: „Sowohl ES als auch deren Mitglieder (...) sind als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren.“

¹⁶ RPW 2012/4, 823 Rz 42 ff., *Vertrieb von Musik*.

¹⁷ Als Branchenorganisation gilt der Zusammenschluss von Produzenten und Produzentinnen einzelner Produkte oder Produktgruppen mit den Verarbeitern und gegebenenfalls mit dem Handel (Art. 8 Abs. 2 LwG).

- 4.1 Bietet Art. 8 Abs. 1 LwG eine genügende Grundlage, um das Reglement ES (Antwortbeilage 5) und insbesondere die darin enthaltene Mengensteuerung im Sinne eines Vorbehalts gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a KG von der Anwendbarkeit des KG auszunehmen?**
- 4.2 Bietet Art. 8 Abs. 1 LwG eine genügende Grundlage, um die Regelung in Art. 7 Abs. 3 des Reglements ES (Antwortbeilage 5) und insbesondere die darin enthaltene Regulierung von Handel bzw. Produktion von Grosseilchkäse im Sinne eines Vorbehalts gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a KG von der Anwendbarkeit des KG auszunehmen?**

26. Einleitend ist festzuhalten, dass sich Art. 8 Abs. 1 LwG nur auf Produkte oder Produktgruppen beziehen kann, für welche sich eine Produzenten- oder Branchenorganisation zusammengeschlossen hat (vgl. Art. 8 Abs. 2 LwG). Andere Produkte fallen grundsätzlich ausser Betracht.¹⁸ Eine Einschränkung der Produktion von anderen Grosseilchkäsen nebst Emmentaler gemäss Frage 4.2 kann allenfalls dann unter den Vorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 1 KG fallen, wenn sie nötig ist, um ein zulässiges Mengenregime durchzusetzen. Deshalb ist zunächst zu prüfen, ob die Mengensteuerung gemäss Frage 4.1 zulässig ist oder nicht.

27. Art. 3 Abs. 1 KG regelt das Verhältnis zwischen dem Kartellgesetz und anderen Rechtsvorschriften. Gestützt darauf sind Vorschriften vorbehalten, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen den Wettbewerb nicht zulassen. Dazu gehören insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Bst. a) oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Bst. b). Art. 3 Abs. 1 KG gilt seit dem 1. Februar 1996 unverändert.

28. Gemäss der Botschaft zum KG 1995 kann der Gesetzgeber in das freie Spiel von Angebot und Nachfrage eingreifen, wenn der Markt als Regelsystem der Wirtschaftsbeziehungen seine Funktionen nicht oder nicht hinlänglich zu erfüllen vermag. Diese Problematik könne sich für öffentliche Güter stellen, aber auch in Fällen, in denen das Marktsystem nicht in der Lage sei, höherstehenden Interessen Rechnung zu tragen (z.B. Gerechtigkeits- oder Verteilungsüberlegungen). Diese angesprochenen Bereiche des Marktversagens würden vielschichtige Problemlagen aufzeigen, für welche unterschiedliche gesetzgeberische Lösungsansätze zur Verfügung stünden. Die Intensität des Marktversagens und seine Gewichtung sollten dabei für den Gesetzgeber Leitbild sein, um differenzierte Lösungen zu entwickeln. So könne es sich aufdrängen, für den gesamten vom Marktversagen betroffenen Bereich eine staatliche Markt- oder Preisordnung zu erlassen, welche anstelle des freien Spiels von Angebot und Nachfrage die Allokationsfunktionen zwischen den interessierten Wirtschaftsteilnehmer erfülle. Die politische Gewichtung des betroffenen Bereichs könne jedoch auch nur punktuelle staatliche Intervention notwendig machen, indem es zur Lösung der Marktversagensproblematik genügen könne, dass einzelnen Wirtschaftsteilnehmern (Unternehmen) besondere Rechte zugesprochen würden, damit die

anstehenden öffentlichen Aufgaben erfüllt werden könnten.¹⁹

29. Die Wettbewerbsbehörden greifen diese Darlegungen auf, wobei sie nicht zwischen zwei Formen von Marktversagen unterscheiden, sondern zwischen Marktversagen und Verteilungsproblemen als unterschiedliche Kategorien: So wurde gesagt, dass es in Art. 3 KG um die Frage gehe, inwieweit das Kartellgesetz auf Wirtschaftsbereiche Anwendung finden könne, in denen der Staat mittels öffentlich-rechtlicher Vorschriften die Wettbewerbsfreiheit ganz oder teilweise aufgehoben habe, weil im betreffenden Bereich das Regelsystem „Markt“ seine Funktionen nicht oder nicht genügend zu erfüllen vermöge (Marktversagen) oder weil es zu sozial unerwünschten Verteilungen führe (Verteilungsprobleme).²⁰

30. Weiter haben die Wettbewerbsbehörden darauf hingewiesen, dass ein Vorbehalt in Bezug auf einen bestimmten Markt nur angenommen werden könne, wenn sich die Schaffung einer ganzheitlichen Markt- und Preisordnung feststellen lasse. In allen übrigen Fällen beschränke sich der Vorbehalt auf die Zuweisung bestimmter öffentlicher Aufgaben an einen bestimmten Unternehmensträger, der zur Erfüllung dieser Aufgaben mit besonderen Rechten ausgestattet sei.²¹

31. Das Bundesgericht erachtete es als verfassungskonform, Ausnahmen vom Wettbewerbsprinzip nur zurückhaltend anzunehmen. Von einer Ausnahme könne ausgegangen werden, wenn eine klare gesetzliche Grundlage vorliege, die ein wettbewerbsausschliessendes Verhalten anordne oder zulasse.²² Zum Teil war das Bundesgericht aber auch sehr grosszügig bei der Annahme eines Vorbehalts nach Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG.²³

32. Auch in der Literatur wird darauf hingewiesen, dass der Ausgangspunkt für die Schaffung wettbewerbsausschliessender Vorschriften jeweils sei, dass von einem Marktversagen ausgegangen werde. Mit Blick auf die verfassungsmässigen Vorgaben sei interventionistischen Vorschriften nur mit Zurückhaltung ein wettbewerbsausschliessender Charakter zuzubilligen. Wie weit ein Wettbewerbsausschluss reiche, müsse durch Gesetzesauslegung ermittelt werden, wobei die Annahme, dass der Markt in einem bestimmten Bereich als Regelsystem versage, politischer Natur sei. Die rechtsanwendenden Behörden hätten deshalb nicht zu prüfen, ob ein Marktversagen tatsächlich gegeben und wissenschaftlich nachweisbar sei. Dies schliesse allerdings nicht aus, dass das Marktversagen, um dessen Korrektur es gehe,

¹⁸ Vgl. RPW 2002/3, 428 Rz 13 b), *Interprofession Emmentaler*.

¹⁹ Siehe zum Ganzen: Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), BBl 1995 I 468, 537 ff.

²⁰ RPW 2012/4, 868 Rz 51 m.w.H., *Schweizerische Post/La Poste*.

²¹ RPW 2005/3, 459 Rz 14, *Reorganisation des Biomilchmarktes*.

²² BGE 129 II 497, E. 3.3.3, wobei gemäss E. 3.3.2 bei gewissen gesetzlichen Bestimmungen auch ein impliziter Wettbewerbsausschluss genügen könne, nämlich dann wenn die gesetzliche Bestimmung zu einer Zeit erlassen wurde, in welcher sich das Wettbewerbsrecht (noch) nicht auf diese staatliche Aktivitäten angewendet habe.

²³ BGer 4C.57/2006 vom 20. April 2006, E. 2.1 ff.

im Einzelfall ein Bezugspunkt für die teleologische Auslegung der betreffenden Regelung sein könne. Aus Art und Intensität dieses Marktversagens würden sich dann Hinweise darauf ergeben, wieweit im Hinblick auf die Erreichung der gesetzgeberischen Ziele der Ausschluss des Wettbewerbs erforderlich sei. Dabei sei es wichtig, die Deregulierungsfunktion des Kartellgesetzes im Auge zu behalten und die Ausschaltung des Wettbewerbsprinzips durch abweichende Vorschriften gestützt auf eine genaue Analyse des Zwecks dieser Vorschriften soweit wie möglich einzugrenzen. Schliesslich wird darauf hingewiesen, dass der in Abs. 1 des Art. 3 KG verwendete Ausdruck „insbesondere“ zwar darauf hindeute, dass der Aufzählung der Ausnahmefälle kein abschliessender Charakter zukomme. Ob allerdings weitere Ausnahmen denkbar seien, sei fraglich.²⁴

33. Art. 8 Abs. 1 LwG steht unter der Überschrift „Selbsthilfe“ und bestimmt in Abs. 1, dass die Förderung der Qualität und des Absatzes sowie die Anpassung der Produktion und des Angebotes an die Erfordernisse des Marktes Sache der Organisationen der Produzenten und Produzentinnen oder der entsprechenden Branchen sind. Als Branchenorganisation gilt der Zusammenschluss von Produzenten und Produzentinnen einzelner Produkte oder Produktgruppen mit den Verarbeitern und gegebenenfalls dem Handel. Der Beklagte erfüllt und erfüllte im fraglichen Zeitraum die Voraussetzungen einer Branchenorganisation.²⁵ Art. 8 Abs. 1 LwG gilt seit seiner Einführung per 1. Januar 1999 unverändert. In der dazugehörigen Botschaft kommt nicht explizit zum Ausdruck, dass Art. 8 Abs. 1 LwG eine Ausnahme zum Kartellgesetz begründen soll.²⁶ Darauf wird erst in der Botschaft zur Agrarpolitik 2007 hingewiesen: „Mit dem neuen LwG sind horizontale und vertikale Zusammenschlüsse an die Stelle der staatlichen Garantien getreten. Diese erwünschten Entwicklungen sollen insbesondere angesichts der bestehenden asymmetrischen Marktstrukturen nicht unterbunden werden. Landwirtschaftsrechtliche Selbsthilfemassnahmen der Produzenten- oder Branchenorganisationen sollen deshalb nicht als wettbewerbsrechtliche Verstösse im Sinne des Kartellgesetzes geahndet werden.“²⁷

34. Im bereits erwähnten (nicht publizierten) Gutachten der WEKO vom 27. November 2004 wurde festgehalten, dass sich die vom Beklagten zentral organisierte Anpassung der Produktion und des Angebotes an die Erfordernisse des Marktes nur dadurch verwirklichen lasse, dass den einzelnen Marktteilnehmern die zu produzierende Menge vorgeschrieben werde. Es sei davon auszugehen, dass es Absicht des Gesetzgebers gewesen sei, in diesem konkreten Bereich Wettbewerb nicht zuzulassen.²⁸ Bezüglich der fix vorgeschriebenen Produktionsmenge bestehe somit ein Vorbehalt nach Art. 3 Abs. 1 KG. Das Sekretariat entschied in der bereits zitierten Vorabklärung „Interprofession Emmentaler“ ebenfalls in diesem Sinne.

35. Zum gleichen Schluss kam das Bundesgericht in einem ebenfalls den Beklagten betreffenden Fall über die Bezahlung von Produktebeiträgen: „Selbsthilfemassnahmen wie die Absatzförderung oder die Anpassung von Produktion oder Angebot betreffen wirtschaftlich grundlegende Elemente eines Marktes und sind daher grundsätzlich gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG vom Gel-

tungsbereich des Kartellgesetzes ausgenommen.“²⁹ Das Bundesgericht schützte deshalb den Schluss der Vorinstanz, das Kartellgesetz auf den vorliegenden Fall nicht anzuwenden, wobei dieser Schutz nicht zuletzt auf die fehlende Begründung der gegen dieses Vorgehen gerichteten Rüge zurückzuführen war. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die in diesem Fall streitigen Beitragszahlungen gestützt auf Art. 9 LwG vom Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt worden waren.

36. Diese eher grosszügige Annahme eines Vorbehalts gegenüber dem Kartellgesetz wurde in der Folge sowohl in der Praxis wie auch in der Literatur relativiert. So plädierte das Sekretariat in der Vorabklärung „Reorganisation des Biomilchmarktes“ für eine einzelfallweise Prüfung von vorbehaltenen Vorschriften. Es wies zu Recht darauf hin, dass der Gesetzgeber mit der Liberalisierung der Agrarmärkte das Ziel verfolgte, in diesen Bereichen Wettbewerb zuzulassen.³⁰ Dies kommt in der Botschaft zum LwG klar zum Ausdruck, wenn gesagt wird, dass im Zentrum der Reform die marktwirtschaftliche Erneuerung zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit des gesamten Ernährungssektors stehe.³¹

37. Auch in der Literatur wird eine Prüfung von vorbehaltenen Vorschriften im Einzelfall vorgeschlagen, weil Art. 8 LwG sehr generell gehalten sei.³² Im Zusammenhang mit der Möglichkeit des Bundesrates, Mengenkontingentierungen von Produzentenorganisation zur Verhinderung der Trittbrettfahrerproblematik allgemeinverbindlich zu erklären, wird auf die Gefahr hingewiesen, dass dadurch ein privatrechtliches Mengenregime wieder zu einem staatlichen mutiere und so durch die Hintertüre ein abgeschafftes Regelungssystem wieder eingeführt werde.³³ Wenn Branchen- oder Produzentenorganisationen einen Markt weitgehend auf sich vereinigen, kann diese Gefahr auch ohne die Erklärung der Allgemeinverbindlichkeit entstehen. Es muss deshalb eine Analyse der Wettbewerbsverhältnisse im konkreten Fall vorgenommen werden.

38. Es erscheint kaum möglich, Art. 8 Abs. 1 LwG unter Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG zu subsumieren. Dieser Artikel des Landwirtschaftsgesetzes überträgt die Ausrichtung der Produktion und des Absatzes auf die Erfordernisse

²⁴ Siehe zum Ganzen: Peter Münch, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 3 KG N 3 ff.

²⁵ Vgl. RPW 2002/3, 427 Rz 11 ff., *Interprofession Emmentaler*.

²⁶ Botschaft vom 26. Juni 1996 zur Reform der Agrarpolitik: Zweite Etappe (Agrarpolitik 2002), BBl 1996 IV 1, 98.

²⁷ Botschaft vom 29. Mai 2002 zur Weiterentwicklung der Agrarpolitik (Agrarpolitik 2007), BBl 2002 4721, 4762.

²⁸ Gutachten der WEKO vom 27. September 2004, Rz 14.

²⁹ BGer 4C.57/2006 vom 20. April 2006, E. 2.1 ff.

³⁰ RPW 2005/3, 459 Rz 13, *Reorganisation des Biomilchmarktes*.

³¹ Botschaft vom 26. Juni 1996 zur Reform der Agrarpolitik: Zweite Etappe (Agrarpolitik 2002), BBl 1996 IV 1, 6.

³² OLIVER SUTTER, Von der staatlichen Marktordnung zur privaten Absatzorganisation in der Landwirtschaft – Kartellrechtliche Aspekte, in: Blätter für Agrarrecht, 2006, 116; Patrik Ducrey, Marktmacht und schweizerische Landwirtschaft – Kartellrecht als Korrektiv?, in: Blätter für Agrarrecht 2008, 129.

³³ ROLAND NORER, Alternative: Private Mengensteuerung? Erzeugerorganisationen und Allgemeinverbindlichkeit, in: Milchkontingentierungsrecht zwischen Aufhebung und Transformation, Roland Norer (Hrsg.), 245.

des Marktes den Produzenten- und Branchenorganisationen. Darunter kann allenfalls eine Mengenregelung fallen, die auch den Preis beeinflussen dürfte. Die ändert aber nichts daran, dass die Festlegung der Preise nicht unter Art. 8 LwG fällt und gestützt auf Art. 8a LwG (Richtpreise) gar explizit verboten ist. So weitreichend eine Mengenregelung auch sein mag, als *umfassende* Marktordnung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG kann sie nicht gelten.

39. Ebenso wenig kann Art. 8 Abs. 1 LwG als Vorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG verstanden werden. Mit der Landwirtschaftspolitik sollte die Landwirtschaft auf den Markt ausgerichtet werden. Die Organisation des Marktes stellt deshalb gerade keine öffentliche Aufgabe mehr dar.

40. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Gesetzgeber einerseits anerkennt, dass das Kartellgesetz in gewissen Fällen nicht zur Anwendung gelangen soll. Hierfür hat er Art. 3 Abs. 1 KG geschaffen, den er allerdings eher restriktiv ausgestaltet hat. So scheint er einen Vorbehalt nur für Fälle zu akzeptieren, in welchen ein Marktversagen vorliegt und als Abhilfe entweder eine umfassende Marktordnung geschaffen wird (Bst. a) oder ein Unternehmen zur Erfüllung von öffentlichen Aufgaben mit entsprechenden Rechten ausgestattet wird (Bst. b).

41. Andererseits steht fest, dass der Gesetzgeber mit der Agrarpolitik zwar beabsichtigt, die Landwirtschaft auf den Wettbewerb auszurichten, die Planung von Produktion und Absatz in gewissen Fällen aber nicht vollumfänglich den kartellrechtlichen Bestimmungen unterstellen will. Dies kommt in der Botschaft zur Agrarpolitik 2007 klar und explizit zum Ausdruck. Hierfür hat er mit Art. 8 LwG eine sehr pauschale Formulierung gewählt, die nicht in das Raster von Art. 3 Abs. 1 KG passt.³⁴

42. Daraus den Schluss zu ziehen, es könne gar keine Ausnahme vom Kartellgesetz angenommen werden, erscheint genauso unzulässig, wie auf eine generelle Ausnahme sämtlicher Mengenabreden von Produzenten- oder Branchenorganisationen zu schliessen. Es bleibt somit nichts anderes übrig, als im Einzelfall zu prüfen, ob eine Mengenbeschränkung wenigstens noch ein gewisses Mass an Wettbewerb zulässt. Dabei dieselben Kriterien anzuwenden wie im Kartellrecht (Beseitigung oder erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs) kommt allerdings nicht in Frage, da dies Art. 8 LwG den Charakter einer vorbehaltenen Vorschrift vollumfänglich absprechen würde.

43. Die Antwort auf Frage 4.1 lautet somit, dass Art. 8 Abs. 1 LwG keine genügende gesetzliche Grundlage bildet, um das Reglement ES oder auch nur Teile davon ohne Berücksichtigung des konkreten Falles von der Anwendung des Kartellgesetzes auszunehmen. Um diese einzelfallweise Prüfung vorzunehmen, muss zunächst der Markt abgegrenzt werden.

44. Daraus folgt, dass auch die Regelung in Art. 7 Abs. 3 des Reglements ES nicht ohne Berücksichtigung des konkreten Falls als Grundlage für einen Ausnahmetatbestand nach Art. 3 Abs. 1 KG betrachtet werden kann (Frage 4.2).

5. Welches ist der für schweizerischen Grosslochkäse der Sorte Emmentaler sachlich, örtlich und zeitlich relevante Markt?

45. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszweckes als substituierbar angesehen werden.³⁵

46. Die Wettbewerbsbehörden unterteilen den Käsemarkt praxisgemäss in die fünf Produktgruppen Frischkäse, Weichkäse, Halbhartkäse, Hartkäse und Schmelzkäse, welche sie jeweils wiederum in die Produktstufen Produktion, Affinage (nur Halbhart- und Hartkäse), Konfektionierung (bei Schmelzkäse nicht vorhanden) und Vertrieb unterteilen.³⁶ Sie haben dabei offengelassen, ob die Affinage von Halbhart- und Hartkäse zu ein und demselben sachlich relevanten Markt gehört oder ob die Affinage allenfalls nach Käsesorten wie beispielsweise Emmentaler zu unterteilen ist. Des Weiteren wird angemerkt, dass die Konfektionierung und der Vertrieb oftmals von ein und demselben Unternehmen vorgenommen wird und offen gelassen, ob diese beiden Stufen zu ein und demselben sachlich relevanten Markt gehören.

47. In ihrem Entscheid „Interprofession Emmentaler“ vermerkt das Sekretariat, dass Emmentaler als Hartkäse zum sachlich relevanten Markt für Hartkäse gehört.³⁷ Im dortigen Entscheid wurde noch nicht zwischen Produktionsstufen unterschieden.

48. Neben dem Emmentaler AOC gibt es eine Reihe weiterer in der Schweiz hergestellter Hartkäse, beispielsweise Gruyère, Switzerland Swiss, L'Etivaz und Walliser Alpkäse. Auch Extra-Hartkäse, insbesondere Sbrinz, gehört zu den Hartkäsen. Insgesamt werden in der Schweiz einige Dutzend Hartkäsesorten hergestellt.³⁸ Daneben gibt es eine Reihe ausländischer Grosslochkäse wie Fol Epi (Frankreich), Maasdamer (Niederlande) und Allgäuer Emmentaler (Deutschland).

49. Nachfolgend wird dargelegt, ob die oben genannten Käsemärkte bezüglich Emmentaler allenfalls enger abgegrenzt werden sollten. So liess die WEKO in ihrem Entscheid Emmi/Swiss Dairy Food, Betrieb Landquart – Raclettekäsegeschäft³⁹ offen, ob Raclettekäse, ein Halbhartkäse, einen eigenen sachlich relevanten Markt darstellt. Auch Entscheide anderer Kartellbehörden weisen darauf hin, dass diese Märkte enger abgegrenzt

³⁴ So wird Art. 8 Abs. 1 LwG zum Teil unter Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG subsumiert (BGer 4C.57/2006 vom 20. April 2006, E. 2.2), zum Teil unter Art. 3 Abs. 1 Bst. b LwG (Simon Walther, AOC und Kartellrecht, 2010, 67; MARLEEN ZOETEWELJ, in: Roland Norer (Hrsg.), Milchkontingentierungsrecht zwischen Aufhebung und Transformation, Zürich 2009, Erzeugerorganisationen und Kartellrecht, 262 f.) und zum Teil einfach ohne weitere Präzisierung unter Art. 3 Abs. 1 KG (Gutachten der WEKO vom 27. September 2004, Rz 9). Dies könnte mit der Schwierigkeit zusammenhängen, Art. 8 LwG in das Schema von Art. 3 Abs. 1 KG einzupassen.

³⁵ Vgl. Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

³⁶ RPW 2011/2, 303 Rz 20 ff. *Avis de la Commission de la concurrence dans la cause Etivaz*; RPW 2010/3, 573 ff. Rz 14 ff., *Emmi/Fromalp*; RPW 2003/3, 536 ff, Rz 38 ff., *Emmi Gruppe/Swiss Dairy Food (Sortenkäsegeschäft)*.

³⁷ RPW 2002/3, 428 Rz 15, *Interprofession Emmentaler*.

³⁸ Siehe <http://www.switzerland-cheese.ch/de/kaese-finder.html>.

³⁹ RPW 2003/4, 783, Rz 21, *Emmi Gruppe/Swiss Dairy Food (Betrieb Landquart - Raclettekäsegeschäft)*.

werden können. So grenzte das Bundeskartellamt einen eigenen sachlich relevanten Markt für die Herstellung von Sauermilchkäse ab⁴⁰, und die EU wies beim Entscheid Lactalis/Galbani⁴¹ darauf hin, dass aus Sicht des Konsumenten Mozzarella nicht wirklich durch andere Käsesorten ersetzt werden kann und dass bei einem Preisanstieg von 10 % bei einer Preisstabilität bei anderem Käse nur wenige ihre Konsumgewohnheit ändern würden. Zudem machte die EU in mehreren Entscheiden eine Unterscheidung zwischen Hersteller- und Handelsmarken bei Käse.⁴²

50. In ihrem Entscheid Lactalis/Galbani⁴³ zeigt die EU anhand eines Vergleichs zwischen Frankreich und Italien, dass die Wettbewerbsbehörden verschiedener Länder aufgrund unterschiedlicher Konsumentenpräferenzen die Käsemärkte unterschiedlich abgrenzen. Zudem weist sie im selben Entscheid darauf hin, dass zumindest für einige sehr spezifische Käsesorten eine weitere Segmentierung in Betracht gezogen werden könnte, wie beispielsweise für Mozzarella⁴⁴. Nachfolgend geht die WEKO davon aus, dass Emmentaler aus Sicht vieler Konsumenten durch andere Hartkäsesorten wie beispielsweise Gruyère ersetzt werden kann. Markterhebungen hierzu liegen der WEKO und dem Sekretariat aber keine vor. Der WEKO liegen auch bezüglich der weiteren Produktionsstufen des Emmentalers keine Informationen vor, die eine engere sachliche Marktsegmentierung als ein Markt für Halbhartkäse für die jeweilige Stufe bedingen würde.

51. Somit besteht derzeit kein Anlass, die bisherige Praxis der WEKO zu ändern. Deshalb ist vorliegend für sämtliche Produktionsstufen jeweils von einem sachlich relevanten Markt für Hartkäse auszugehen. Im Fokus der hier interessierenden Frage steht die Stufe der Käseherstellung, wobei es absatzseitig um den Verkauf von Hartkäse und bezugsseitig um die Beschaffung von Rohmilch resp. Käsereimilch geht.

52. 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).

53. In räumlicher Hinsicht wurden die sachlich relevanten Märkte bezüglich Hartkäse in der Vergangenheit national abgegrenzt.⁴⁵ Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass in Anbetracht der vollständigen Liberalisierung des Käsemarkts mit der EU seit dem 1. Juli 2007 der Vertrieb von Hartkäse EU+CH-weit abgegrenzt werden kann.⁴⁶

6.1 Stellen das Reglement ES (Antwortbeilage 5) und insbesondere die darin enthaltene Mengensteuerung Abreden im Sinne von Art. 5 KG dar, welche den wirksamen Wettbewerb auf dem für schweizerischen Grosslochhartkäse der Sorte Emmentaler relevanten Markt beseitigen oder allenfalls im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG vermutungsweise beseitigen?

6.2 Bei Verneinung von Frage 6.1: Stellen das Reglement ES (Antwortbeilage 5) und insbesondere die darin enthaltene Mengensteuerung allenfalls Abreden im Sinne von Art. 5 KG dar, welche den wirksamen Wettbewerb auf

dem für schweizerischen Grosslochkäse der Sorte Emmentaler relevanten Markt zwar nicht beseitigen, aber doch erheblich beeinträchtigen?

54. Im Zentrum dieser Fragen steht die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Mengenregelung, mit welcher der Beklagte die Menge des von seinen Mitgliedern zu produzierenden Emmentaler AOC regelt. Nach dem Gesagten (siehe Antwort zu den Fragen 4.1 und 4.2) kann in Art. 8 Abs. 1 LwG nicht pauschal von einer vorbehaltenen Vorschrift ausgegangen werden, die vollständige Ausschaltung des Wettbewerbs auf einem bestimmten Markt zulassen würde. Es ist vielmehr eine Abwägung im Einzelfall vorzunehmen.⁴⁷

55. Art. 8 Abs. 1 LwG gibt Produzenten- und Branchenorganisationen die Möglichkeit, die Produktion und den Absatz auf die Erfordernisse des Marktes auszurichten. Darunter fallen auch Massnahmen zur Regelung der zu produzierenden Menge. In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass Massnahmen von Branchenorganisationen zur Mengenbegrenzung und Qualitätskontrolle kartellrechtlich wohl nicht zu beanstanden seien, solange der Wettbewerb zwischen den verschiedenen Käsesorten spiele.⁴⁸

56. Der Anteil von Emmentaler AOC am in der Schweiz produzierten Hartkäse lag 2010 bei ca. 39 %.⁴⁹ Wären sämtliche Emmentaler-Produzenten Mitglieder des Beklagten, könnte dessen Mengenregelung auf der Stufe Produktion somit maximal 39 % des Hartkäsemarktes umfassen. Gestützt auf diesen Marktanteil sowie den Preisdruck aufgrund von Importen aus dem Ausland⁵⁰ kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Mengenregelung des Beklagten dazu führt, dass der Wettbewerb im Hartkäsemarkt gänzlich verhindert wird und die aufgehobene staatliche Marktordnung durch eine privatrechtliche ersetzt wird.

⁴⁰ B2 - 359/07, Loose/Poelmeyer u.a.

⁴¹ COMP/M.4135, 24/04/2006, 3–4, Rz 12.

⁴² So bei COMP/M.4135 – Lactalis/Galbani und bei COMP/M.4761 – BONGRAIN/SODIAAL/JV, 18/10/2007.

⁴³ COMP/M.4135, 3, Rz 10.

⁴⁴ COMP/M.4135, 3–4, Rz 12.

⁴⁵ RPW 2002/3, 428 Rz 15 ff., *Interprofession Emmentaler*, RPW 2003/3, 538 Rz 55ff., *Emmi Gruppe/Swiss Dairy Food (Sortenkäsegeschäft)*.

⁴⁶ Vgl. RPW 2010/3, 576 Rz 32, *Emmi/Fromalp*.

⁴⁷ So wurde auch in der (nicht publizierten) Beratung betreffend Suissemilch GmbH vom 8. Oktober 2008 vorgegangen. Darin hielt das Sekretariat fest, dass eine Bündelung von ca. 57 % der Milchmenge durch die Milchproduzenten den Wettbewerb zwar nicht beseitige, doch aber erheblich beeinträchtigt und daher als unvereinbar mit dem Kartellgesetz zu betrachten sei (Rz 46 und 52).

⁴⁸ OLIVER SUTTER, Von der staatlichen Marktordnung zur privaten Absatzorganisation in der Landwirtschaft – Kartellrechtliche Aspekte, in: *Blätter für Agrarrecht*, 2006, 116; PATRIK DUCREY, Marktmacht und schweizerische Landwirtschaft – Kartellrecht als Korrektiv?, in: *Blätter für Agrarrecht* 2008, 117.

⁴⁹ Agrarbericht BLW 2011, Anhang A6: Danach wurde 2010 69'765 t Hartkäse produziert, wovon 27'059 t auf den Emmentaler AOC entfiel. 2012 lag der Marktanteil von Emmentaler AOC gemäss der Milchstatistik Schweiz bei 38 %. So wurde 2012 69'392 t Hartkäse produziert, davon 26'185 t Emmentaler AOC (www.milchstatistik.ch, Link „Statistiken“, Link „Käsemarkt: Produktion Käse“, 22.04.2013).

⁵⁰ Seit der Liberalisierung des Käsemarkts mit der Europäischen Union im Jahr 2007 stehen die Käse aus der schweizerischen Produktion auf der Stufe Vertrieb in direkter Konkurrenz zu den übrigen europäischen Käsesorten.

57. Ein gewisser Wettbewerb bleibt demnach trotz der Mengensteuerung bestehen. Deshalb kann die Mengensteuerung des Beklagten im hier vorliegenden Fall als vom Gesetzgeber tolerierte Selbsthilfemassnahme gemäss Art. 8 Abs. 1 LwG betrachtet werden, sodass diese unter den Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG fällt und nicht als unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 und 3 KG gilt. Die Fragen 6.1 und 6.2 werden somit beide mit nein beantwortet: Die hier geprüfte Mengensteuerung des Beklagten stellt keine unzulässige Abrede im Sinne des Kartellgesetzes dar.

7.1 Stellen die Regelung in Art. 7 Abs. 3 des Reglements ES (Antwortbeilage 5) und insbesondere die darin enthaltene Regulierung von Handel bzw. Produktion von Grosslockkäse Abreden im Sinne von Art. 5 KG dar, welche den wirksamen Wettbewerb auf dem für schweizerischen Grosslockkäse der Sorte Emmentaler relevanten Markt beseitigen oder allenfalls im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG vermuthungsweise beseitigen?

7.2 Bei Verneinung von Frage 7.1: Stellen die Regelung in Art. 7 Abs. 3 des Reglements ES (Antwortbeilage 5) und insbesondere die darin enthaltene Regulierung von Handel bzw. Produktion von Grosslockhartkäse allenfalls Abreden im Sinne von Art. 5 KG dar, welche den wirksamen Wettbewerb auf dem für schweizerischen Grosslockhartkäse der Sorte Emmentaler relevanten Markt zwar nicht beseitigen, aber doch erheblich beeinträchtigen?

58. Die Ausführungen zu den Fragen 6 können für die Beschränkungen, die der Beklagte in Art. 7 Abs. 3 seines Reglements ES vorgenommen hat nur dann gelten, wenn diese Beschränkungen notwendig sind, um die (hier als zulässig erachtete) Mengenregulierung zu ermöglichen bzw. durchzusetzen. Art. 7 Abs. 3 des Reglements ES schränkt die Produktion von anderen Schweizer Grosslockkäse (nebst Emmentaler AOC) ein, indem es den Mitgliedern des Beklagten eine solche verbietet bzw. nur auf Gesuch hin erlaubt.

59. Eine sehr ähnliche Klausel war bereits Thema in der Vorabklärung „Interprofession Emmentaler“, welche eingestellt wurde, nachdem sich der Beklagte verpflichtet hatte, das für seine Mitglieder geltende Verbot, Emmentaler-ähnliche Käse zu produzieren, aufzuheben.⁵¹

60. Wie bereits erwähnt, kann sich der Vorbehalt gemäss Art. 8 Abs. LwG nur auf Produkte und Produktgruppen beziehen, welche von einer Produzenten- oder Branchenorganisation vertreten werden. Allerdings muss dieser Vorbehalt sich für diese fraglichen Produkte oder Produktgruppen voll entfalten können. Sofern ein Mengenregime sich also als zulässig erweist, muss es einer Produzenten- oder Branchenorganisation möglich sein, die notwendigen Massnahmen zur Durchsetzung dieses Regimes zu ergreifen.

61. Der Beklagte hatte in der Vergangenheit Probleme mit Käsen, die nicht als gemäss Pflichtenheft produzierter Emmentaler in Umlauf gebracht wurden, in der Folge dem Endkonsumenten aber dennoch als Emmentaler AOC angeboten wurden. Diese Problematik ist darauf

zurückzuführen, dass mit einem solchen Verhalten die Mengensteuerung und die Pflichtabgabe für jedes Kilogramm produzierten Emmentaler umgangen werden kann.⁵² Wer nämlich Emmentaler nach Pflichtenheft produziert, muss dem Beklagten einen Beitrag von CHF 0.55 pro Kilogramm Emmentaler bezahlen (insbesondere für Werbemassnahmen).⁵³ Wer nun offiziell keinen Emmentaler AOC herstellt, muss diese Abgabe nicht bezahlen. Deshalb könnte der Anreiz entstehen, eigentlichen Emmentaler AOC Käse nicht als solchen in Umlauf zu bringen (allenfalls etwas günstiger als offiziellen Emmentaler, da der Verkäufer CHF 0.55 pro Kilogramm günstiger „produzieren“ kann). Einmal in Verkehr gebracht, könnte dieser Käse als Emmentaler weiterverkauft werden, ohne dass dafür ein Beitrag für Werbemassnahmen bezahlt wurde. Das Verbot Emmentaler ähnliche Käse zu produzieren, könnte deshalb als Massnahme betrachtet werden, diese Umgehung zu verhindern.

62. Damit diese Massnahme aber ebenfalls unter den Vorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 1 KG fällt, muss gezeigt werden, dass sie absolut notwendig ist, um die im vorliegenden Fall als zulässig erachtete Mengensteuerung zu ermöglichen bzw. durchzusetzen. Ob das Verbot, Emmentaler ähnliche Käse herzustellen, nötig ist, um dieses Ziel zu erreichen oder ob allenfalls mildere Mittel zur Verfügung stehen, kann aufgrund des vorliegenden Sachverhalts nicht abschliessend beurteilt werden. Hierzu wären umfassende Abklärungen über Hintergrund und Auswirkungen dieses Verbots notwendig, welche im Rahmen eines Gutachtens nicht getätigt werden können.

63. Es kann demnach nicht abschliessend beurteilt werden, ob die Regelung in Art. 7 Abs. 3 des Reglements ES als notwendige Massnahme zur Durchsetzung des Mengenregimes betrachtet werden kann und damit ebenfalls unter den Vorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 1 KG fällt.

64. Sollten weitere Abklärungen ergeben, dass Art. 7 Abs. 3 des Reglements ES nicht unter den Vorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 1 KG fällt, weil er zu weitreichend ist, wäre Art. 7 Abs. 3 KG einer kartellrechtlichen Prüfung zu unterziehen.

65. Diesfalls wäre das Verbot gemäss Art. 7 Abs. 3 des Reglements ES als eine Abrede zwischen Unternehmen gleicher Stufe zu qualifizieren.⁵⁴ Diese Unternehmen einigen sich damit darauf, ihre Produktion einzuschränken, womit eine Mengenabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG vorliegen würde, die den Wettbewerb vermuthungsweise beseitigt. Ob die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs aufgrund von Aussen- oder Innenwettbewerb umgestossen werden kann, resp. ob der Wettbewerb erheblich beeinträchtigt

⁵¹ RPW 2002/3, 430 Ziff. 2, *Interprofession Emmentaler*.

⁵² Siehe Klageantwort vom 4.1.2012, Rz. 22 ff. sowie Antwortbeilage 6.

⁵³ Diese Massnahme gilt für alle Produzenten, die Emmentaler gemäss Pflichtenheft produzieren, unabhängig von einer Mitgliedschaft beim Beklagten (siehe Anhang 2 Bst. D der Verordnung über die Branchen- und Produzentenorganisationen, VBPO; SR 919.117.72).

⁵⁴ Siehe dazu die Ausführungen in Rz 23 ff.

ist, kann aufgrund der vorliegenden Unterlagen nicht abschliessend beurteilt werden. Die oben genannten Marktanteile⁵⁵ deuten allerdings darauf hin, dass zwar die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 3 KG umgestossen werden kann, dass aber zumindest eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt. Die Möglichkeit, gestützt auf eine Ausnahmegesuch Emmentaler ähnliche Käse zu produzieren, ändert daran nichts, weil ein Ausnahmegesuch ohnehin nur für ganz bestimmte Käse möglich ist. Zudem ändert das System der Ausnahmeregelung nichts an der auf horizontaler Ebene eingerichteten Kontrolle der Käseproduktion. Entscheide über Art und Umfang der Produktion haben aber vollumfänglich beim einzelnen Unternehmen zu liegen.

66. Sofern eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegt, prüfen die Wettbewerbsbehörden gestützt auf das Verwaltungsverfahren von Amtes wegen, ob die Abrede gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist. Dabei müssen die Wettbewerbsbehörden gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts das Nichtvorhandensein von Effizienzgründen nicht beweisen. Sind keine Effizienzgründe erstellt, bleibt es dabei, dass eine den Markt erheblich beeinträchtigende Wettbewerbsabrede unzulässig ist. Die Parteien tragen somit die objektive Beweislast. Das bedeutet, dass sie den Nachteil der diesbezüglichen Beweislosigkeit tragen.⁵⁶

67. Auch ob eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gegeben ist, kann hier nicht abschliessend beurteilt werden. Ersichtlich ist jedenfalls keine. Der Beklagte kann diese aber im Rahmen und in den Grenzen des Zivilverfahrens geltend machen.

8. Ist das Reglement ES (Antwortbeilage 5) in irgendeiner anderen Weise kartellrechtlich problematisch?

68. Diese Frage ist zu pauschal für eine Antwort.⁵⁷

9. Stellt die Mengensteuerung, wie sie vom Beklagten während der streitgegenständlichen Periode (Milchjahr 2010/2011) für seine Mitglieder gehandhabt wurde, wonach die dem Käsehersteller zugeteilte Referenzmenge periodisch alle 3 Monate in Abhängigkeit der Gesamtnachfrage freigegeben und Überproduktion mit einer Sonderabgabe von CHF 2.- pro kg belastet wurde, eine staatliche Markt- oder Preisordnung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG dar?

69. Diese Frage wurde mit den Antworten zu den Frage 4 und 6 bereits beantwortet.

10. Stellt das sog. Emmentaler-Reinheitsgebot, wie es vom Beklagten während der streitgegenständlichen Periode (Milchjahr 2010/2011) für seine Mitglieder gehandhabt wurde, wonach die innerhalb des Reinheitsgebots liegenden Ausnahmeprodukte uneingeschränkt aber gestützt auf eine Genehmigung des Beklagten hergestellt werden durften, eine staatliche Markt- oder Preisordnung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG dar?

70. Diese Frage wurde mit den Antworten zu den Fragen 4 und 7 bereits beantwortet.

11. Ist die Emmentaler AOC Regelung (Art. 16 LwG i.V.m. Art. 17 GUB/GGA-Verordnung samt Pflichtenheft und Regelwerk) eine Gesetzgebung im Sinne von Art. 3 KG, die den Erlass eines Emmentaler Reinheitsgebots erlaubt?

71. Der Kläger bringt in seiner Klageantwort vor, dass sich der Umfang seiner Regelungskompetenz aus den gesetzlichen AOC-Bestimmungen ergebe.⁵⁸ Die GUB/GGA-Verordnung⁵⁹ sei Teil der Gesetzgebung über das geistige Eigentum, weshalb auch der Vorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 2 KG zur Anwendung komme.

72. Gemäss Art. 3 Abs. 2 KG fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben, nicht unter das Kartellgesetz.

73. Zunächst stellt sich die Frage, ob die AOC-Bestimmungen als „Gesetzgebung über das geistige Eigentum“ zu betrachten sind. Gemäss Botschaft zum KG 95 ist der Begriff „geistiges Eigentum“ zwar umfassend zu verstehen; es seien sämtliche gesetzlichen Regelungen des Immaterialgüterrechts miteingeschlossen.⁶⁰ Da aber die Rechtsnatur von geschützten Ursprungsbezeichnungen umstritten ist⁶¹, ist nicht ohne Weiteres klar, ob diese unter Art. 3 Abs. 2 KG fallen. Geschützte Ursprungsbezeichnungen verschaffen den Rechteinhabern keine Ausschliesslichkeitsrechte, sondern lediglich Benutzungsrechte: Sie können von allen verwendet werden, die die Anforderungen gemäss Pflichtenheft erfüllen.⁶² Werden diese Anforderungen nicht erfüllt, darf die Bezeichnung der geschützten Ursprungsbezeichnung nicht verwendet werden.

⁵⁵ Siehe dazu die Ausführungen in Rz 56.

⁵⁶ RPW 2011/4, 640 Rz 794, *Ascopa*.

⁵⁷ Das Gesuch um Erstellung eines Gutachtens muss klar formulierte Fragen enthalten, womit auch gemeint sein muss, dass es sich um konkrete Fragen handelt (siehe dazu RPW 1997/4, 595 Rz 9, *Die Beziehungen zwischen den Zivilgerichten und der Wettbewerbskommission*).

⁵⁸ Klageantwort vom 4.1.2012, Rz 50.

⁵⁹ Verordnung vom 28. Mai 1997 über den Schutz von Ursprungsbezeichnungen und geographischen Angaben für landwirtschaftliche Erzeugnisse und verarbeitete landwirtschaftliche Erzeugnisse (GUB/GGA-Verordnung; SR 910.12).

⁶⁰ Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 541.

⁶¹ Gemäss WALTHER sei ein Teil der Lehre der Ansicht, es handle sich um Immaterialgüterrechte, ein anderer Teil und das Institut für Geistiges Eigentum wiederum plädierten für ein Rechtsgebilde „sui generis“, ein weiterer Teil gehe schliesslich von einer wettbewerbsrechtlichen Natur aus. (SIMONE WALTHER, AOC und Kartellrecht, 2010, 25 m.w.H.); für eine Subsumtion der geschützten Ursprungsbezeichnung unter die Gesetzgebung des geistigen Eigentums gemäss Art. 3 Abs. 2 KG: Jürg Simon, Milchmarkt aus der Sicht des Wettbewerbsrechts – insbesondere Mengensteuerungssysteme im nachgelagerten Käsemarkt, in: Blätter für Agrarrecht 2012, 6.

⁶² SIMONE WALTHER, AOC und Kartellrecht, 2010, 26. v

74. Es spricht nichts dagegen, AOC-Bestimmungen als Bestimmungen des geistigen Eigentums im Sinne von Art. 3 Abs. 2 KG zu betrachten. Allerdings ist in Literatur⁶³ und Rechtsprechung⁶⁴ anerkannt, dass auf Wettbewerbsabreden im Zusammenhang mit Rechten des geistigen Eigentums das Kartellrecht stets in vollem Umfang anwendbar ist, da hier die Wettbewerbswirkungen nicht ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum, sondern auch aus der Abrede folgen. Art. 3 Abs. 2 KG steht der Anwendung des Kartellgesetzes also nicht entgegen.

75. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die hier zur Diskussion stehenden AOC-Bestimmungen sicherstellen sollen, dass Produkte, welche die Kriterien des Pflichtenhefts nicht erfüllen, nicht unter einer AOC-Bezeichnung in Umlauf kommen. Frage 11 bezieht sich auf das Reinheitsgebot des Beklagten, mit welchem die Produktion von Emmentaler ähnlichen Käsen (unter Vorbehalt einer Ausnahmegenehmigung) verboten wird. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Produktion von Emmentaler ähnlichen Käsen, die gerade nicht unter einer AOC-Bezeichnung in Umlauf gebracht werden, dem Schutz von AOC-Bezeichnungen zuwiderlaufen soll bzw. inwiefern das genannte Verbot verhindern soll, dass AOC-Bezeichnungen missbraucht werden. Daraus ergibt sich, dass dieses Verbot nicht als Geltendmachung von Bestimmungen des geistigen Eigentums betrachtet werden kann. Auch deshalb kann der Vorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 2 KG nicht zum Tragen kommen.

76. Frage 11 ist demnach im vorliegenden Fall mit Nein zu beantworten.

D. Zusammenfassung

77. Zusammenfassend ergibt sich, dass im hier vorliegenden Fall eine Mengensteuerung vorliegt, die unter den Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG fällt. Die Mengensteuerung des Beklagten verstösst deshalb nicht gegen das Kartellgesetz. Nicht abschliessend beurteilt werden kann die Frage, ob auch das Verbot, Emmentaler ähnliche Käse herzustellen, unter diesen Vorbehalt fällt. Hierfür muss abgeklärt werden, ob dieses Verbot absolut notwendig ist bzw. war, um die hier zulässige Mengensteuerung umzusetzen.

78. Sollte sich zeigen, dass mildere bzw. andere Mittel zur Verfügung stehen bzw. standen, fällt das Verbot, Emmentaler ähnliche Käse zu produzieren, nicht unter den Vorbehalt nach Art. 3 Abs. 1 KG. In diesem Fall kann der Vorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 1 KG nicht greifen. Auch Art. 3 Abs. 2 KG führt nicht dazu, dass das Kartellgesetz nicht anzuwenden ist. Das genannte Verbot wäre somit einer kartellrechtlichen Prüfung zu unterziehen. Dabei ist zu prüfen, ob dieses Verbot eine Wettbewerbsbeschränkung darstellt, die den wirksamen Wettbewerb auf dem relevanten Markt beseitigt oder zumindest erheblich beeinträchtigt. Liegt keine Beseitigung aber eine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs vor, so ist zu prüfen, ob Effizienzgründe vorliegen. Diese sind vom Beklagten vorzubringen und darzulegen.

E. Kosten

79. Die GebV-KG regelt die Erhebung von Gebühren durch die WEKO und ihr Sekretariat für Gutachten und

sonstige Dienstleistungen (Art. 1 Abs. 1 Bst. d GebV-KG). Gebührenpflichtig ist, wer Gutachten veranlasst (Art. 2 GebV-KG). Im vorliegenden Fall hat das Regionalgericht Bern-Mittelland das Gutachten veranlasst, auch wenn der Kläger die Einholung eines Gutachtens beantragt hat und auch wenn das Regionalgericht gestützt auf Art. 15 Abs. 1 KG gehalten ist, die Sache der WEKO zur Begutachtung vorzulegen, wenn die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in Frage steht.⁶⁵

80. Gemäss Art. 4 Abs. 1 und 2 GebV-KG bemisst sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand, wobei ein Stundenansatz von 100 – 400 Franken gilt. Vorliegend wurden 24 Stunden zu einem Stundenansatz von CHF 200.- aufgewendet, was einen Betrag von Fr. 4'800.- ergibt.

⁶³ GEORG RAUBER, Verhältnis des neuen Rechts zum Immaterialgüterrecht, in: Stoffel/Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, Zürich 2004, 196 f.; RETO M. HILTY, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 3 Abs. 2 KG N 32.

⁶⁴ HGer Bern, Anschlaghalter III, sic! 2006, 348 (353).

⁶⁵ RPW 1998/4, 621 Rz 1, Grundsätze zu Gutachten nach Art. 15 Abs. 1 Kartellgesetz.

Abkürzungsverzeichnis

Registre des abréviations
Indice delle abbreviazioni

A			
AF	Arrêté fédéral	GebrV	and Trade Verordnung über
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics	GRUR	Gebrauchsgegenstände Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)	GU	Gemeinschaftsunternehmen
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin	H	
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts	HGer	Handelsgericht
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel	HMG	Heilmittelgesetz
B		I	
BA	Bundesamt	IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
BB	Bundesbeschluss	IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen
BBI	Bundesblatt	J	
BG	Bundesgesetz	JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt	JdT	Journal des Tribunaux
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung	K	
BGer	Bundesgericht	KG	Kartellgesetz
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats	KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national	KSG	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen	KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung
BR	Bundesrat	L	
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction	LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale	LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati	LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
BV	Bundesverfassung	LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess	LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale
C		LCsl	Legge federale contro la concorrenza sleale
CC	Code civil	LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur
CE	Communauté Européenne	LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
CE	Conseil des Etats	LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
CF	Conseil fédéral	LF	Loi fédérale / Legge federale
FR.	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri	LL	Legge federale sul lavoro
CO	Code des obligations	LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
Cost.	Costituzione federale	LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
CPC	Code (cantonal) de procédure civile	LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
CPS	Code pénal suisse	LOTG	Legge federale sugli ostacoli tecnici commercio
cst.	Constitution fédérale	LPM	Loi fédérale sur la protection des marques
D		LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)	LSPr	Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi
DPC	Droit et politique de la concurrence (=RPW)	M	
DG	Direction Générale (UE)	N	
E		O	
EU	Europäische Union	O	Ordonnance
F		OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique
FF	Feuille fédérale	OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico
FMG	Fernmeldegesetz		
G			
GATT	General Agreement on Tariffs		

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OGer	Obergericht	StR	Ständerat
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OMC	Organisation mondiale du commerce	T	
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	TA	Tribunal administratif
OR	Obligationenrecht	TApp	Tribunale d'Appello
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
P		TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)		
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	U	
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	UE	Union Européenne
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
Püg	Preisüberwachungsgesetz	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
Q		URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
R		UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	V	
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
REKOWEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	W	
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
RR	Regierungsrat	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	X	
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	Y	
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	Z	
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
S		ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband	ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt	ZPO	Zivilprozessordnung
SJ	La semaine judiciaire	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		

Index

- A**
- abgestimmtes Verhalten 852
- abgestimmte Verhaltensweise 806, 835, 906
- Abrede 745, 761, 768 ff., 792, 801 ff., 814 ff., 831, 834 ff., 851, 853, 882, 884, 887, 890 f., 905 f., 909 ff.
- Acquiring -
- Anhörung 802, 811, 818, 827, 829 f.
- Apotheker/innen -
- Ärzte(-Verband) 905
- B**
- Banken -
- Befristung des Entscheids -
- Breitbanddienste -
- Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten -
- Domestic Interchange Fee -
- E**
- Effizienzgründe 795, 825, 837 f., 912 f.
- Effizienzprüfung -
- Einstellung einer Untersuchung -
- einvernehmliche Regelung 842
- Erheblichkeit 801, 803 f., 807 ff., 815 ff., 823 ff., 835, 869
- Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
- Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -
- I**
- Indizienbeweis -
- Interchange Fee 837 f.
- Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung 750 ff.
- Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 745, 762 f., 767, 771, 792, 820, 883, 891, 909
- Koppelungsgeschäft -
- Kostenraster -
- Krankenversicherer -
- Kreditkarten -
- Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons -
- M**
- Marktaufteilung 824
- marktbeherrschende Stellung 746, 751, 753, 755, 759, 764, 766 f., 770, 772, 791, 793, 800, 877
- Marktgegenseite 747, 749, 764 f., 793, 795 ff., 799, 820 ff., 883, 891, 909 f.
- Marktorganisation -
- Marktstruktur 751, 766, 908
- Marktzutrittsschranken 752
- Meldepflicht 746, 763 f., 771, 788, 792 f.
- Missbrauch 824, 837, 913
- N**
- Netzwerk 788
- Netzwerkkosten -
- Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten -
- potenzieller Wettbewerb -
- Preisabrede 838
- Preisbindung zweiter Hand -
- Q**
- Quersubventionierung -
- R**
- Rabatte 752, 828, 830, 831
- Reduktion der Sanktion -
- S**
- Sanktionen 803, 809, 816, 824, 837 ff., 877 f., 884 ff., 891 ff.
- Senkung Herstellkosten -
- Submission 874
- Submissionskartell -
- T**
- Tarife 812
- Tarifvertrag -
- Tierärzte/innen -
- Transparenzmassnahmen -

U	vorbehaltene Vorschriften 746
Umstossung der Vermutung -	vorgezogene Recyclinggebühren -
Untersuchung 748 ff., 756, 796, 801 ff., 822 ff., 831 ff., 836, 842 f.	
unzulässige Wettbewerbsabrede 801, 803, 820, 837, 843, 882, 884, 890 f., 911	W
	Wettbewerb um den Markt -
V	X
vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -	Y
Veröffentlichung 798, 803 f., 832, 836	Z
Verschulden 877 f., 885 ff., 893 ff.	Zahlungsmittel -
Vierparteiensysteme -	zweiseitige Märkte -
